



Norges Høyesterett - Dom - HR-2019-1225-A

Instans	Norges Høyesterett – Dom
Dato	2019-06-26
Publisert	HR-2019-1225-A
Stikkord	Kontraksrett. Entreprise. Tilleggsvederlag. «Plunder og heft». Forsering.
Sammendrag	Etter avslutningen av en entreprise for et veianlegg krevet entreprenøren tilleggsvederlag for nedsatt produktivitet – plunder og heft – og forsering. Høyesterett uttalte at årsakssammenheng for plunder og heft må fastlegges i to trinn. Først skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Deretter må det sannsynliggjøres årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter. Entreprenøren må påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene, og beregne de merkostnader dette har medført. Årsakssammenhengen må underbygges med konkrete bevis, men beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. For forsering kreves det også årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens vederlag. Lagmannsretten hadde tilkjent tilleggsvederlag for plunder og heft og for forsering. Erstatningsbeløpene var utmålt etter skjønn. Utmålingen var ikke forankret i de rettslige kravene til årsakssammenheng for plunder og heft. Det var heller ikke foretatt en konkret vurdering av årsakssammenhengen for forseringskravet. Dette var feil rettsanvendelse. Dommen ble opphevet så langt den var påanket. (Rt-sammendrag)
Saksgang	Gjøvik tingrett TGJOV-2014-142812 – Eidsivating lagmannsrett LE-2017-133058 – Høyesterett HR-2019-1225-A, (sak nr. 18-175510SIV-HRET).
Parter	I. Oppland fylkeskommune (advokat Arve Martin Bjørnvik), (rettslig medhjelper: advokat Johnny Johansen) mot Hab Construction AS (advokat Nils-Henrik Pettersson). II. Hab Construction AS (advokat Nils-Henrik Pettersson) mot Oppland fylkeskommune (advokat Arve Martin Bjørnvik), (rettslig medhjelper: advokat Johnny Johansen).
Forfatter	Dommerne Ringnes, Møse, Noer, Thyness og Indreberg.
Sist oppdatert	2019-11-26

Innholdsfortegnelse

Norges Høyesterett - Dom - HR-2019-1225-A

Innholdsfortegnelse

- (1) Dommer **Ringnes**: Saken gjelder tvist om sluttoppgjør i et entrepriserforhold og reiser spørsmål om

tilleggsvederlag for nedsatt produktivitet – plunder og heft – og forsering.

- (2) Etter offentlig anbudskonkurranse inngikk Statens vegvesen Region øst og Hab Construction AS 7. juli 2011 avtale om utbedring og nybygging av veiparsellen Grime-Vesleelva på fylkesvei 34 i Søndre Land kommune. Lengden av parsellen er i overkant av ti kilometer. Arbeidet var i hovedsak veibygging.
- (3) Veianlegget eies av Oppland fylkeskommune. Statens vegvesen var utøvende byggherre på vegne av fylkeskommunen. Arbeidet skulle gjennomføres ved utførelsesentreprise basert på enhetspriskontrakt, og NS 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider ble gitt anvendelse. Kontraktssummen var avtalt til cirka 142,5 millioner kroner eksklusive merverdiavgift.
- (4) Arbeidene begynte høsten 2011, og veien var ferdig og ble overlevert 1. juli 2013, som var avtalt ferdigstillelsesdato.
- (5) Hab Construction sendte sluttavregning for arbeidene 9. september 2013 og krevde betaling for en rekke poster som ikke tidligere var avregnet.
- (6) Denne saken dreier seg om poster i krav om endringsordre nummer 12 – EOF 12. Kravene gjelder tilleggsvederlag for plunder og heft og forsering.
- (7) Kort tid etter oppstart – i november 2011 – varslet Hab Construction om forhold på byggherrens hånd som forstyrret gjennomføringen av arbeidene. Blant annet var hugst langs traseen, fjerning av eksisterende linjer og nødvendig grunnerverv ikke gjennomført. Det ble i varselet opplyst at Hab Construction ikke kunne begynne arbeidene i nordenden av parsellen slik det var planlagt, at man ikke fikk sysselsatt ressurser som var tilført anlegget, og at driften ikke kunne opprettholdes på rasjonell måte.
- (8) I varselet gjorde entreprenøren gjeldende at alle arbeider frem til endelig avklaring ville bli avregnet som regningsarbeid. Statens vegvesen avviste kravene.
- (9) Et revidert varsel med anførsel om nye byggherreforhold ble fremsatt i desember 2011. Også dette ble avvist av Statens vegvesen.
- (10) I et ytterligere varsel i desember 2012 opplyste Hab Construction at merkostnader frem til 15. januar 2012 – basert på regningsarbeider – utgjorde i overkant av 9 millioner kroner. Videre ble det krevd dekning av 60 dagers forsinkelse med fremdriftskonsekvens. Statens vegvesen avviste kravene og uttalte at kontrakten skulle følges, og at det ikke var gitt dokumentasjon med en spesifikk begrunnelse.
- (11) Som nevnt sendte Hab Construction sluttavregningen i september 2013. Kravet for produktivitetstap og forsering utgjorde 36,5 millioner kroner. I begrunnelsen for kravet het det:

«Det er mange og sammensatte forhold som er årsak til dette kravet, både store og små. Dette har medført at det ikke er bare virkningene av hvert enkelt forhold som har ført til forstyrrelser og merarbeid ved dette prosjektet, men også i stor grad den totale situasjonen som helt klart har ført til akkumulerte konsekvenser som har forsterket totalvirkningen langt utover summen av enkeltforholdene.»
- (12) Det var presisert at selve arbeidet knyttet til de enkelte forholdene i hovedsak var gjort opp:

«I dette kravet er det kun tidskonsekvensene og kostnadene som er oppstått på grunn av påvirkning (plunder og heft) av annet arbeid og prosjektet som helhet det kreves betalt for.»

- (13) Hab Construction viste til en rekke forhold som skulle ha medført ekstrakostnader. Konsekvensene var blant annet relatert til økt tidsforbruk og funksjonærbistand, stort effektivitetstap for maskiner og mannskap og økte rigg- og driftskostnader. Om årsakssammenhengen mellom byggherreforholdene og konsekvensene for entreprenøren ut over det som allerede var gjort opp, ble det uttalt:
- «Årsaksforholdene og konsekvensene er så mange og oppdelte at det er nær sagt umulig å skille dem fra hverandre og i tillegg kommer kumulative effekter. Kravet må dermed beregnes under ett ut fra den totale situasjonen.»
- (14) **Forseringskravet** tok utgangspunkt i krav om tidsforlengelse på 23 uker. Det var angitt to alternative beregningsmåter; enten tapt produktivitet eller erstatning for tapt premie for ferdigstillelse før avtalt sluttfrist etter kontraktens spesielle bestemmelser. Kravet på premie var angitt til 6,9 millioner kroner.
- (15) **Plunder og heft-kravet** – merkostnader på grunn av redusert produktivitet – var basert på følgende kalkyle:
- «Utført del av kontraktsum inkl. R&D [rigg og drift] 137 MNOK.
Opprinnelig rigg og drift NOK 18,5 mill.
Netto utført del av kontraktssum NOK 118,5 MNOK
Timerelatert andel (maskiner og mannskap) 75 %
Vurdert gjennomsnittlig effektivitetstap 30 %
Entreprenørens andel for egne feil, 15 %
Effektivitetstap som er byggherrens ansvar: 85 % x 30 % = 25,5 %
Dette er en forsiktig vurdering av tapet sammenlignet med kjente tidligere rettsavgjørelser og forhandlinger.
Beregning av effektivitetstap: 118,5 MNOK x 75 % x 25,5 % = 22,7 MNOK.»
- (16) Hab Construction mente altså at det effektivitetstap som er byggherrens ansvar, var 25,5 prosent.
- (17) Med tillegg for merkostnader til ekstra funksjonærer, ekstra rigg og drift, prisstigning og finansieringskostnader, ble samlet sum for plunder og heft 29,6 millioner kroner.
- (18) Statens vegvesen bestred kravet. I etterkant ble partene enige om flere poster under sluttoppgjøret, men da de ikke kom til enighet om alle poster, tok Hab Construction 4. september 2014 ut stevning.
- (19) Ved Gjøvik tingretts dom 18. april 2017 [TGJOV-2014-142812]¹ ble Oppland fylkeskommune dømt til å betale 9 757 163 kroner med tillegg av merverdiavgift til Hab Construction. Sakskostnader ble ikke tilkjent.
- (20) Av dette beløpet utgjorde kompensasjon for plunder og heft, og forsering, et samlet beløp på fem millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Tingretten utmålte beløpet etter skjønn og viste i begrunnelsen til «sitt syn på årsaksforholdene og erfaring med hvilke utgifter og kostnader disse kan føre til».
- (21) Hab Construction anket til lagmannsretten. Anken gjaldt tvistepunktet EOF 12 og andre krav, som var knyttet til avregning av kontraktens prosesser.

- (22) Eidsivating lagmannsrett avsa 29. juni 2018 dom [LE-2017-133058]¹ med slik domsslutning:
- «1. Oppland fylkeskommune betaler til HAB Construction AS 15 886 178 – femtenmillioneråttehundreogåttisekstusenett hundreogsyttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen. Beløpet tillegges lovens forsinkelsesrenter fra 19. november 2013 og til betaling skjer.
 2. Partene bærer sine egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.
 3. Partene dekker i fellesskap kostnadene til fagkyndige meddommere som tidligere fastsatt av tingretten og for lagmannsretten etter særskilt fastsettelse.»
- (23) Beløpet i slutningens punkt 1 omfattet vederlag blant annet for *forsering* på 2,5 millioner kroner og vederlag for *plunder og heft* på 5 millioner kroner. Lagmannsretten utmålte begge beløpene etter skjønn.
- (24) Under bevisførselen anførte Hab Construction 15 samlekategorier av byggherreforhold som årsak til de anførte produktivitetstørrelser. Dette omfattet blant annet manglende tilkomst fordi grunnverv ikke var gjennomført, manglende tilkomst på grunn av sen kabelomlegging, feilprosjektering av stikkrenner og endret prosjektering i tilknytning til trafiksikkerhet. Lagmannsretten konkluderte med at ti av byggherreforholdene «vil kunne gi grunnlag for kompensasjon for forsering og/eller effektivitetstap».
- (25) Tingretten og lagmannsretten var satt med fagkyndige meddommere.
- (26) Både Hab Construction og Oppland fylkeskommune har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Hab Constructions selvstendige anke gjaldt lagmannsrettens avgjørelse av tvistepunkter knyttet til avregning av kontraktens prosesser, herunder del av tvistepunktet EOF 12 – ansvaret for prøvetaking av løsmasser. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 17. desember 2018 ble denne anken ikke tillatt fremmet.
- (27) Oppland fylkeskommune har anket lagmannsrettens avgjørelse av tvistepunktet EOF 12, forsering og plunder og heft. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse og saksbehandling – mangelfulle domsgrunner. Hab Construction har inngitt avledet anke til fylkeskommunens anke. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse ved plunder og heft-kravet.
- (28) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 17. desember 2018 å fremme Oppland fylkeskommunes selvstendige anke og Hab Constructions avledete anke til behandling i Høyesterett.
- (29) I det saksforberedende møtet ble det avklart at eventuell ny utmåling ikke skal foretas av Høyesterett, og at dersom slik utmåling skulle bli aktuelt, vil resultatet bli opphevelse av lagmannsrettens dom.
- (30) Saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (31) Ankende part – **Oppland fylkeskommune** – har i korthet gjort gjeldende:
- (32) Lagmannsretten har ved behandlingen av *plunder og heft-kravet* i hovedsak lagt til grunn et riktig rettslig utgangspunkt når det gjelder kontraktens krav til årsakssammenheng og de beviskrav som må stilles for å underbygge et slik krav.
- (33) Lagmannsretten anvender imidlertid ikke disse kravene ved den konkrete utmålingen. I stedet er

kompensasjonen fastsatt ved et samlet skjønn. Det konkretiseres ikke hvilket arbeid som ble påvirket, i hvilken grad andre arbeider var påvirket, i hvilket omfang og i hvilke tidsperioder påvirkningen har skjedd, om noen av arbeidene har blitt påvirket samtidig og hvilke kostnader dette har ledet til. Dette er feil rettsanvendelse.

- (34) Det hefter også rettsanvendelsesfeil ved lagmannsrettens vurdering av kravet på kompensasjon for *forsering*.
- (35) Lagmannsretten har ikke drøftet om kontraktens vilkår for å kreve merutgifter for *forsering* er oppfylt. Videre har lagmannsretten unnlatt å ta stilling til hvor mange dagers forsinkelse byggherren skal svare for. Retten har heller ikke vurdert det enkelte byggherreforholdets konkrete innvirkning på kritisk linje. Det er også en feil at det ikke var noen vurdering av hvilken ressursinnsats som ville påløpt uten byggherreforholdene.
- (36) Subsidiært må lagmannsrettens avgjørelse oppheves som følge av mangelfull begrunnelse, jf. tvisteloven § 29-21 andre ledd bokstav c, eller etter denne bestemmelsens første ledd.
- (37) Lagmannsretten har ikke begrunnet sin avgjørelse i henhold til tvisteloven § 19-6. Det er ikke mulig ut fra lagmannsrettens domsgrunner å prøve om lagmannsretten har anvendt kravene til årsakssammenheng korrekt, og hva som er det konkrete grunnlaget for beregningen av kravet.
- (38) Oppland fylkeskommune har nedlagt slik påstand:
«1. Eidsivating lagmannsretts dom av 29. juni 2018 i sak 17-133058ASD-ELAG oppheves så langt den er påanket.
2. HAB Construction AS dømmes til å erstatte Oppland fylkeskommunes sakskostnader for Høyesterett.»
- (39) Ankemotparten og ankende part i den avledete anken – **Hab Construction AS** – har i korthet gjort gjeldende:
- (40) Det var ikke feil av lagmannsretten å foreta en skjønnsmessig utmåling av vederlaget for *plunder og heft*. Adgangen til skjønnsmessig fastsettelse var tidligere uttrykt i tvistemålsloven § 192. Dette prinsippet gjelder fortsatt.
- (41) Det er derimot en rettsanvendelsesfeil når lagmannsretten krevde at det må dokumenteres en sammenheng mellom de enkelte byggherreforholdene og konsekvensene dette har hatt for entreprenørens produktivitet og merkostnader.
- (42) Det karakteristiske for *plunder og heft* er at mange forskjellige forhold har medvirket, og at de samlede konsekvensene er større enn summen av konsekvensene av enkeltforhold. Det er derfor hverken praktisk eller teoretisk mulig å tilbakeføre konsekvensene til enkeltforhold. Dette underbygges av forskning og er kommet til uttrykk i norsk og internasjonal juridisk litteratur.
- (43) Årsaken til at det er mange *plunder og heft*-krav for domstolene, er dårlig forarbeid ved byggherrenes prosjektering. Beviskravene kan ikke settes slik at byggherrene tjener på dårlig prosjektering. Dersom man legger lagmannsrettens rettsoppfatning til grunn, vil *plunder og heft*-krav i stor grad bli avskåret i praksis.
- (44) Det er videre en rettsanvendelsesfeil når lagmannsretten kategorisk avviser totalkostnadsmetoden og bruk av standardiserte beregninger som relevante bevis. Dette strider mot tvistelovens prinsipper

om fri bevisbedømmelse og fri bevisføring.

- (45) Den reelle problemsstillingen ved vurderingen av anken knyttet til *forseringskravet* er om det var en rettsanvendelses- eller saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke tok stilling til antall dager Hab Construction ville blitt forsinket.
- (46) Selv om dette hadde vært ønskelig, var det ikke en feil. Det er kostnaden med å ta igjen en forsinkelse som skal kompenseres, og den er ikke nødvendigvis en funksjon av et bestemt antall dager.
- (47) Anken over saksbehandlingen kan ikke føre frem. Tvisteloven § 19-6 stiller ikke krav om at konkret skjønn skal begrunnes.
- (48) Hab Construction AS har nedlagt slik påstand:
- «Prinsipalt (hvis motanken fører frem):
1. Lagmannsrettens dom oppheves for tvistepunktet plunder og heft-delen under EOF 012.
 2. HAB Construction AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.
- Subsidiært (hvis motanken ikke fører frem):
1. Oppland fylkeskommunes anke forkastes.
 2. HAB Construction AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

(49) **Mitt syn på saken**

- (50) Under gjennomføringen av entreprisoppdrag kan det inntre forhold som forstyrrer entreprenørens utførelse av oppdraget. Entreprenøren må for eksempel tilføre ekstra ressurser for å hente inn forsinkelser, det kan bli nødvendig å utføre arbeid i en annen rekkefølge enn planlagt, og mannskap og utstyr blir ikke utnyttet effektivt. Når årsaken til forstyrrelsene ligger hos byggherren, kan det utløse krav på tilleggsvederlag både for forsering og for plunder og heft.
- (51) Problemstillingen i saken er hvilke krav som må stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens meromkostninger.
- (52) Selv om det er en faktisk og rettslig sammenheng mellom krav basert på plunder og heft og forsering, reiser hver av dem særlige rettslige spørsmål. Jeg velger derfor å behandle kravene separat, og ser først på kravet til årsakssammenheng for plunder og heft.

(53) **Plunder og heft**

- (54) Betegnelsen plunder og heft er et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Men kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på *annet arbeid* hos entreprenøren.
- (55) Det er altså tale om *avledete konsekvenser* av forhold som byggherren svarer for, som pålegg om endringer i det som er avtalt, eller forsinkelse eller annen svikt i byggherrens medvirkningsplikt. I praksis vil plunder og heft ofte skyldes samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren. Entreprenøren må i sin planlegging og i sine beregninger ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene.

- (56) Krav om kompensasjon for endringer og andre forhold som byggherren svarer for, skal fremsettes løpende i samsvar med kontraktens bestemmelser for slike forhold. Etterfølgende krav om tilleggsvederlag for plunder og heft aktualiseres når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går ut over det som ut fra anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes, og som det ikke allerede er kompensert for.
- (57) Det kontraktsrettslige grunnlaget for Hab Constructions krav er NS 3430 punkt 21.1 første ledd, som lyder:
- «Blir entreprenøren påført merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1, eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren.»
- (58) I andre ledd er det bestemt at entreprenøren bare har krav på kompensasjon «i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler».
- (59) NS 3430 har et tosporet system for tilleggsvederlag. I punkt 28 er det gitt regler om entreprenørens vederlag når byggherren pålegger entreprenøren endringer i utførelsen. Punkt 21 regulerer entreprenørens krav på dekning av merutgifter for øvrige forhold som er byggherrens risiko.
- (60) Det følger av ordlyden i punkt 21.1 at det kreves *årsakssammenheng* mellom entreprenørens meromkostninger og byggherrens forhold. Jeg viser til ordene «som må henføres til byggherrens forhold». Det må altså avgrenses mot omkostninger som skyldes *andre forhold*. For eksempel er utgifter som skyldes entreprenørens egen ineffektivitet hans risiko og gir ikke krav på tilleggsvederlag.
- (61) Utover dette gir ordlyden i punkt 21.1 liten veiledning om innholdet i kravet til årsakssammenheng.
- (62) NS 3430 ble avløst av NS 8405, 1. utgave 2004. I punkt 24 er det bestemmelser om vederlagsjustering. Punkt 24.1 og 24.2 regulerer – slik jeg forstår det – rett til vederlagsjustering for de mer direkte virkninger som endringer og andre byggherreforhold har hatt for entreprenøren. Punkt 24.3 regulerer entreprenørens krav på vederlagsjustering og utgiftsdekning ved forstyrrelser på *annet arbeid*, altså for plunder og heft.
- (63) Jeg legger til grunn at punkt 24.3 må anses som en presisering og kodifisering av det som gjaldt etter NS 3430, jf. Kolrud med flere, NS 8405 med kommentarer, 2004, side 284:
- «Bestemmelsen omhandler den type konsekvenser som gjerne omtales som 'plunder og heft'. Som pkt. 24.2 er også pkt. 24.3 ny i forhold til NS 3430. På samme måte som pkt. 24.2 representerer pkt. 24.3 en presisering av reglene for vederlagsjustering. Entreprenøren har uansett krav på vederlag for slike innvirkninger forårsaket av endringer og andre forhold som byggherren har risikoen for. Hensikten med å slå det ettertrykkelig fast, er derfor mer av pedagogisk art, samtidig som mulig uklarhet om fremgangsmåten avklares.»
- (64) Punkt 24.3 har denne ordlyden:
- «24.3 Krav på vederlagsjustering og utgiftsdekning ved forstyrrelser for øvrig som påfører entreprenøren økte kostnader
- Hvis endringer, herunder forsering eller forsinkelse eller mangler ved byggherrens leveranser og annen medvirkning, medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid, har entreprenøren krav på dekning av de utgifter og kostnader som derved forårsakes. Det samme gjelder hvis dette forårsakes av andre forhold som byggherren bærer

risikoen for. Det gjelder bare i den utstrekning utgiftene eller kostnadene ikke kan avhjelpest ved andre tiltak. Bestemmelsene i 24.5, 24.6 og 31.4 får anvendelse så langt de passer.

Entreprenøren skal holde byggherren løpende underrettet om utviklingen av grunnlaget for kravet.»

- (65) Jeg nevner at bestemmelsen er endret i andreutgaven av NS 8405, som kom i 2008. For vår sak er det imidlertid punkt 24.3 i førsteutgaven som er av interesse, fordi den må anses å gi uttrykk for de generelle kravene til årsakssammenheng for plunder og heft. På denne bakgrunn bemerker jeg:
- (66) Årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn. *Først* skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det *deretter* sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.
- (67) Partene har opplyst at det er et betydelig antall tvister knyttet til plunder og heft, og at dette har sammenheng med uklarhet om hvilke krav som skal eller bør stilles til bevisene for årsakssammenheng. Praksis fra lagmannsrettene er også noe sprikende. Blant de avgjørelser som belyser dette, er Borgarting lagmannsretts dommer i LB-2011-95644 *Lysaker stasjon* og LB-2011-135964 *Nøstvedttunnelen*, og Agder lagmannsretts dom i sak LA-2013-175355 *Teigar ungdomsskole*.
- (68) Prosedyren for Høyesterett har derfor i stor grad vært knyttet til krav og retningslinjer for bevisførsel og bevisvurdering i tilknytning til årsakssammenheng.
- (69) Uenigheten mellom partene gjelder særlig det andre trinnet i årsakssammenhengen; bevis for den konkrete *utmålingen av vederlaget*.
- (70) Oppland fylkeskommune gjør gjeldende at det normalt må bevises hvilke merutgifter *det enkelte* byggherreforhold har ledet til. Til støtte for sitt syn har fylkeskommunen blant annet vist til at entreprenøren er nærmest til å sikre bevis for sine kostnader, og at kontradiksjonshensynet tilsier at entreprenøren må konkretisere grunnlaget for tilleggsvederlagets størrelse så langt det er mulig.
- (71) Hab Construction anfører at det ikke er mulig å føre bevis for en slik konkret årsakssammenheng. Årsaksbildet er sammensatt og komplekst, og det er ikke noe én-til-én-forhold mellom merkostnadene og enkeltårsaker. Den primære grunnen til at det oppstår plunder og heft, er dårlig planlegging av byggherren. Ved å stille urealistiske krav til bevis for årsakssammenheng veltes risikoen for dette over på entreprenøren.
- (72) Min vurdering tar utgangspunkt i de generelle prinsippene for bevis. Jeg viser til prinsippet om fri bevisbedømmelse i tvisteloven § 21-2 første ledd og prinsippet om fri bevisføring i § 21-3 første ledd. Innenfor de rammer som følger av §§ 21-7 og 21-8, står altså entreprenøren fritt til å føre de bevis han mener underbygger kravet.
- (73) Ved bevisbedømmelsen gjelder overvektprinsippet, jf. Rt-2015-1246 avsnitt 35. Siktemålet med bevisførselen er å komme frem til det beløp som – basert på kontraktens utmålingsregler – er korrekt, på grunnlag av det som fremstår som det mest sannsynlige faktum etter avsluttet bevisføring.

- (74) Det er entreprenøren som må sannsynliggjøre at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt. Men dersom entreprenøren har lagt frem vektige bevis, vil bevisføringsbyrden skifte over til byggherren, og den kan veksle frem og tilbake mellom partene avhengig av hvor mange og hvor sterke bevis som til enhver tid er ført.
- (75) Hvis resultatet av bevisførselen er at det er like sannsynlig at det er årsakssammenheng mellom entreprenørens krav og byggherreforholdene, som at det ikke er det, skal tvilen gå ut over entreprenøren. Entreprenøren har med andre ord bevisbyrden.
- (76) Kolrud med flere, NS 8405 med kommentarer, side 285, omtaler de spesielle bevisproblemene som plunder og heft-sakene reiser:
- «Særlig 'nedsatt produktivitet' kan ha mange årsaker, f.eks. dårlig styring og kontroll fra entreprenørens side, uavhengig av forhold som byggherren bærer risikoen for. Også 'forstyrrelser på annet arbeid' kan ha flere årsaker, f.eks. at andre deler av kontraktsarbeidet forstyrres av flere enn en årsak, uavhengig av de forhold som byggherren bærer risikoen for. Det kan være meget vanskelig i det konkrete tilfelle å skille mellom forskjellige mulige årsaker.»
- (77) I Rt-2005-788 *Oslofjordtunnelen* la Høyesterett til grunn at «merutgifter» i punkt 21.1 i NS 3430 skal beregnes ut fra forskjellen mellom faktisk påløpte utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de utgifter entreprenøren ville hatt uten byggherreforholdene, se avsnitt 51 sammenholdt med avsnitt 43. De uttalelser jeg har gjengitt fra Kolrud med flere, viser imidlertid at det i plunder og heft-situasjoner kan være vanskelig å fastlegge hva kostnadene ville vært ved et hypotetisk handlingsforløp hvor man ser bort fra byggherreforholdene.
- (78) Det er ikke noe godt alternativ til dette å basere utmålingen på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerede utgifter. Blant annet tar en slik fremgangsmåte hverken høyde for entreprenørens egne feil eller ineffektivitet, eller for mulige svakheter ved hans kalkyle.
- (79) Jeg antar videre at generelle «erfaringstall» for produktivitetstap – for eksempel slike som Hab Construction har anvendt for sin beregning – vanligvis ikke vil gi noe særlig dekkende uttrykk for entreprenørens faktiske merutgifter. Dette må i tilfelle forutsette at det kan dokumenteres at tallene er representative for karakteren og innholdet av det entrepriseoppdraget som saken gjelder.
- (80) Det kan imidlertid ikke utelukkes at bevisførsel basert på generelle erfaringstall, eller andre generelle metoder, ut fra omstendighetene kan være tjenlige som bevis, kanskje særlig som supplement til konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet.
- (81) Jeg nevner i denne sammenheng at partene har vist til et omfattende materiale fra USA og Storbritannia, hvor forskjellige metoder for vurdering av «disruption claims» er behandlet i stor detalj, blant annet de britiske retningslinjene utgitt av Society of Construction Law i den såkalte «Delay and Disruption Protocol», 2. utgave fra 2017.
- (82) På bakgrunn av det jeg nå har sagt, er mitt syn at entreprenøren som utgangspunkt ikke kan basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger. Kravet må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for. At dette ikke nødvendigvis er mulig å gjøre fullt ut, betyr med andre ord ikke at det helt kan unnlates.
- (83) Utgangspunktet må altså være at skadelidte – entreprenøren – skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført.

- (84) Denne tilnærmingen underbygges etter mitt syn av kontraktens system. Etter NS 3430 punkt 17.5 skal entreprenøren gi skriftlig varsel når han vil kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter. I bestemmelsens andre ledd heter det at entreprenøren «skal innen rimelig tid nærmere spesifisere og begrunne sitt krav». En ytterligere presisering fremgår av førsteutgaven av NS 8405 punkt 24.3, hvor det er fastsatt at «[e]ntreprenøren skal holde byggherren løpende underrettet om utviklingen av grunnlaget for kravet.» Kolrud med flere, Kommentarer til NS 8405, side 287, fremhever som karakteristisk for plunder og heft-krav at de gjerne øker kraftig mot slutten. Det heter så:
- «I denne situasjonen har byggherren et legitimt krav på å bli holdt best mulig underrettet om utviklingen av kravet og av grunnlaget for det. Selv om det er vanskelig å gi presise rapporter, må entreprenøren bestrebe seg på å gi så gode opplysninger som mulig.»
- (85) Entreprenørens varslings- og begrunnelsesplikt er knyttet til at han er nærmest til å sikre bevis for de konsekvenser byggherreforholdene har for ham. I denne sammenheng nevner jeg også at Høyesterett i flere avgjørelser har pekt på at begivenhetsnære bevis veier særlig tungt, se HR-2019-928-A avsnitt 53 og Schei med flere, Tvisteloven med kommentar, 2. utgave 2013, side 776.
- (86) Men etter mitt syn kan det ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen.
- (87) Den endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil følgelig i noen grad måtte bygge på et skjønn. Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenhengen som jeg har redegjort for, vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist.
- (88) Derved ivaretas også hensynet til at motparten skal ha grunnlag for å kunne imøtegå entreprenørens krav.
- (89) Jeg går etter dette over til å se på *lagmannsrettens rettsanvendelse*.
- (90) Lagmannsrettens rettslige utgangspunkt var dette:
- «Grunnvilkåret for at det skal tilkjennes kompensasjon for effektivitetstap er at entreprenørens planlagte produksjon etter kontrakten er forstyrret som følge av forhold byggherren er ansvarlig for eller har risikoen for. Dette medfører at HAB må sannsynliggjøre at det foreligger slike forhold på byggherrens side, og at disse forholdene har ført til at produktiviteten er redusert i forhold til det som var planlagt. Videre må HAB påvise årsakssammenheng mellom byggherrens forhold, produktivitetstapet og de tap/økte kostnader dette har påført dem.»
- (91) Etter mitt syn gir lagmannsretten her uttrykk for et riktig rettslig syn, med den modifikasjon at reduksjonen i produktivitet skal måles mot hvordan situasjonen ville vært dersom byggherreforholdene ikke hadde inntrådt, jf. Rt-2005-788 *Oslofjordtunnelen* avsnitt 51.
- (92) Ved den konkrete vurderingen formulerte lagmannsretten utgangspunktet slik:
- «Lagmannsretten legger til grunn at det i vurderingen må tas utgangspunkt i en påvisning av hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret og utsatt for effektivitetstap som følge av de

forhold byggherren er ansvarlig for, og så beregne kompensasjonen knyttet til disse forstyrrelsene (nedenfra og opp).»

- (93) Også dette gir etter mitt syn i og for seg uttrykk for riktig rettsanvendelse.
- (94) I fortsettelsen uttaler lagmannsretten at en utregning basert på standardiserte faktorer – slik Hab Construction hadde beregnet sitt krav – ikke var egnet som grunnlag for å beregne merkostnadene. Heller ikke «en etterfølgende differanseberegning av samlet tap basert på totaltallene i kalkylen og de faktiske kostnadene (ovenfra og ned)», var etter lagmannsrettens syn en egnet metode for å beregne kostnadene.
- (95) Lagmannsrettens bemerkninger på dette punkt er noe uklare, men må forstås slik at retten ikke fant metodene egnet. Det er det i tilfelle adgang til. Dersom uttalelsene imidlertid ga uttrykk for at metodene avvises som relevante bevis på prinsipielt grunnlag, er det i tilfelle feil rettsanvendelse, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd.
- (96) Dommen inneholder uttalelser som kan forstås slik at det kreves at de økonomiske konsekvensene av hvert enkelt byggherreforhold skal dokumenteres. Som jeg har vært inne på, innebærer dette å stille for vidtgående krav til bevisførselen i et tilfelle hvor det er en lang rekke byggherreforhold som har virket sammen.
- (97) Som begrunnelse for utmålingen av kravet uttalte lagmannsretten:
- «En slik skjønnsfastsetting vil nødvendigvis være beheftet med usikkerhet. Det er både risiko for at det tilkjennes kompensasjon for merkostnader som HAB ikke har hatt, eventuelt som de har fått kompensert på annen måte, men også for at de faktiske virkningene av byggherreforholdene kan ha vært større. Sistnevnte risiko er imidlertid HAB etter lagmannsrettens syn nærmest til å bære når de konkrete virkningene på effektiviteten ikke er forsøkt konkretisert.
- Lagmannsretten har i den skjønsmessige vurderingen lagt vekt på at det dreier seg om mange ulike byggherreforhold, hvorav noen sannsynligvis har hatt begrenset betydning for HABs produktivitet i omfang og/eller tid, mens andre har hatt større betydning og/eller har vært gjennomgående i hele anleggstiden. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at kompensasjonen til HAB for effektivitetstap (plunder og heft), forsvarlig kan fastsettes til kr 5.000.000.»

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

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

- (103) Partene hadde særskilt avtalt at forseringsutgifter utover beløp tilsvarende påløpt dagmulkt over samme tidsrom som forseringen, skulle anses som uforholdsmessig store.
- (104) Også for forsering kreves det årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens vederlag. Jeg viser til Marthinussen, Giverholt og Arvesen, NS 8405 med kommentarer, 4. utgave 2016 side 339-340, hvor det heter:
- «Det er to vilkår for at entreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse. Det ene vilkåret er at fremdriften er blitt hindret, og det andre at dette kan henføres til byggherrens forhold. Begge vilkår må være oppfylt. Det må være årsakssammenheng mellom fremdriftshindringen og at den har sin årsak i forhold som byggherren har risikoen for. Det sentrale er at fremdriften påvirkes, i den forstand at det må foreligge et hinder for fremdriften. Det kan skje flere forskyvninger av operasjoner i et byggeprosjekt uten at fremdriften hindres slik at muligheten for å nå den avtalte fristen påvirkes.»
- (105) Fylkeskommunen har i prosedyren for Høyesterett anført en rekke innsigelser mot lagmannsrettens rettsanvendelse, og også reist flere tolkningsspørsmål knyttet til kontraktsreguleringen av forsering.
- (106) Jeg finner det ikke nødvendig å gå inn på dette. Det sentrale er lagmannsrettens vurdering av kravet til årsakssammenheng.
- (107) Lagmannsrettens oppsummerende vurdering av hvilket vederlag som skulle tilkjennes var:
- «Som følge av den bevismessige usikkerhet som knytter seg til hvor stort behovet for forsering faktisk var i forhold til den fremdrift HAB ellers ville ha hatt, har lagmannsretten ikke grunnlag for å fastsette HABs rett til forsinkelse til et presist antall dager. Det fremstår like fullt som sannsynliggjort at HAB har vært i en berettiget forseringssituasjon, og lagmannsretten finner at kompensasjonen da må fastsettes skjønnsmessig. Sett hen til omfanget og betydningen av de forhold SVV er ansvarlig for, samt at forholdene samlet sett har påvirket HABs fremdrift gjennom hele anleggsperioden, finner lagmannsretten at HABs kompensasjon for forsering forsvarelig kan fastsettes til kr 2.500.000.»
- (108) Jeg kan vanskelig se at lagmannsretten i dette avsnittet har foretatt en konkret og individuell vurdering av årsakssammenheng. Lagmannsretten går ikke konkret inn på hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader Hab Construction ville hatt ved å ta igjen forsinkelsen.
- (109) Etter mitt syn må disse manglene bedømmes på samme måte som lagmannsrettens behandling av plunder og heft-kravet. Jeg er da kommet til at også denne delen av dommen må oppheves på grunn av feil i rettsanvendelsen.
- (110) Min konklusjon er etter dette at lagmannsrettens dom må oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.
- (111) Etter tvisteloven § 20-2 har den som har vunnet saken, som hovedregel krav på å få sine sakskostnader erstattet. Oppland fylkeskommune har fått medhold i det vesentlige. Det kan

imidlertid gjøres unntak dersom tungtveiende grunner tilsier det. Saken har reist spørsmål som det var god grunn til å få prøvd i Høyesterett, og særlig fylkeskommunen har fremhevet sakens prinsipielle betydning for entreprisebransjen. Jeg er derfor kommet til at Oppland fylkeskommune bør bære sine egne sakskostnader for Høyesterett.

(112) Jeg stemmer for denne

DOM:

1. Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

(113) Dommer **Møse**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(114) Dommer **Noer**: Likeså.

(115) Dommer **Thyness**: Likeså.

(116) Dommer **Indreberg**: Likeså.

(117) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM:

1. *Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.*
2. *Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.*

1 Tilføyd av Lovdata.



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 10.12.2020

Saksnr.: 19-107863ASD-ELAG/

Dommere:

Lagdommer	Bjørn Olav Aspelund
Kst lagdommer	Stefan Jørstad
Ekstraordinær lagdommer	Harald Thoresen

Meddommere:

Daglig leder	Sverre Webjørn Sundfær
	Per Inge Henriksen

Ankemotpart	Innlandet fylkeskommune	Advokat Arve Martin Bjørnvik Advokat Per Ole Svor Advokat Johnny Johansen
-------------	-------------------------	---

Ankende part	Hab Construction AS	Advokat Anders Aasland Kittelsen Advokat Nils-Henrik Pettersson
--------------	---------------------	---

Saken gjelder sluttoppgjør etter utførelse av vegentreprise på Fv 34 Grime-Vesleelva i Søndre Land kommune. For lagmannsretten reiser tvisten nå utelukkende spørsmål om tilleggsvederlag for "plunder og heft" og forsering.

1. Sakens bakgrunn – entreprisen og prosesshistorien

Våren 2011 utlyste Statens vegvesen (heretter forkortet "SVV") offentlig anbudskonkurranse for utbedring og nybygging av vegparsell på Fylkesveg 34 i Søndre Land kommune. Utlysningen skjedde på vegne av vegeier, Oppland fylkeskommune. Det kom inn fem tilbud, herunder tilbud fra HAB Construction AS (heretter forkortet "HAB") på kr 142.425.659. De tre beste tilbudene var relativt nær i pris. HABs tilbud var lavest, og de ble derfor tildelt oppdraget. Kontrakten ble undertegnet 7. juli 2011, med avtalt ferdigstillelsesdato 1. juli 2013.

Om sakens bakgrunn het det i Gjøvik tingretts dom 18. april 2017:

Kontrakten besto av flere kapitler, hvorav kapittel A2 inneholdt kontraktssum og frist for ferdigstillelse, og kapittel A3 en kortere orientering om prosjektets art og omfang. Om prosjektet heter det der:

Oppdraget gjelder parsellen Grime – Vesleelva på fv. 34 i Søndre Land kommune. Strekningen er ca. 10,35 km lang og bygges som 2-felts veg. Veggen er stort sett utbedring av eksisterende veg, men har noen nye partier i forbindelse med utretting av kurver. Oppdraget omfatter også ombygging av tilgrensende avkjørsler (ca 60 stk) og driftsveger med total lengde ca 8 km. I tillegg inngår opparbeidelse av skogsveger/traktorveger og oppgrusing av "Gamle kongeveg" til tursti. Det nye anlegget omfatter også opparbeidelse av ca 3 km fortau/gs-veger langs fv. 34. Det skal bygges en jordbruksundergang i betong, og kryssing av bekk med sirkulært stålrør eller "halv" rør.

Det ligger til rette for at noe av overbygningsmassene kan tas ut i linjen, og det er regulert areal til to sidetak langs linjen som kan benyttes hvis ønskelig. Noe av overskuddsmassene kan deponeres i mindre deponier langs linjen og i forbindelse med sidetak, men det må påregnes at store deler av overskuddsmassene må fraktes til deponi besørget av entreprenør.

For å minske ulempene for vegbrukere, skal parsellen ha minimum 2/3 fast dekke gjennom hele anleggsperioden.

Oppdraget omfatter bl.a. masseflytting, sprengning, grøfter og rør, forsterkningslag, asfalt, kantstein, rekkverk, betongarbeider for støttemurer og driftsundergang, støttemurer i naturstein, støyskjermer i tre, brønner og VA-omlegginger, kabelomlegginger, plastring og drensarbeider, tilsåing og forberedende arbeider til bomstasjon.

Av særlig betydning ellers i kontrakten er kapittel C, som er standardkontrakten NS 3430 med endringer og administrative bestemmelser, kapittel D2 med spesielle kontraktsbestemmelser og kapittel E med beskrivelser og prissetting av de ulike prosesser som prosjektet ville innebære. Kontrakten innebar at det økonomiske mellomværende mellom byggherre og entreprenør skulle avregnes etter oppmåling av utførte eller medgåtte mengder, ut fra de priser på de ulike prosessene som var

fastsatt i kontrakten. Kontrakten gir entreprenøren i tillegg rett til oppgjør for merutgifter som er påløpt på grunn av tillegg eller endringer i prosjektet som byggherren har forårsaket.

Arbeidene ble igangsatt høsten 2011, og veien ble overlevert på kontraktens leveringsfrist 1. juli 2013. Veien ble høytidelig åpnet noen dager senere.

HAB sendte faktura for sluttoppgjør 9. september 2013. Kravet utgjorde ca. 65,8 mill. kroner, i tillegg til et krav knyttet til utestående fakturaer på ca. 8,5 mill kroner, til sammen ca. 74,3 mill. kroner. I tilsvaret til slutfakturaen 15. november 2013 bestred vegvesenet kravet, og fremmet på sin side krav om ca. 4 mill. kroner fra HAB som vegvesenet hevdet å ha utestående hos HAB.

I etterkant ble partene enige om flere poster under sluttoppgjøret, men da partene ikke kom til enighet om alle poster, tok HAB 4. september 2014 ut stevning ved Gjøvik tingrett.

Tingrettens domsslutning i saken lød slik:

1. Oppland fylkeskommune betaler til HAB Construction AS 9 757 163 – nio millioner syv hundre og femtise ni tusen og sekstisett – kroner med tillegg av merverdiavgift, innen 2 – to – uker etter forkynnelse av denne dom. Forsinkelsesrente påløper ved forsinket betaling.
2. HAB Construction AS frifinnes for Oppland fylkeskommunes motkrav.
3. Statens vegvesens evalueringsrapporter fra henholdsvis 28. februar 2012 og 30. oktober 2012 for kontrakt Fv34 Grime-Vesleelva kjennes ugyldige.
4. Saksomkostninger tilkjennes ikke.

HAB anket dommen til Eidsivating lagmannsrett, som 29. juni 2018 avsa dom med slik slutning:

1. Oppland fylkeskommune betaler til HAB Construction AS 15 886 178 – femten millioner åtte hundre og åttiseksten tusen og syttiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen. Beløpet tillegges lovens forsinkelsesrenter fra 19. november 2013 og til betaling skjer.
2. Partene bærer sine egne saksomkostnader for tingretten og lagmannsretten.
3. Partene dekker i fellesskap kostnadene til fagkyndige meddommere som tidligere fastsatt av tingretten og for lagmannsretten etter særskilt fastsettelse.

Så vel HAB som fylkeskommunen anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Imidlertid ble bare fylkeskommunens anke – som gjaldt lagmannsrettens vurdering av spørsmål om "plunder og heft" og forsering – sluppet inn til behandling i Høyesterett.

Høyesterett avsa 26. juni 2019 dom med slik slutning:

1. Lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder tvistepunktet EOF 12 så langt det er påanket og henvist.

2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Lagmannsretten skal nå avsi ny dom for de forholdene i saken som ble opphevet av Høyesterett.

Med virkning fra 1. januar 2020 ble Oppland og Hedmark fylkeskommuner slått sammen til Innlandet fylkeskommune, som nå er part i saken.

Ankeforhandling var opprinnelig berammet til april 2020. På grunn av Covid 19-utbruddet ble det besluttet å omberamme saken til høsten 2020.

Ankeforhandling ble holdt over 12 rettsdager fra 1. til 17. september i Hamar teaters lokaler, Hamar. For HAB Entreprenør avga Jan Harangen partsforklaring. Det ble hørt 12 vitner og ellers foretatt slik bevisførsel som fremgår av rettsboken.

Lagmannsretten finner det hensiktsmessig å gjengi partenes generelle anførsler til saken først, og deretter gjennomgå de enkelte byggherreforholdene.

Ankende part – HAB Construction AS – har i det vesentlige gjort gjeldende:

Det er liten tvil om at HAB er blitt påført store merkostnader på grunn av byggherreforhold. Prosjektet har vært beheftet med store produktivitetsforstyrrelser med sammensatte årsaker, men som har det til felles at de skyldes byggherrens forhold.

Lagmannsretten skal ta stilling til om HAB har krav på erstatning for plunder og heft og for forsering på bakgrunn av de krav Høyesterett har stilt. Det er umulig å bevise de økonomiske konsekvensene av hvert byggherreforhold når mange byggherreforhold virker sammen. Høyesterett har imidlertid heller ikke krevet det.

Det kan ikke være noen innvending mot plunder og heft-krav at det fremsettes sent. Det ligger i plunder og heft-kravens karakter at man ikke klarer å varsle eller beregne konsekvensene av disse virkningene samtidig som forholdet inntreffer. Varslingsreglene må tilpasses virkeligheten. HAB må dessuten bedømmes etter det som var situasjonen på tidspunktet for gjennomføringen av kontrakten. Høyesterett selv har forutsatt at det ikke må være uforholdsmessig vanskelig å føre bevis for det tapet som er lidt.

Entreprenøren skal stilles økonomisk i den situasjonen han ville vært om byggherreforholdene tenkes borte. Slik det også fremgår av Høyesteretts dom, er bevistemået konsekvensene av de samlede virkningene av byggherreforholdene.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Innlandet fylkeskommune dømmes til å betale til HAB Construction AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn.

2. Innlandet fylkeskommune dømmes til å erstatte HAB Construction AS sakskostnader for lagmannsretten.

Ankemotparten – Innlandet fylkeskommune – har i det vesentlige gjort gjeldende:

Det fremgår av Høyesteretts dom at det må være årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og merutgiftene, og det er dette lagmannsretten nå skal ta stilling til. HAB har ikke ført tilstrekkelig bevis for en slik årsakssammenheng i samsvar med Høyesteretts krav. HABs krav er løsrevet fra begivenhetsnære bevis i saken.

Det må først påvises at det foreligger årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og de påståtte, avledede effektene. Det første trinnet innebærer at det må føres bevis for hvilke arbeidsoppgaver som er påvirket, og hvilke konsekvenser en slik påvirkning eventuelt har fått. HABs krav er basert på et skjønn som ikke kan etterprøves.

HAB må sannsynliggjøre årsakssammenhengen med begivenhetsnære bevis. De tidsnære bevisene som er fremlagt i saken, underbygger ikke at HABs arbeid ble forhindret av de anførte byggherreforholdene.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Innlandet fylkeskommune frifinnes.
 2. HAB Construction AS dømmes til å erstatte Innlandet fylkeskommunes sakskostnader.
2. Den videre fremstilling. Betydningen av Høyesteretts dom og forholdet til lagmannsrettens forrige dom

Når Høyesterett har opphevet lagmannsrettens dom, er de deler av dommen som omfattes av opphevelsen, satt ut av kraft. For de deler av lagmannsrettens dom som omfattes av opphevelsen, er det således tingrettens – og ikke lagmannsrettens tidligere – dom som overprøves.

Ved lagmannsrettens nye behandling av saken er den bundet av den rettsoppfatningen som fremgår av Høyesteretts dom, jf. tvisteloven § 30-3 første ledd jf. § 29-24 annet ledd.

Det sentrale i vår sak er å ta stilling til om HAB har ført tilstrekkelig bevis for årsakssammenhengen mellom forhold byggherren har ansvaret for og det økonomiske tapet HAB mener å ha lidt.

Om kravet til årsakssammenheng heter det i Høyesteretts dom i avsnitt 66:

Årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn. *Først* skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og

hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det *deretter* sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.

Etter lagmannsrettens syn er dette det mest sentrale premisset for Høyesteretts avgjørelse. Slik det fremgår, må årsakssammenhengen mellom byggherrens forhold og eventuelle økonomiske konsekvenser for entreprenøren klarlegges i to trinn. Det er ikke tilstrekkelig å påvise at det foreligger byggherreforhold som etter sin art kan forårsake plunder og heft for entreprenøren. Det kreves også at det føres bevis for hvilke byggherreforhold som har påvirket og at det identifiseres nærmere hvor, når og på hvilken måte byggherreforholdet har påvirket entreprenørens arbeid.

Det beviskravet Høyesterett her oppstiller, kan være tungt å etterkomme for entreprenøren, spesielt dersom entreprenøren ikke har hatt gode rutiner for å sikre bevis for (mulige) plunder og heft-krav under anleggsprosessen. Beviskravet vil i mange prosjekter kunne utelukke krav knyttet til plunder og heft, fordi man enten ikke har vært påpasselig med å sikre bevis for at produksjonen er påvirket, eller fordi konsekvensene er vanskelig å anskueliggjøre og dokumentere underveis. En viktig modifikasjon følger imidlertid av avsnitt 86:

"Men etter mitt syn kan det ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen".

Det er like fullt entreprenøren som har bevisbyrden for at det foreligger et relevant byggherreforhold og for å påvise hvordan og i hvilken grad det har påvirket entreprenørens arbeidsoperasjoner. Særlig for dette trinnet av vurderingen av årsakssammenhengen, er det etter lagmannsrettens syn liten plass for bruk av erfaringstall og henvisninger til at byggherrens forhold "etter sin art" er egnet til å påvirke entreprenørens arbeidsoperasjoner.

I saken har det vært fremholdt at kontrakten ikke var "stedsbestemt", dvs. at det ikke var separate arbeidsprosesser for ulike geografiske steder på anlegget, og at dette har vanskeliggjort påvisningen av konsekvenser av byggherrens forhold. Lagmannsretten kan ikke se at dette har noen betydning for saken. Når Høyesterett krever at entreprenøren må bevise "hvilke arbeidsoperasjoner" som er påvirket, siktes det ikke til kontraktens prosesser, men mer til hvilke sider ved entreprenørens kontraktsforpliktelser som hindres ved byggherrens forhold.

Ved bevisvurderingen må begivenhetsnære bevis veie tungt, ikke minst fordi entreprenøren gjerne er nærmest til å sikre bevisene for at det foreligger byggherreforhold som påvirker

entreprenørens produksjon, jf. Høyesteretts dom avsnitt 85. Uansett er entreprenøren nærmest til å føre bevis for de konsekvensene byggherreforholdene har fått for produksjonen.

Det har i rettspraksis vært en tendens til å stille noe overfladiske krav til bevis for årsakssammenheng, f.eks. ved at generelle "erfaringstall" er benyttet som bevis, eller at det økonomiske tapet estimeres som en rundsum etter en totalvurdering av de bevis som er fremlagt.

Høyesteretts dom klargjør at denne tilnærmingen ikke er utelukket, men at slike generelle erfaringstall primært vil være et supplement til konkrete bevis. Bruken av erfaringsmaterialet er derfor mest relevant for vurderingen av hvilke merutgifter entreprenøren ble påført som følge av byggherrens forhold. Denne vurderingen kan imidlertid først foretas når det er klarlagt om, på hvilken måte og i hvilket omfang byggherrens forhold har påvirket entreprenørens arbeidsoperasjoner.

Lagmannsretten finner grunn til å understreke at den ikke kan se at Høyesteretts dom innebærer noen endring av rettstilstanden. Kravet om sannsynliggjøring av årsakssammenheng er et etablert og absolutt vilkår for erstatning i norsk rett. Krav på tilleggsvederlag for plunder og heft har på dette punkt mye til felles med et alminnelig erstatningskrav. Spørsmålet er om entreprenøren har lidt et økonomisk tap som følge av byggherrens forhold. Entreprenøren må føre tilstrekkelig bevis for at det er en årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og det tapet entreprenøren har lidt.

Høyesteretts dom bidrar til en tilsiktet klargjøring av hvilke krav man skal stille til bevisene for slik årsakssammenheng. Som lagmannsretten skal komme tilbake til, innebærer den derfor at det stilles strengere krav til dokumentasjon av plunder og heftforhold underveis i entreprisprosjektene enn det som har vært krevd i mange tidligere rettsavgjørelser innenfor dette rettsområdet.

3. Plunder og heft

3.1 Innledning

Som Høyesterett uttaler i avsnitt 54, er betegnelsen plunder og heft et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Kjernen i begrepet er imidlertid det at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens side medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos entreprenøren. Det dreier seg om avledede konsekvenser av forhold som byggherren svarer for, som pålegg om endringer i det som er avtalt, eller forsinkelse eller annen svikt i byggherrens medvirkningsplikt, jf. avsnitt 55.

Det er påregnelig at det vil skje endringer underveis i et prosjekt, og dette må entreprenøren ta høyde for i sin planlegging og sine fremdriftsplaner. Normalt vil

konsekvensene av slike endringer fanges opp og kompenseres gjennom kontraktens endringsordresystem, dersom både årsak, virkning og omfang kan sannsynliggjøres underveis. Krav om tilleggsvederlag for plunder og heft vil imidlertid aktualiseres "når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går ut over det som ut fra anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes, og som det ikke allerede er kompensert for", jf. Høyesteretts dom avsnitt 56.

Det kontraktsrettslige grunnlaget for HABs krav er kontraktens pkt. C 21.1, som bestemmer:

Bliir entreprenøren påført merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1, eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren.

Entreprenøren har bare krav på kompensasjon i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler.

Kontraktsrettslig er det tale om et vederlag som kommer i tillegg til det avtalte vederlaget etter kontrakten. Utmålingen skal i prinsippet skje etter de samme retningslinjer som et erstatningskrav: Dersom det foreligger forhold i saken som det er på det rene at byggherren er ansvarlig for, skal man sammenligne denne situasjonen med situasjonen der byggherrens forhold tenkes borte. Sagt på annen måte: Spørsmålet er hvilke merkostnader byggherrens forhold har påført entreprenøren.

Avtalt ferdigstillelsesdato etter kontrakten var 1. juli 2013. Kontrakten ga HAB adgang til å starte sitt arbeid straks kontrakten var undertegnet 7. juli 2011, men arbeidene ble ikke satt i gang før i oktober samme år.

Med tilbudet, som etter kontraktens pkt. C 4.1 b) skal anses som en del av avtalen, fulgte det en orienterende fremdriftsplan, der det fremgikk at anleggsarbeidet var delt opp i en sørlig (profil 5.200-8.600), en midtre (profil 8.600-13.200) og en nordlig (profil 13.200-15.500) parsell.

Den opprinnelige fremdriftsplanen tilsa at anleggsarbeidet skulle starte 24. oktober 2011 på den sørlige parsellen, i april 2012 på den nordlige og i august 2012 på den midtre.

I september 2011 ble det imidlertid utarbeidet en ny fremdriftsplan, der inndelingen i søndre, midtre og nordre parsell var noe endret. Det fremgikk blant annet av denne planen at den sørlige parsellen bare skulle gå til profil 7.200, og at arbeidet her skulle starte 3. oktober samme år.

3.2 Generelt om EOF 012

Det er ikke uvanlig at krav om tilleggsvederlag for plunder og heft først kommer i prosjektets slutfase. Det dreier seg her om avledede konsekvenser, og det er ikke uvanlig at det først da er praktisk mulig å få oversikt over disse.

Det er ikke noe i veien for at krav om tilleggsvederlag for plunder og heft først fremsettes i forbindelse med sluttoppgjøret. Krav om slikt tilleggsvederlag må imidlertid være tilstrekkelig underbygget, og dette bør skje tidsnært i forhold til de byggherreforholdene som det påberopes at skaper effektivitetsforstyrrelser for entreprenøren. Dette har en side mot den alminnelige lojalitetsplikten i et løpende kontraktsforhold: Dersom entreprenøren er kjent med byggherreforhold som hindrer en effektiv utførelse av entreprenørens kontraktsforpliktelser og som dessuten påfører ham meromkostninger, bør han melde fra om dette til byggherren straks. På denne måten kan byggherren ta nødvendige grep for å rette opp de forholdene som hindrer effektiv arbeidsflyt.

Selv om det undertiden kan være vanskelig allerede under avviklingen av prosjektet å tallfeste konsekvensene av byggherrens effektivitetshindrende forhold, vil det som regel være mulig å peke på slike forhold som hindrer entreprenørens arbeid.

Plunder og heft-kravene i saken har formelt utgangspunkt i et "varsel om forhold som får prismessige og/eller fremdriftsmessige konsekvenser (EOF)" nr. 12, utstedt 26. oktober 2011. Varselet synes først inngitt 2. november 2011. Det sentrale her er imidlertid at EOF'en ble inngitt bare uker etter anleggsstart. I varselet het det:

Viser til rev 001 av hoved fremdriftsplan, datert 20.09.11, hvor vi skulle starte med stikkrenner langs hele linja 20.10.11. Dette fordrer at hogst, fjerning av eksisterende linjer og grunnerverv skal være utført og avklart. Slik situasjonen er i dag er det ikke blitt avklart eller utført noe ifb. Med omlegging av eksisterende linjer og på deler av strekningen er det ikke avklart med grunneiere.

Dette medfører store fremdriftskonsekvenser for vår drift samt urasjonell drift på arbeider som er/blir utført.

Vi har hatt gjentatte møter med kabeletatene hvor fremdriftsplaner er lagt fram med prioriterte områder de skal starte på, uten at arbeider har startet opp.

Vi har i hoved fremdriftsplan rev. 001 oppgitt at vi skal starte med våres arbeider 24. oktober 2011 i nordenden av parsellen, profil 12200-15550. På deler av strekningen blir vi stoppet grunnet manglende grunnerverv.

Videre er det pr. dags dato et arbeidsgrunnlag som ligger til grunn for jobben som mangler kvalitetssikring på de planlagte oppstarts arbeidene (stikkrenner), hvor vi har gått inn å kvalitetssikret tegningene og funnet store feil.

Vi har i lang tid etterspurt en befaring/avklaring med kommunen ang. VA-anlegg på anlegget uten å få noen respons fra kommunen/byggherren på dette, disse arbeidene er vi avhengig av å få avklart for å komme videre i de andre arbeidene..

Vi har pr. dags dato tilført en del ressurser til anlegget som vi nå ser at vi ikke klarer å sysselsette. Driften har ikke kunnet bli opprettholdt på en rasjonell måte, og inntil endelig avklaring foreligger vil vi heller ikke kunne få rasjonell drift på våres mannskap og utstyr. Videre har vi inngått avtaler med underentreprenører som nå står på vent som vi risikerer å måtte si fra oss. Dette kan medføre at vi må leie/kjøre tjenester som medfører økte kostnader for oss.

Dette er økte kostnader og fremdriftsmessige konsekvenser som vi vil komme tilbake til når omfanget er avklart.

Alle arbeider som er utført frem til nå og frem til endelige avklaringer foreligger vil bli avregnet som regningsarbeid.

Slik det fremgår av varselet, ble det fokusert på hogst, fjerning av eksisterende kabellinjer og grunnerverv. I dette varselet krevde HAB i realiteten at alt arbeid skulle utføres på regning. SVV avviste varselet 11. november 2011 og fremholdt at det ikke var grunnlag for å kreve arbeidet utført på regning.

EOF 012 er senere revidert flere ganger, første gang 13. desember 2011, der det ble fremholdt at entreprenøren ikke maktet å opprettholde rasjonell fremdrift i arbeidene på grunn av uenighet om "ansvar for grunnforhold og prosjektering". Også denne revisjonen ble avvist av SVV.

I revisjon 2 av EOF 012, datert 11. desember 2012, fremgikk det at det hadde blitt inngitt timelister for regningsarbeid med i alt kr 22.338.400. Byggherren avviste også denne revisjonen av EOF 012, med henvisning til at han mente at kontrakten ikke ga hjemmel for regningsarbeid for de forholdene HAB hadde påberopt seg.

Etter at anlegget var overlevert til byggherren, ble det 6. september 2013 og som ledd i arbeidet med sluttoppgjøret, inngitt en revidert, til dels betydelig utvidet, EOF 012 (EOF 012-3). Det fremgikk her at kravet var blitt "oppdatert til å omfatte hele anleggstiden".

Som nevnt over, er det ikke noe formelt i veien for at plunder og heft-krav fremsettes først i forbindelse med sluttoppgjøret. Det må likevel føres bevis for at det forelå byggherreforhold som forhindret entreprenørens arbeider, og at det er årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merkostnader. Etter omstendighetene kan det være vanskelig å føre slike bevis etter hvert som tiden går, og fravær av tidsnær dokumentasjon vil bevismessig kunne slå uheldig ut for entreprenøren.

3.3 Generelt om de aktuelle byggherreforholdene

Tingretten og lagmannsretten drøftet plunder og heft-kravene i relasjon til ulike, særskilt oppregnede, byggherreforhold. Under saksforberedelsen for lagmannsrettens behandling nå har partene blitt enige om at plunder og heft-kravene skal vurderes i relasjon til grovt sett de samme forholdene. De er også enige om at risikospørsmålet – om et bestemt forhold er et byggherreforhold eller ikke – skal anses som rettskraftig avgjort ved lagmannsrettens forrige dom. Lagmannsretten legger enigheten om risikospørsmålet til grunn i den fortsatte behandlingen.

Etter lagmannsrettens syn gjør Høyesteretts dom det nødvendig å gå relativt grundig inn i de enkelte byggherreforhold og for hvert enkelt av dem ta stilling til om det er ført bevis for at de har forhindret entreprenørens arbeider og påført ham ekstraomkostninger.

3.4 Manglende grunnerverv

3.4.1 Bakgrunn

Denne delen av plunder og heft-kravet er knyttet til HABs påstand om at arbeidene ble hindret fordi SVV ikke hadde sørget for å gjennomføre alle grunnerverv.

I tingrettens dom het det om denne delen av kravet:

Det er på det rene at ikke alt grunnerverv var på plass ved oppstart. Anne Brit Moen forklarte at ervervet tok noe tid fordi SVVs grunnerverver pensjonerte seg sommeren 2011. SVV sendte 9. november 2011 oversikt til HAB over hvilke områder hvor grunnerverv pr. da var i orden, hvor det var usikkert om det blir inngrep og hvor grunnerverv ikke var avklart. Det meste var avklart, men det sto også igjen et ikke ubetydelig antall arealer. Blant annet var ikke grunn ervervet ved profil 5500-5550 (Joker Enger), 7950-8100, 9330-9525, 11 820-11 920, 13 870-13 950, 14 100-14 170, 14 600-14 650 og 14 930-14 950.

Oversikten ble oversendt etter at HAB hadde tatt opp i byggemøte 1. november 2011 at det var problemer med fremdrift blant annet på grunn av manglende grunnerverv. HAB hadde gjort SVV oppmerksom på dette også i EOF 012 26. oktober 2011. HAB hadde derfor tidlig i arbeidet gjort byggherren oppmerksom på dette. Likevel utsto ervervene av flere arealer på linja i måneder etter dette.

Etter opprinnelig framdriftsplan vedlagt tilbudet fra HAB skulle HAB først starte i sør ved profil 5 200-8 600 fra november 2011. Deretter skulle man starte i nord ved profil 13 200-15 550 fra april 2012. Mellompartiet skulle påbegynnes i august 2012. Fremdriftsplanen ble imidlertid endret 20. september 2011, og det fremgikk av den da reviderte framdriftsplanen at HAB skulle begynne å arbeide med stikkrenner/overvann i nord og på mellompartiet fra november 2011. I byggemøte 5. oktober 2011 opplyste HAB at entreprenøren ønsket å begynne samtidig på nordparsellen. SVV ga uttrykk for at "framdriftsplanen skal være grund til at alle følger det". I byggemøte 1. november 2011 fremkom det at HAB ville avpasse sin framdriftsplan etter eiendommer med grunnavtaler.

De to arealene sør på prosjektet (Joker Enger og profil 7950-8100) som ikke var ervervet ved anleggsstart lå med andre ord der HAB etter opprinnelig framdriftsplan hadde tenkt å starte arbeidet. I byggemøte 14. desember 2011 opplyste SVV at Joker Enger skulle innløses og at innkjøring til den tidligere butikken på stedet utgikk og at det skulle etableres full gangveg. Retten legger imidlertid til grunn blant annet at HAB først fikk tilgang til arealet 2. mai 2012. Bjørn Broderstad forklarte at HAB måtte da gå tilbake høsten 2012 for å arbeide der. Retten legger videre til grunn at profil 7950-8100 ble ervervet i desember 2011 og februar 2012, det vil si flere måneder etter planlagt oppstart på området.

3.4.2 HABs anførsler

Grunnerverv skal være gjennomført så tidlig at det ikke på noen måter hindrer entreprenøren, heller ikke hans planlegging og fleksibilitet.

Manglende grunnerverv innebar hindringer for HABs produksjon, helt frem til august 2012. Det ble vanskelig for HAB å planlegge arbeidet. Grunnavståelsesavtalene inneholdt ofte forutsetninger for entreprenørens videre arbeid på veilinja ved at ikke alt arbeid ble ferdig. Det ble også konsekvenser for trafikkavviklingen som følge av logistikken i veglinja, planlegging og stikning i veglinja, samt VA-arbeidene.

Det er ikke riktig, slik lagmannsretten ved forrige behandling gjorde, å anse plunder og heft på den nordlige parsellen for oppgjort. Oppgjøret der var for konkret stopptid, som er noe annet enn plunder og heft.

3.4.3 Fylkeskommunens anførsler

At grunnervervene ble forsinket, må sees i sammenheng med at HAB endret fremdriftsplanen vesentlig gjennom å begynne arbeidene et annet sted enn opprinnelig tenkt. Grunnervervene ble derfor ikke gjennomført i den rekkefølgen man opprinnelig hadde tenkt. Dette var imidlertid bare et problem på den nordre parsellen, der arbeidene først skulle starte i april 2012. Hindringene som manglende grunnerverv hadde skapt for HABs produksjon på denne parsellen, ble imidlertid kompensert.

HAB har ikke forsøkt å redegjøre for hvilke faktiske arbeidsoperasjoner utover det som er kompensert som ble påvirket av manglende grunnerverv, og det er heller ikke sannsynliggjort årsakssammenheng mellom de merkostnadene som er krevet og påvirkningen på arbeidene som manglende grunnerverv eventuelt har forårsaket.

På den midtre og sørlige parsellen var det ingen problemer med manglende grunnerverv i det hele tatt. Når det gjelder Joker Enger, dreier det seg der ikke om manglende grunnerverv, men om et endringsforhold som det er gitt oppgjør for i samsvar med kontraktsregler for slike.

Manglende grunnerverv har således ikke påvirket andre arbeider enn de som ble påvirket i form av ventetid, flytt og endringer i planer. Dette er allerede gjort opp, og HAB er ikke påført ytterligere kostnader. HAB har ellers aldri tatt opp grunnerverv som et problem i sine månedsrapporter.

3.4.4 Lagmannsrettens merknader

Partene er enige om og lagmannsretten legger til grunn at manglende grunnerverv er forhold som etter omstendighetene kan hindre entreprenørens arbeid. Det er som utgangspunkt byggherrens ansvar å sørge for at entreprenøren har fri tilgang til anlegget, slik at entreprenøren får utført sine forpliktelser etter kontrakten. I denne forbindelse bemerkes at det etter kontrakten i denne saken, ikke var noen begrensninger i hvor på anlegget arbeidene kunne starte.

Hvorvidt manglende grunnnerverv virkelig har påvirket entreprenørens arbeid, må det tas stilling til ut fra de tidsnære bevis som foreligger i saken. Det må bl.a. vurderes i lys av de fremdriftsplanene som til enhver tid forelå.

Etter kontraktens pkt. C 19 kan byggherren kreve at entreprenøren "utarbeider og om nødvendig reviderer" fremdriftsplan for utførelsen. Den bestemmer videre at entreprenøren skal levere "detaljert fremdriftsplan" senest fire uker etter at kontrakt er inngått, og at byggherren om nødvendig kan nekte å godta endringer i fremdriftsplanen dersom endringene får "tidsmessig betydning for byggherrens levering av materialer, tegninger, beregninger o.l. når endringene ikke er byggherrens ansvar".

I en orienterende fremdriftsplan 9. juni 2011, vedlagt HABs tilbud, fremgikk det at HAB planla å starte arbeidene på den sørlige parsellen. Lagmannsretten finner det bevist at SVV derfor også prioriterte grunnnervervene her. HAB oppfylte ikke kontraktens krav om å fremlegge detaljert fremdriftsplan innen fire uker etter at kontrakt ble inngått. Imidlertid etterlyste heller ikke SVV planen. HAB oversendte en ny og detaljert fremdriftsplan 20. september 2011. Det fremgikk av denne at HAB ville starte arbeider på stikkrenner i den nordlige og midtre parsellen allerede 27. oktober.

I byggemøte 3 den 5. oktober 2011 ga SVV uttrykk for at man ønsket at partene skulle forholde seg til den opprinnelige fremdriftsplanen, men motsatte seg heller ikke endringene. I byggemøte 5 den 1. november 2011 informerte SVV HAB om hvilke grunneieravtaler som var inngått og hvilke som fremdeles utestod. HAB opplyste også at de ville avpasse sin fremdriftsplan etter de eiendommene der grunneieravtaler var inngått.

Etter lagmannsrettens syn innebar HABs omrokking en ganske betydelig endring i fremdriftsplanen. Det er nok så at HAB etter kontrakten hadde adgang til å starte hvor de ønsket, og det var for så vidt også nevnt i bakgrunnen for kontrakten at prosjektet hadde "mange angrepspunkter". Etersom kontrakten la opp til at entreprenøren skulle utarbeide en fremdriftsplan, er det lagmannsrettens syn at begge parter måtte innrette seg på at den til enhver tid foreliggende fremdriftsplan skulle følges.

Lagmannsretten har samtidig merket seg at fremdriftsplanen fra sommeren 2011 bare var "orienterende". Det er ingen dokumentasjon for at SVV i etterkant av undertegnet kontrakt krevde at HAB skulle oppfylle plikten til å inngi en detaljert fremdriftsplan.

Lagmannsretten har dessuten merket seg at SVV hverken etterlyste en slik fremdriftsplan eller direkte motsatte seg HABs nye fremdriftsplan. Spørsmålet om manglende grunnnerverv hindret HABs arbeider, må således løses med utgangspunkt i de fremdriftsplanene som var gjeldende på tidspunktet for de arbeider som eventuelt ble hindret.

Spørsmålet er så om det foreligger begivenhetsnære bevis for at manglende grunnnerverv hindret HABs fremdrift. Det er hensiktsmessig å se på de tre parsellene for seg.

Når det gjelder den nordlige parsellen, var manglende grunnverv et forhold som HAB allerede i den opprinnelige EOF 012 av 26. oktober 2011 tok opp at hadde hindret arbeidet. I revisjon 3 av denne EOF'en ble kravet opprettholdt. Det ble der vist EOF 009, EOF 024 og EOF 031.

Det synes i og for seg klart at det var produksjonshindre på denne parsellen. På byggemøte nr. 5 den 1. november 2011, altså omtrent sammenfallende med at den opprinnelige EOF 012 ble inngitt, ble HAB og SVV imidlertid enige om en ordning for hvordan slike produksjonshindre skulle håndteres. SVV skulle oversende en liste til HAB over eiendommer som ikke hadde noen grunnavtale, og HAB skulle i en ny fremdriftsplan, som skulle fremlegges kort etter byggemøtet, "avpasse [planen] etter eiendommer med grunnavtaler". Dette viser etter lagmannsrettens syn at HAB etterkom og tilpasset seg de problemene byggherren opprinnelige hadde med grunnvervene. Bevisførselen har også vist at denne ordningen mellom partene jevnt over fungerte etter hensikten. I enkelte tilfeller der HABs arbeid ble forhindret, ble partene enige om et oppgjør. Et eksempel er EOF 024, utstedt 24. mai 2012, og som endte med et omforent oppgjør for denne hindringen.

Når det gjelder EOF 009 og EOF 024 som det ble vist til i EOF 012-3, ble det gitt en avtalt kompensasjon for disse i henholdsvis EO 014 og EO 52. Når det gjelder det siste varselet som ble tatt opp i EOF 012, varsel 31, synes det som det eventuelt var nærføring av høyspentlinjer, og ikke manglende grunnverv, som i tilfelle hindret HABs arbeid. Det foreligger uansett ingen dokumentasjon for at HAB fulgte opp dette varselet med nærmere belysning av på hvilken måte grunnvervet påvirket HABs produksjon.

Lagmannsretten kan heller ikke se at HAB i noen av sine månedsrapporter etter den av oktober 2011 tok opp at manglende grunnverv hindret produksjonen.

Når den gjelder den midtre parsellen, foreligger det ingen EOF'er eller andre tidsnære bevis for at manglende tilkomst hindret HABs produksjon.

Det samme gjelder den sørlige parsellen. Med unntak for problemstillingene rundt Jokerforretningen på Enger, foreligger det ingen EOF'er, varsler eller andre begivenhetsnære bevis knyttet til manglende grunnverv på denne parsellen, og som tilsier at HABs produksjon her ble hindret.

Når det så gjelder Jokerforretningen på Enger, er lagmannsretten enig med fylkeskommunen i at spørsmålene her ikke gjelder manglende grunnverv. Opprinnelig var planen at forretningen skulle ha normal drift gjennom hele anleggsperioden. Forutsetningen i kontrakten var at HAB måtte "bygge seg rundt" forretningen, slik at driften ikke ble skadelidende. I desember 2011 ble det avklart at forretningen skulle rives og eiendommen innløses. Innløsning fant sted i mai 2012, og rivingen i august 2012. Arbeidet med Joker Enger ble utført som et ordinært endringsarbeid, og ble også godtgjort som det. Lagmannsretten er i og for seg enig i at denne endringen i desember 2011 kom

uforutsett på HAB, og det kan ikke utelukkes at den kan ha hatt avledede konsekvenser for HABs øvrige produksjon. Totalt sett må likevel endringene knyttet til Joker Enger sies å ha vært en fordel for HAB, ved at prosjekterte atkomstveger til forretningen, p-plasser og en naturstensmur ikke kom til utførelse. Det må dessuten sees på som en betydelig effektivitetsgevinst for HAB at man slapp å forholde seg til igangværende drift i forretningen.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det ikke er ført bevis for at HAB som følge av manglende grunnerverv ble påført merkostnader ut over det som allerede er kompensert av SVV.

3.5 Sen kabelomlegging / manglende avtaler med kabeletater

3.5.1 Bakgrunn

Langs veglinja var det kabelføringer for strøm og teleforbindelse som potensielt kunne bli berørt av vegarbeidet. Det er av stor viktighet for så vel leverandører som sluttkunder at leveransen av strøm- og teleforbindelse er uhindret, hvilket også foranlediget at kabelomlegging var gjenstand for særskilt kontraktsregulering.

3.5.2 HABs anførsler

Byggherren hadde – i strid med kontrakten – ikke inngått kontrakter med kabeletatene om fjerning av kabelgater, hverken med hensyn til omfang, tid eller annet før anleggsstart. Det er i det hele tatt usikkert om arbeidene var prosjektert.

Bevisførselen viser at SVV først bestilte kabelomlegging i juli 2011 og at de siste bestillingene ikke var foretatt før i november 2011. Arbeidene pågikk helt frem til mai 2012, og det var endog enkelte gjenstående arbeider så sent som i 2013.

Resultatet av de manglende bestillingene er at HABs tilgang til deler av arbeidene er blitt hindret. Videre har arbeidene til dels måtte utføres under strømførende ledninger. Deler av arbeidene måtte dessuten settes igjen og utføres på et senere tidspunkt. Det har vanskeliggjort arbeidsflyten.

Den manglende planleggingen med kabeletatene har påvirket mye av HABs kontraktsarbeider. Således er alle gravearbeider, transport, rørlegging og kabellegginger blitt påvirket.

3.5.3 Fylkeskommunens anførsler

Fylkeskommunen er i og for seg ikke uenig i at det oppstod problemer med sen omlegging av kabler. Disse påvirket imidlertid ikke HABs arbeider i større grad enn det som måtte påregnes. Videre var årsaken til at problemer oppstod, i stor grad HABs manglende koordinering med kabeletatene. Det var HABs ansvar etter kontrakten.

HAB har ikke ført bevis for hvor, når og i hvilket omfang det ble utført arbeid som ble påvirket av sen omlegging av kabler. HAB har heller ikke sannsynliggjort noen årsakssammenheng mellom de påvirkede arbeidsoperasjonene og de merkostnadene som kreves dekket.

Avtalene om kostnadsfordeling er ikke relevante for saken. De berører bare forholdet mellom fylkeskommunen og kabeletatene, og gir ikke svar på om og eventuelt på hvilken måte HABs arbeid ble forhindret.

3.5.4 Lagmannsrettens syn

Etter bevisførselen finner lagmannsretten det klart at manglende kabelomlegging virket forsinkende for HAB. Under ankeforhandlingen ble det vist bilder og spilt av videoklipp som viste at kabellinjer ble stående i veglinja ganske lenge ut i anleggsperioden. HAB har måttet gå tilbake i arbeidsprosessen flere ganger, bl.a. fordi man måtte "grave seg rundt" eksisterende linjeføringer. Det er ikke tvilsomt at slik tilbakegang virket hindrende for HABs arbeid, og gjorde dette mindre effektivt.

Ved vurderingen av kravet på tilleggsvederlag er det naturlig å ta utgangspunkt i kontraktens prosess 12.91. Etter denne prosessen hadde HAB ansvaret for "ledelse, koordinering og oppfølging av installasjonsarbeider både før og etter oppstart og frem til overtakelse med VOKKS, Telenor og Søndre Land kommune". HAB hadde videre påtatt seg ansvaret for "all varsling mot kabeletatene og tilrettelegging for montasje av kabler/ledninger" og skulle "avtale med de berørte etater om hvor lang varslingsfrist de [måtte] ha før arbeidet kunne utføres". Det fremgår uttrykkelig av prosessen at omleggingsarbeidene "vil påvirke entreprenørens fremdrift".

Lagmannsretten ser det slik at HAB gjennom denne prosessen langt på vei påtok seg ansvar for å forhindre at typiske plunder og heft-situasjoner oppstod, gjennom tilstrekkelig koordinering og planlegging.

At koordineringen med kabeletatene ville kunne være problematisk, ble også understreket under tilbudsbeferingen. Av referatet 12. mai 2011, som etter kontraktens 4.1 b) gjelder som en del av avtalen mellom partene, fremgikk det:

Det vil bli nødvendig med en del omlegginger av el og tele kabler og installasjoner. Det er spesielt Sør (Grime / Grimebakken) på parsellen det er mye omlegginger. Kabeletater skal prøve å gjennomføre en del av omleggingen som de greier før anleggsstart. Arbeidene skal koordineres mot kabeletatene.

Under ankeforhandlingen ble spørsmålet om når og med hvilken kostnadsfordeling SVV inngikk avtaler med kabeletatene viet oppmerksomhet. Slike spørsmål er av underordnet betydning. Kontraktens system var at HAB er ansvarlig for koordinering av forholdet til kabeletatene, slik at plunder og heft som kan føres tilbake til en slik manglende koordinering, vil være HABs eget ansvar.

På bakgrunn av kontraktens uttrykkelige opplysning om at kabeletatene utelukkende skulle "prøve å gjennomføre en del av omleggingen" før anleggsstart, er lagmannsretten kommet til at HAB ikke kunne forvente at kabelomleggingen ville være slutført før HAB startet sine arbeider. Av samme grunn ble den koordineringsrollen som kontrakten la til HAB, særlig viktig.

Til tross for at HAB hadde koordineringsansvaret med kabeletatene allerede fra avtaleinngåelsen, ble det ikke avholdt noe koordineringsmøte med kabeletatene før i midten av september 2011, rundt én måned før HAB startet arbeidene. Det foreligger ikke noe referat fra dette møtet, så det er uklart hva HAB i tilfelle ble enige med kabeletatene om. På dette tidspunkt hadde VOKKS etterlyst HABs fremdriftsplan, noe som etter lagmannsrettens syn tyder på at HAB ikke i tilstrekkelig grad etterlevde kontraktsforpliktelsen om koordinering med kabeletatene.

HAB ba SVV involvere seg i samarbeidet med kabeletatene, og fra november 2011 deltok også SVV i koordineringsmøtene. Fra disse møtene foreligger det referater; det første fra møtet 3. november 2011. Det fremgår av referatet fra dette møtet at HAB hadde klaget over at kabeletatene ikke hadde overholdt ulike frister, og videre at VOKKS og HAB var enige om at VOKKS skulle ha vært i gang med sine arbeider. Lagmannsretten forstår imidlertid dette referatet slik at det ble enighet om hvordan partene skulle koordinere arbeidet i fortsettelsen. Det fremgår ikke av noen av de senere referatene at planen ikke ble fulgt. I koordineringsmøtet 1. februar 2012 ble det opplyst at VOKKS ville ha sine arbeider ferdige i løpet av februar 2012. Videofilmer som ble spilt av under ankeforhandlingen antyder at kabelomleggingen ble ferdig først lenge senere. Det foreligger derimot ingen tidsnær dokumentasjon for at HAB ga uttrykk for at manglende kabelomlegging hindret dem i arbeidet; hverken til SVV eller til noen av kabeletatene.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det ikke er ført bevis for at manglende kabelomlegging hindret HABs arbeider på en slik måte at det er riktig å tilkjenne tilleggsvederlag for plunder og heft. Det er dessuten lagmannsrettens syn at i den grad HAB ble hindret, skyldtes dette primært at HAB ikke i tilstrekkelig grad ivaretok den kontraktsbestemte koordineringsrollen, som blant annet må ha vært ment å forhindre plunder og heft knyttet til kabelomleggingen.

3.6 Endret massebalanse i veilinjen som følge av endret løsning for overbygning

3.6.1 Bakgrunn

Det fremgår av kontraktens pkt. D2 Spesielle kontraktsbestemmelser, pkt. 30.7 at "all fjellmasse av forsterkningslagskvalitet eller bedre skal brukes til overbygning". Det heter videre at fyllinger fortrinnsvis skal bygges opp av løsmasser, "primært av T1/T2 kvalitet", og at bruk av fjell til fylling bare skal skje etter avklaring med byggherren.

Opprinnelig var veien prosjektert slik at det skulle etableres et 60 cm frostsikringslag. Kort etter oppstart av prosjektet startet en diskusjon mellom partene om hvordan vegkroppen skulle utføres. HAB ønsket at det skulle brukes mer stein i vegkroppen. I et geoteknikkmøte 27. januar 2012 ga HAB uttrykk for at de ønsket en tykkere og gjennomgående overbygning på 87 cm over hele anlegget. På denne måten kunne man unngå et separat frostsikringslag. På byggemøtet 12. mars 2012 ble HAB og byggherren til slutt enige om en slik kombilagsløsning som skulle benyttes der vegen opprinnelig var prosjektert med 87 cm overbygning.

Som følge av endringen ble det større grave- og fyllmasser i prosjektet, hvilket igjen medførte større behov for transport av masser på anlegget.

3.6.2 HABs anførsler

Endringene i veglinjen innebar i realiteten dramatiske endringer for entreprenøren. De kom dessuten underveis og nesten alltid uten planleggingshorisont. Endringene førte til at planleggingen ble umuliggjort og all planlegging og optimalisering var bortkastet. Det gjør det vanskelig å tilpasse transportutstyr og graveutstyr. Masseflytting, rørarbeider og etablering av natursteinsmurene ble påvirket av disse endringene.

3.6.3 Fylkeskommunens anførsler

HAB ønsket en annen løsning på gjennomføringen av entreprisen. De mente den prosjekterte løsningen som lå til grunn for kontrakten var tungvinn og vanskeliggjorde flyt i arbeidene med fylling og uttrauing og med overbygningen.

HAB ønsket derfor en annen løsning for overbygningen, ettersom den innebar store lettelser og forenklinger for sin produksjon. Fylkeskommunen/SVV godtok etter hvert HABs forslag til løsning og vegen ble også bygget etter HABs ønske.

Endringene i massebalansen kom til som følge av en endring HAB selv ønsket. Da må HAB også bære de negative konsekvensene ved den løsningen de selv valgte. Dersom HAB mente at byggherren måtte bære negative konsekvenser av den løsningen de selv valgte, måtte det i alle fall vært klargjort på forhånd. Uansett følger det direkte av kontrakten at mengdeendringer ikke ga rett på tillegg, jf. kontraktens prosess 53. Endringen av utførelse ga dessuten så store fordeler for HAB at disse oppveier for ulempene.

3.6.4 Lagmannsrettens merknader

Denne delen av saken reiser spørsmål om hvem av partene som skal bære konsekvensene av de endringene som ble gjort i prinsippet for konstruksjonen av vegen.

Lagmannsretten ser det etter bevisførselen slik at den opprinnelig prosjekterte løsningen hadde kompliserte og fremdriftsforsinkede prosesser, som kunne medføre store

usikkerheter med henblikk på kvaliteten av det ferdige produktet, herunder fare for frostsprengning og telehiv. Lagmannsretten har stor forståelse for at HAB ønsket at byggherren skulle endre den prosjekterte løsningen. Den løsningen som ble valgt, gjorde at HAB kunne bygge veien mer "enhetlig" over lengre strekninger, og også at man kunne bygge veien med større bruk av kvalitetsmasser (stein) i vegkroppen. Det gjorde det også enklere å bygge veien om vinteren, samt å tilfredsstillere kravet til kvalitet.

Det er ikke tvilsomt at HAB tok initiativ til omprosjekteringen, og øvet et betydelig press for å få SVV til å godta endringen. Lagmannsretten er dessuten ikke i tvil om at vegen, slik den ble bygget, kvalitativt sett ble bedre enn den prosjekterte løsningen. Selv om byggherren rimeligvis må bære risikoen for godheten i den løsningen som er bestilt, er det en risiko for at det ville kunne komme til senere tvist dersom det oppstår problemer med veien. På det tidspunktet veien ble bygget, var det erfaringer med problemer med teleskader på andre av SVVs nybygde veger, og temaet hadde fått en viss oppmerksomhet i bransjen. Det er på denne bakgrunn man må forstå geotekniker/sivilingeniør Hans Petter Jensens notat 1. desember 2012, som HAB brukte som argument for å få SVV til å endre den prosjekterte løsningen.

Fylkeskommunen har anført at siden det var HAB som ønsket endringene, er det også de som må bære konsekvensene av dem, herunder eventuelt plunder og heft. Etter lagmannsrettens syn er dette ikke opplagt, ettersom byggherren aksepterte endringene. Byggherrens forhold må derfor behandles som om kombilagsløsningen var en del av partenes opprinnelige avtale. Det er imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette, ettersom lagmannsretten uansett finner det klart at HAB oppnådde så betydelige lettelser i det opplegget som ble valgt at det klart oppveier de ulempene den endrede løsningen innebar. Til dette kommer at kontrakten selv forutsatte at det kunne komme endringer i den prosjekterte løsningen for forsterkningslaget, og at konsekvensene av dette ville være entreprenørens risiko. Det het i spesiell beskrivelse til prosess 53.1 pkt. a):

Det vurderes å øke forsterkningslagtykkelsen, det blir i tilfelle avgjort etter kontrakt skrives. Dette vil medføre mengdeendringer på flere prosesser. Konsekvenser av endringene gir ikke grunnlag for krav om tillegg eller endringer.

Samlet sett er det dermed ikke grunnlag for å tilkjenne tilleggsvederlag for plunder og heft som følge av den endringen som ble gjort i overbygningensløsningen.

Etter bevisførselen kan lagmannsretten heller ikke se at HAB på noe tidspunkt orienterte byggherren om at kombilagsløsningen førte til effektivitetsforstyrrelser i HABs arbeid. Lagmannsretten kan således ikke se at det noe sted i byggemøtereferatene er nevnt at den endrede løsningen førte til plunder og heft som det er grunnlag for å kreve tilleggsvederlag for.

3.7 Prosjektering av stikkrenner

3.7.1 Bakgrunn

Stikkrenner anlegges for å lede vann under vegkroppen, på en slik måte at denne ikke tar skade. Ettersom stikkrennene nødvendigvis må anlegges under vegkroppen, er det naturlig at byggingen av veien starter med å anlegge disse.

I denne saken var det byggherrens ansvar å skaffe til veie prosjekteringsgrunnlaget for stikkrennene.

Det er på det rene at detaljprosjekteringen av stikkrenner under veien som HAB mottok fra SVV, i svært mange tilfeller måtte endres og at utførelse skjedde etter omprosjektering. Ved kontroll av det mottatte grunnlaget for stikkrennene fant HAB mange feil i prosjekteringen. Stikkrennene lå enten i luften og over veglinjen, eller lå på feil plass i forhold til vannveiene. HAB oppfattet dette som frustrerende og krevde omprosjektering. En del av løsningen ble at SVV utstedte kontrollørmeldinger etter at de i felleskap med HAB hadde foretatt "på stedet prosjektering" av stikkrennene.

3.7.2 HABs syn

Entreprenøren har krav på et riktig arbeidsgrunnlag å bygge etter. Dette må være feilfritt og skal etter kontrakten leveres minst fire uker før arbeidet skal påbegynnes. Det fikk HAB ikke i dette tilfellet. En tilstrekkelig prosjektering er en forutsetning for å kunne planlegge arbeidsoperasjonene.

Det dreier seg om svært mange prosjekteringsendringer. Det foreligger dessuten en rekke, tidsnære bevis som viser prosjekteringsendringene.

Det var fullt mulig å prosjektere alt riktig med en gang. Terrengoverflaten var scannet med stor nøyaktighet. Innmålingen ble dessuten også kontrollert av HAB, uten at avvik ble funnet. Anbudstegningene viste dessuten at veien var detaljprosjektert. Kun et fåtall av prosjekteringsgrunnlagene hadde anvisning om at de måtte tilpasses, og da bare i høyde.

Byggherren varslet krav mot Reinertsen AS for prosjekteringsfeilene. Dette viser at også byggherren forsto at det var feil i prosjekteringsgrunnlaget.

Arbeidene med stikkrennene skulle startet i oktober 2011 og HAB ba da straks om nye prosjekteringsgrunnlag når det ble klart at de foreliggende var utilfredsstillende. De nye prosjekteringsgrunnlagene kom etter hvert, men var ikke endelig på plass før høsten 2012.

De omfattende omprosjekteringene hindret fremdriften i arbeidet med stikkrennene. De påvirket imidlertid også arbeidet med selve veglinja, og dermed også annet, tilknyttet arbeid som gravearbeider, transport, rørlegging, kablegging osv. De hindret kontinuerlig arbeid, som hele tiden ble brutt opp.

Det er rett nok gitt noe kompensasjon knyttet til konkrete endringer og stopp. Det er imidlertid ikke gitt noen kompensasjon for plunder og heft.

3.7.3 Fylkeskommunens syn

Det er riktig at det var nødvendig å omprosjekttere enkelte stikkrenner. For de aller fleste stikkrennene var imidlertid ikke omprosjektering annerledes enn det som må forventes på et anlegg.

Det var problemer med prosjekteringen av de to første stikkrennene i sør. Etter det ble partene enige om prosedyrer for fastlegging av endelig plassering av stikkrennene på en måte som gjorde at det fikk minimal innvirkning på arbeidene. De aller fleste stikkrennene ble revidert i løpet av november 2011.

Det er ikke fremlagt noen bevis som underbygger at HABs arbeider ble forhindret på den sørlige parsellen. I denne sammenheng er det understreket at man ikke kan sammenligne med revisjon A, ettersom HAB bygget etter senere revisjoner.

Der HAB opplevde forstyrrelser av betydning, sendte HAB EOF'er og for disse ble det også oppnådd omforente løsninger.

Det er heller ikke fremlagt noen bevis som underbygger at HAB ble forhindret på den midtre parsellen. På denne parsellen var det bare to stikkrenner som ble lagt uten prosjektering på utførelsestidspunktet. For den ene av disse ble partene enig om oppgjør på regning. For den andre pågikk arbeidet utenfor veglinja, og kunne derfor uansett ikke blitt påvirket.

Det samme gjelder også arbeider på den nordre parsellen. Her var det kun én stikkrenne som ble lagt uten prosjektering på utførelsestidspunktet, og dette arbeidet ble kompensert etter regning.

Det er uansett ikke sannsynliggjort eventuelle kostander som har årsak i feilprosjektering av stikkrennene på annet arbeid.

3.7.4 Lagmannsrettens syn

Det er ikke tvil om at prosjekteringsgrunnlaget for stikkrennene i mange tilfeller var mangelfulle/feilaktige, som i mange tilfeller krevde endringer i prosjekteringsgrunnlaget før utførelse. Allerede kort etter arbeidene ble startet opp, klaget HAB over mange feil i prosjekteringsgrunnlagene. Lagmannsretten finner grunn til å bemerke at prosjekteringen av stikkrennene var så vidt mangelfull at det er nærliggende å tenke seg at den hindret effektiviteten i entreprenørens arbeid.

I månedsrapportene for november og desember 2011 understreket HAB at de var blitt forsinket som følge av feilene i prosjekteringsgrunnlagene for stikkrennene. Det ble også tatt opp i den opprinnelige EOF 012 av 26. oktober 2011, der det bl.a. het:

Videre er det pr. dags dato et arbeidsgrunnlag som ligger til grunn for jobben som mangler kvalitetssikring på de planlagte oppstarts arbeidene (stikkrenner), hvor vi har gått inn å kvalitetssikret tegningene og funnet store feil.

I revisjon 1 av EOF'en av 13. desember 2011, understreket HAB at man ikke maktet å opprettholde "rasjonell fremdrift i arbeidene". Nå var imidlertid dette bare knyttet til diskusjonen som hadde vært om grunnforhold. Heller ikke i en senere revisjon av EOF'en 11. desember 2012 (EOF 012-2) ble mangelfull prosjektering av stikkrennene nevnt som forhold som hadde hindret entreprenørens øvrige arbeid før temaet ble tatt opp i EOF 12-3 av 8. september 2013.

Partene fant imidlertid en praktisk løsning for hvordan feilprosjekteringene skulle håndteres. I byggemøte 6 den 22. november 2011, ble partene enige om at dersom HAB fant feil på høyder for stikkrennene, skulle byggherren og HAB sammen sette en høyde, slik at HAB fikk gjennomført tiltaket "raskest mulig". Problemstillingen var dessuten tema på oppstartssamlingen på Sillongen 28.-29. november 2011. Det fremgår av et referat fra dette møtet, benevnt "Gruppearbeid, løsninger på utfordringer", at byggherren mente det ikke trengtes ny prosjektering dersom stikkrenner skulle flyttes noen meter. HAB på sin side mente det var tilstrekkelig med en kontrollørmelding på dette. Slike kontrollørmeldinger ble utferdiget i betydelig antall. Med enkelte unntak foreligger det imidlertid ingen tidsnær dokumentasjon for at HAB mente omprosjekteringene som kom i forbindelse med kontrollørmeldingene, gjorde at de ble forsinket i sitt øvrige arbeid.

Således har HAB hverken i senere referater fra byggemøter eller i senere månedsrapporter oppgitt at produksjonen ble forsinket som følge av mangler i prosjekteringsgrunnlaget for stikkrennene.

HAB utstedte enkelte EOF'er knyttet til arbeid med stikkrennene. I EOF 020, utstedt 7. desember 2011, krevde HAB dekning for ekstra kostnader knyttet til at byggherren skulle ha unnlatt å avgjøre utførelsen av legging av en stikkrenne på pr. 7415 (den sørlige parsellen). I EO 18, utstedt 31. mai 2012, ble partene enige om et omforent oppgjør på kr 80.000.

I EOF 027, utstedt 24. mai 2012, krevde HAB dekning for kostnader påløpt ved at HAB måtte senke en allerede lagt stikkrenne ved pr. 14230 på den nordlige parsellen på grunn av konflikt med kommunalt VA-anlegg. Partene ble her enige om et omforent oppgjør på kr 12.300 ifølge timelister HAB selv hadde fremlagt.

I EOF 082, utstedt 4. oktober 2012, krevde HAB dekning for ekstra kostnader som følge av endring av en vinkel på stikkrenne SR 9460. Det fremgår av EOF'en at arbeidet medførte

"fremdrifts- og kostnadmessige konsekvenser". Også her ble partene etter hvert enige om et omforent oppgjør på regning, jf. kontraktens pkt. G2.

HAB har anført at oppgjørene for de nevnte EOF'ene bare kan forstås som oppgjør for det faktiske arbeidet som ble utført, og ikke avledede plunder og heft-virkninger for entreprenørens øvrige arbeid. Lagmannsretten er i og for seg enig i at oppgjørene for EOF'ene ikke nødvendigvis kan forstås som oppgjør også for avledede virkninger. Det er imidlertid vanskelig å se at HAB har oppfylt sin bevisbyrde når det hverken av byggemøtereferatene eller av månedsrapporter er noen tegn til at omprosjektering av stikkrenner førte til konsekvenser for HABs øvrige arbeid – selv ikke i de periodene de nevnte EOF'ene ble inngitt.

Lagmannsretten er i og for seg ikke i tvil om at de mange prosjekteringsfeilene påførte HAB effektivitetsforstyrrelser. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det er ført tilstrekkelig bevis for at forholdet har ført til meromkostninger for HAB ut over det som allerede er gjort opp mellom partene.

3.8 Feil i prosjekteringen / endringer i VIPS-data

3.8.1 Bakgrunn

VIPS (Vegvesenets Interaktive Planleggings System) er en tredimensjonal terrengmodell som benyttes for å prosjektere vegen og for å anslå mengder i prosjektet.

3.8.2 HABs anførsler

Det var omfattende feil med VIPS-dataene. Dette ble tatt opp utallige ganger med byggherren. Byggherren har dessuten i realiteten erkjent at VIPS-dataene var svært mangelfulle og betalt betydelige beløp for ren oppretting av feil i form av kostnader til stikkere: Byggherren har allerede betalt 0,5 mill. kroner til HAB knyttet til feil i VIPS, og det er lite sannsynlig at han ville gjøre det om det ikke var feil i dem. Det har åpenbart ikke vært noen kvalitetskontroll, hverken hos byggherren eller byggherrens konsulent Reinertsen AS.

Det er ikke riktig at HAB ikke trenger annet enn senterlinjen for å kunne bygge veien. Entreprenøren får ingen andre stikningsdata enn VIPS. Det er mulig å bygge etter VIPS-overflate når denne sees i sammenheng med F-tegninger og C-tegninger, men det betinger at de siste er riktige. I denne saken ble ikke C- og F-tegningene løpende oppdatert.

HAB har rett nok mottatt en viss kompensasjon, men bare for konkret stikkerarbeid for å utbedre feil. EOF 151 gjelder stopp og stikkertid for å legge inn 55 revisjoner av ny VIPS. Det er ikke gitt kompensasjon for plunder og heft.

Feilene i VIPS påvirket HABs arbeid helt fra starten og ut 2012. Det fikk betydelige konsekvenser for masseflytting, overbygning, VA, murer og støyskjermer.

3.8.3 Fylkeskommunens syn

Fylkeskommunen er ikke uenig i at det var feil i VIPS-dataene. VIPS-dataene har imidlertid flere funksjoner, og fylkeskommunen var etter kontrakten bare forpliktet til å levere VIPS som stikningsdata. Som sådan var det minimalt med feil i dem.

HABs krav, relatert til VIPS-dataene, har hittil først og fremst dreid seg om feil ved VIPS-dataene som har betydning for maskinstyring og mengdeberegning. At det var feil i VIPS-dataene ble ellers ikke nevnt i noen av de revisjonene av EOF 012 som ble inngitt før anlegget ble overlevert. I stevningen til tingretten ble feilene først og fremst knyttet til manglende mulighet for maskinstyring.

Feilene HAB har påberopt seg, er utelukkende feil som har konsekvenser for maskinstyringsdata og mengdeberegning.

Det er ikke sannsynliggjort at ytterligere arbeider er påvirket av feil i VIPS som stikningsdata. Uansett foreligger det ikke tidsnær dokumentasjon for at HAB har lidt et tap som ikke allerede er kompensert.

3.8.4 Lagmannsrettens merknader

Spørsmålet om HAB har krav på tilleggsvederlag for plunder og heft som følge av feil i VIPS-dataene, må etter lagmannsrettens syn ta utgangspunkt i kontraktens bestemmelser om VIPS-data.

I kontraktens D2 4 het det:

Arbeidstegninger og stikningsdata (Vips-filer, linjeberegninger etc) gjøres tilgjengelig for entreprenøren ved tilgang til web-hotell (e-room). Entreprenøren må selv skrive ut tegninger og annet materiale til eget bruk. Tegningsrevisjoner blir gjort tilgjengelig i e-room fortløpende.

Tingretten konkluderte med at HAB ikke kunne forvente at SVV leverte VIPS-data som "uten videre tilpasning og behandling kunne benytte[s] i maskinstyringen". Ved forrige behandling av saken sluttet lagmannsretten seg til dette. Lagmannsretten er enig med ting- og lagmannsretten på dette punkt. Kontrakten sier ikke annet enn at entreprenøren hadde krav på å motta stikningsdata i form av VIPS-filer.

Lagmannsretten finner det på den annen side klart at kontrakten krevde at VIPS-filene måtte være korrekte som stikningsdata. Bevisførselen for lagmannsretten nå har i og for seg vist at det var en rekke feil i VIPS-dataene for bl.a. stikkrennene, skråningsutslag og flater under overflaten.

Krav på tilleggsvederlag for plunder og heft på grunn av feil i VIPS-filene krever imidlertid at det føres bevis for at HABs produksjon ble påvirket, og det må da konkretiseres på hvilken måte og i hvilket omfang feilene i VIPS-filene påvirket den.

Ettersom HAB og fylkeskommunen i denne saken dessuten ble enige om enkelte oppgjør knyttet til VIPS-dataene, må det også tas stilling til om et krav allerede er dekket av oppgjøret.

HAB tok opp feil i VIPS allerede fra starten av prosjektet. I sin første månedsrapport klaget HAB over at "manglende kvalitetssikring av stikningsdata fra prosjekterende" gjorde at det gikk mye tid for å gjennomgå dataene. Dette ble gjentatt i månedsrapportene frem til rapporten for februar 2012. I senere månedsrapporter ble det ikke tatt opp forhold knyttet til VIPS-filer/stikningsdata. HABs prosjektleder Bjørn Broderstad forklarte for lagmannsretten at det hadde sammenheng med at krav om fristforlengelse ble avslått hver gang, og at man til slutt ga opp å rapportere det flere ganger.

Problemene med VIPS-dataene ble imidlertid tatt opp i byggemøtene hhv. 21. mars, 18. april og 2. mai 2012. Disse gjaldt til dels forhold under vegoverflaten. I byggemøte 15 den 18. april 2012 het det f.eks.:

HAB ønsker å få vips på utgraving for overbygging på 52 cm. Disse strekninger ligger inne i VIPS med frostsikringslag. VIPS forandres, frostsikringslaget vises ikke. I følge kontrakt skal bruk av frostsikringslag avtales med BH. HAB gir med en gang beskjed til sine maskinførere, slik at de ikke graver ut for dypt.

Fylkeskommunen har anført at HAB ikke har krav på korrekt VIPS under vegoverflaten. Det er lagmannsretten ikke enig i. VIPS er en datamodell som ikke bare kan vise terrengoverflaten for den veien som skal bygges, men også dybdesnittet av veien. Kontrakten i vår sak var rett nok "tegningsbasert" og ikke "modellbasert". Lagmannsretten kan ikke se at det har noen betydning. Etter kontrakten har byggherren påtatt seg å levere stikningsdata i form av VIPS-filer. Når VIPS-filer leveres med dybdesnitt, og det ikke er presisert i kontrakten at det bare er overflatesnittet som entreprenøren kan legge til grunn, må han kunne forholde seg til at alle lag i VIPS-modellen er korrekte.

Lagmannsretten ser så på spørsmålet om fylkeskommunen kan sies å ha gjort opp for krav knyttet til plunder og heft. Som følge av de problemene HAB hadde hatt med VIPS-filene, utstedte HAB varslene 005 (datert 24. oktober 2011), 030 (8. mars 2012) og 036 (27. mars 2012). Disse varslene ble "samlet opp" i brev 29. mars 2012, der HAB gjorde det klart at man ville kreve oppgjør for den tiden som har medgått til kvalitetssikring av VIPS-dataene. Brevet ble fulgt opp i EOF 037, datert 29. mars 2012, der kostnadskonsekvensen ble oppgitt å være kr 315.000. Fylkeskommunen ga uttrykk for at den mente HAB hadde krav på slik kompensasjon, og var "villig til å se på" kravet. I EO 121, datert 4. juli 2012, ble partene enige om en kompensasjon på kr 157.000. I denne EO'en ga HAB uttrykk for at de mente forholdene også hadde fremdriftskonsekvenser, og opprettholdt krav på det. Dette kravet ble imidlertid aldri fulgt opp av HAB. Heller ikke på annen måte har HAB anskueliggjort at feilene i VIPS hadde konsekvenser for entreprenørens øvrige arbeide.

Ut over denne utstedte HAB 9. mai 2012 EOF 041, som gjaldt alle revisjoner av VIPS 10000 og 11000. Disse tallkodene viser til oppdelingen av veglinja i søndre og nordre parsell, slik at angivelsen dekker hele veganlegget.

I beskrivelsen av EOF'en het det at den gjaldt:

På grunn av de feil, mangler og revisjoner som har vært knyttet til VIPS-data fra konsulent har dette medført ekstraordinært mye omstillinger av GPS-utstyret i maskinene. Entreprenøren krever kostnadene for den stopptid som har vært, kompensert. For arbeid i veilinjen krever vi fristforlengelse for det tidstap stoppen har påført oss.

EOF'en ble senere, 11. desember 2012, revidert slik kravet ble nærmere konkretisert til å gjelde rørlegging og trauing ved 55 forskjellige revisjoner i arbeidsgrunnet for hovedveglinja. Kravet om kompensasjon ble uttrykkelig angitt til kr 1.694.000. Fylkeskommunen avviste opprinnelige kravet. I EO 151, datert så sent som 19. august 2013 og således etter at anlegget ble overlevert, ble partene imidlertid enige om at HAB skulle kompenseres med kr 250.000. EO'en viser uttrykkelig til "endringsordre nr. 041 endring av VIPS data", og det ble ikke tatt noen forbehold om at det senere ville komme krav knyttet til fremdriftskonsekvenser.

Lagmannsretten er i og for seg enig med HAB i at disse EOF/EO'ene omfatter oppgjør for det de oppgir å gjelde, og at EOF 041 således omfatter de 55 revisjonene av VIPS som EOF'en nevner. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det foreligger noen andre, tidsnære bevis for at HABs produksjon ble hindret av feil/mangler i VIPS-filene på en slik måte at det medførte kostnader for HAB ut over det som er kompensert gjennom enighet partene imellom.

Kravet på tilleggsvederlag for plunder og heft knyttet til feil og mangler i VIPS må etter dette avslås.

3.9 Endringer i VA-anlegg for Søndre Land kommune

3.9.1 Bakgrunn

Langs veglinja lå det en rekke eiendommer som ikke var tilknyttet noe offentlig vann- og avløpsanlegg. Drikkevannskildene var her private anlegg, og kloakken ble håndtert via spredergrøfter.

Kontraktens A3 pkt. 10 ga bestemmelser for hvordan entreprenøren skulle forholde seg til disse. Det het:

En rekke private drikkevannskilder og private avløpsrenseanlegg vil bli berørt av arbeidet. Omlegging og nyetablering av private vann og avløpsanlegg, vil utløse prosjektering, søknadsprosess til off myndigheter (pbl) valg av løsninger og

etablering av godkjente løsninger. Prosessen må gjentas for hvert berørt privat vann og avløpsanlegg.

På den nordlige parsellen, ca. ved pr. 13700-14800, ble det besluttet av kommunen å etablere et offentlig VA-anlegg, som gjorde at HABs arbeid her fikk en noe annen karakter. Fra lagmannsrettens dom 29. juni 2018 hitsettes:

Høsten 2011 besluttet Søndre Land kommune (SLK) å bygge ut vann- og avløpsnett i den nordlige delen av vegparsellen. HAB fikk i oppdrag å utføre arbeidet som tilleggsarbeid til kontrakten. SVV varslet HAB om oppdraget i KM 057 4. januar 2012, hvoretter bestilling ble gjort i BM 11 den 13. februar 2012. SVV utstedte ikke EO.

Endringsarbeidene var ikke ferdig prosjektert 13. februar 2012, men ble prosjektert i løpet av vinteren/våren 2012. SVV ba i februar/mars HAB om prisforespørsel basert på kontraktens enhetspriser. HAB etterkom ikke dette. I koordineringsmøte 4 den 18. april 2012 foreslo HAB å utføre alt arbeid som regningsarbeid etter kontraktens timepriser, mens SVV ville at arbeidene skulle avregnes etter kontraktens prosesser.

HAB startet opp arbeidene i begynnelsen av mai 2012 og ble ferdige senhøstes 2012.

For tingretten og lagmannsretten ved forrige behandling av saken var det bl.a. spørsmål om HAB hadde krav på oppgjør for endringsarbeidet med VA-anlegget etter regning, eller om i det minste deler av arbeidet måtte gjøres opp etter kontraktens prosesser. Lagmannsretten konkluderte med at HAB hadde krav på hele oppgjøret for arbeidet med VA-anlegget etter regning, og dette spørsmålet er rettskraftig avgjort ved lagmannsrettens forrige dom.

Lagmannsretten bemerker at det også ble utført andre arbeider på VA-anlegg omkring veglinja, men disse faller utenom det som i saken er omtalt som VA-anlegg for Søndre Land kommune.

3.9.2 HABs anførsler

Bestillingen av VA-anlegget kom sent i arbeidet med veien. Prosjekteringen ble dessuten ytterligere forsinket, og pågikk til langt utover høsten 2012. Arbeidet med anlegget ble dessuten forsinket av at kommunen ville levere materialene selv. Til slutt måtte HAB gjøre innkjøp selv.

VA-anlegget lå i den nordre delen av veglinja. VA-anlegget ligger dypere enn veglinja, og bør derfor bygges først. Dette hindret HABs kontraktsarbeider i betydelig grad, og det er i realiteten også innrømmet av byggherren.

Arbeidet med VA-anlegget påvirket øvrige veiarbeider i perioden mai-august 2013, først og fremst fordi det hindret ferdigstilling av veianlegget. I tillegg kom det store logistikkhindringer som følge av behov for sprengning. Det ble da nødvendig med lysreguleringer, sikring av grøfter og innsnevring av kjørebanelen. Dette binder opp entreprenørens ressurser.

3.9.3 Fylkeskommunens anførsler

Bestillingen av et nytt VA-anlegg kom, bortsett fra tre kryssinger, i liten konflikt med arbeidet med ny Fv 34. Disse kryssingene var bestilt tidlig nok, i forbindelse med eksisterende stikkrenner. Det kom ingen varsler i forbindelse med prosjekteringen.

VA-anlegget er i samsvar med lagmannsrettens forrige dom gjort opp på regning. Det plasserer effektivitetsrisikoen hos SVV. Eventuell urasjonell drift som VA-anlegget har påført HAB er således allerede betalt av SVV.

3.9.4 Lagmannsrettens syn

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at en så vidt stor tilleggsbestilling som VA-anlegget utgjorde, etter sin art er egnet til å forrykke entreprenørens produksjonsopplegg. VA-anlegget må til dels bygges under vegkroppen, bl.a. i form av stikkrenner. Byggingen vil også ha konsekvenser for bygging på siden av veien, f.eks. i form av G/S-veger.

Det er på det rene at bestillingen kom sent, og selv da den kom, var langt fra alle forhold knyttet til den ferdig. Selv et så sentralt forhold som prismekanismen var uklart mellom partene. Det er også på det rene at prosjekteringen ikke var ferdigstilt ved bestilling. Det var således flere forhold som var egnet til å prege utførelsen med plunder og heft.

Samtidig er det på det rene at VA-anlegget skulle etableres på yttersiden av veglinja. VA-anlegget kunne således bygges uten at det kom i konflikt med veglinja, med unntak av tre kryssningspunkter. Etter lagmannsrettens syn var dermed mulige "konfliktpunkter" dermed begrenset.

Det følger av Høyesteretts dom at det ikke er tilstrekkelig å fastslå at det er forhold i saken som var "egnet" til å medføre driftsforstyrrelser. Det må også kreves bevis, fortrinnsvis tidsnære, som viser at de også har virket inn på utførelsen av HABs arbeid.

I vurderingen av om det er ført tilstrekkelig bevis, er det naturlig å ta utgangspunkt i det som var oppgitt som begrunnelse for kravet i EOF 012. Ettersom anlegget ikke ble bestilt før i februar 2012, var VA-anlegget rimeligvis ikke nevnt i den opprinnelige EOF 012 eller til revisjon 1 av den. Imidlertid ble plunder og heft knyttet til etableringen av anlegget heller ikke nevnt i revisjon 2 av EOF 012, som ble inngitt 11. desember 2012. På dette tidspunktet var utførelsen av VA-anlegget ferdig og plunder og heft-virkninger av tilleggsbestillingen skulle da ha manifestert seg.

Først i EOF 012-3, datert 6. september 2013, er VA-anlegget for Søndre Land kommune uttrykkelig oppgitt som grunnlag for et plunder og heft-krav. Kravet ble i denne revisjonen begrunnet med flere varsler (nr. 026, 033, 0052, 0053, 0061 og 062) og EOF'er (nr. 042, 070, 072, 073 og 102) som eksempler på det HAB mente var "problembildet" rundt VA-anlegget.

Av disse er det bare EOF'ene 042, 052, 061, 062, 070 og 102 som direkte gjaldt anleggsperioden.

EOF 042, datert 9. mai 2012, gjaldt avregning av arbeid med endringer av kummer. Avregningen av selve arbeidet ble partene etter hvert enige om. HAB opplyste imidlertid uttrykkelig at de "i hvert enkelt tilfelle" ville komme tilbake til "eventuelt" tidstap. Det er imidlertid ikke fremlagt noe bevis for at HAB kom tilbake til et slikt tidstap. Tidstap ble heller ikke nevnt i den reviderte EOF 042 som ble inngitt 8. september 2013, etter at anlegget var overlevert og EOF 012 inngitt.

Varsel nr. 052, inngitt 5. juni 2012, knyttet seg til trafikkomlegging som utførelsen av VA-anlegget nødvendiggjorde. I varselet het det:

Da disse medfører ekstra omlegging av veger, lysregulering og ellers mye trafikk i området ifht opprinnelige planer hefter dette oss i form av lavere kapasitet på andre arbeider i dette området. Dette medfører kostnads- og fremdriftsmessige konsekvenser for entreprenøren som bes dekt.

SVV repliserte til dette at "HAB har et poeng", men at varselet likevel ikke ga tilstrekkelig spesifikk og konkret begrunnelse for kravet. Heller ikke dette varselet ble fulgt opp med en nærmere kravsangivelse. Etter lagmannsrettens syn ville det ha vært nærliggende, om HAB virkelig mente at trafikkomleggingen forårsaket merkostnader for dem.

EOF 061 og 062 gjaldt levering av kummer som kommunen skulle skaffe til veie. Disse var imidlertid ikke levert da HAB skulle utføre sitt arbeid på plasseringsstedet. SVV avviste kravet under henvisning til at det ikke var underbygget at HABs arbeid var blitt hindret som følge av den manglende leveringen. Lagmannsretten kan for sin del heller ikke se at HABs arbeid virkelig ble hindret av den forsinkede leveringen av kummene. Det er imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å konkludere sikkert her, idet lagmannsretten uansett er enig med fylkeskommunen i at eventuelle økonomiske konsekvenser her må anses omfattet av det oppgjøret på regning som HAB fikk gjennom lagmannsrettens forrige dom.

Lagmannsretten ser så på EOF 070, som ble utstedt 15. august 2012. Denne EOF'en gjaldt ekstra kostnader til kjøring av masser for mellomlagring. Det ble imidlertid ikke varslet noen fremdriftskonsekvenser.

EOF 102, utstedt 29. januar 2013, gjaldt "oppussingsarbeider" etter arbeid med en VA-grøft. Det ble foreslått at ekstra arbeider skulle avregnes som regningsarbeid. HAB ville dessuten komme tilbake til fremdriftskonsekvensene "når disse foreligger". HAB kom imidlertid ikke tilbake til fremdriftskonsekvenser.

Når det gjelder de øvrige EOF'ene og varslene det ble vist til i EOF 012, er lagmannsretten enig med fylkeskommunen i at disse ikke har noe med det etterbestilte VA-anlegget på den nordlige parsellen å gjøre. EOF 022, varslene 026 og 033 gjelder således VA-anlegg på

den sørlige parsellen. EOF 028 gjelder arbeid med en overvannskum, utført i januar/februar 2012, lenge før arbeidet med VA-anlegget for kommunen ble påbegynt. EOF 072 og 073 gjaldt arbeid med drensledninger og sandfangkummer uten tilknytning til det etterbestilte VA-anlegget for kommunen.

Under arbeidene med VA-anlegget ble det avholdt egne koordineringsmøter for denne delentreprisen. Det er ikke ført bevis for at det i noen av disse møtene ble tatt opp at arbeidene med anlegget hadde fremdriftsmessige konsekvenser for HABs øvrige arbeider. Lagmannsretten peker spesielt på at det i møtet 13. juni 2012 ble opplyst at de tre krysningene av veglinja (pr. 13865, 14000 og 14190) var ferdig gravd.

I tillegg kommer at VA-anlegget, totalt sett, må sies å representere en betydelig lettelse for HAB. Etableringen av VA-anlegget gjorde at HAB ikke trengte å forholde seg til omlegging og nyetablering av de private VA-anleggene som ble erstattet av det nye, kommunale VA-anlegget.

Det er lagmannsrettens syn at det ikke foreligger tidsnære bevis som underbygger at arbeidet med VA-anlegget fikk avledede fremdriftskonsekvenser for HABs øvrige arbeid, og som ikke allerede ble godtgjort gjennom oppgjøret på regning for VA-anlegget.

3.10 Endringer på natursteinsmurer

3.10.1 Bakgrunn

Langs veglinja var det planlagt flere forstøtningsmurer som skulle utføres med naturstein. Tanken var at byggematerialet skulle tas ut i linja, eventuelt fra sidetak. Utførelsen av disse ble annerledes enn prosjektert, idet de dels måtte tilpasses og dermed omprosjekteres; dels krevde de større mengder naturstein.

Om bakgrunnen for denne delen av saken uttaler tingretten:

Det er fremlagt tegninger som viser at de fleste natursteinsmurer ble annerledes utført enn det som var prosjektert. Av de 15 planlagte natursteinsmurer kom 12 til utførelse, idet K01, K02 og K06 bortfalt. I tillegg ble K11 og K12 slått sammen. Av de murene som kom til utførelse er det i noen tilfeller tale om vesentlig større areal, som for K04, i andre tilfeller er det kun tale om mindre justeringer. Det samlede areal på de utførte murene økte fra prosjektert 1492 m² til 2100 m².

I henhold til HABs fremdriftsplan skulle byggingen av murene ta 380 dager, mens det faktisk tok 3 86 dager. I tillegg kommer altså at enkelte murer ikke kom til utførelse; K0 1 skulle i henhold til fremdriftsplan rev. 002 ta 40 dager, K02 49 dager og K06 50 dager.

I enkelte tilfeller er endringene honorert: K04, som fikk økt areal fra 137 m² til 241 m², ble honorert under prosess 71.192 etter EO 096. Kravet på fristforlengelse ble frafalt. K07 ble også honorert under 71.192, selv om antall dager til utførelse var det samme som det prosjekterte og det var så godt som sammenfall i tid for utførelsen. Imidlertid ble det bestilt to lag tilleggshøyder på muren. K10 ble også honorert under

71.192, selv om denne muren tok kortere tid å utføre enn planlagt. Utførelsen var imidlertid forsinket sammenlignet med det planlagte, og muren skulle heves. K15 ble honorert for stopptid på grunn av manglende grunnavtaler.

Tingretten avslo HABs krav på tilleggsvederlag for plunder og heft knyttet til utførelsen av natursteinsmurene. Lagmannsretten kom til et annet resultat, og bemerket:

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at HABs arbeid med murene ble mer ressurskrevende enn planlagt. At HAB for noen av murene fikk avregning etter en dyrere prosess, 71.192, kan etter lagmannsrettens syn ikke forstås slik at vederlaget skulle omfatte kompensasjon for forsering og/eller effektivitetstap. Heller ikke HABs aksept på SVVs avslag på fremsatt krav om fristforlengelse for en mur, K4, i EO 096, kan ha den konsekvens at HABs krav på forsering bortfaller i sin helhet.

3.10.2 HABs anførsler

Utførelsen av murene ble vesentlig annerledes enn det som var lagt til grunn i prosjekteringsmaterialet. HAB varslet byggherren om at man ville bygge murene gjennom vinteren og ba derfor særskilt om tilstrekkelig prosjekteringsmateriale, uten at det hjalp. Kun én mur ble som forutsatt.

Det mangelfulle prosjekteringsgrunnlaget førte til at selve arbeidet med murene ble vesentlig vanskeliggjort. Det ble nesten umulig å planlegge materialuttak, og det påvirket også arbeidet i selve veglinja, ettersom man ikke ble ferdig med denne. Det påvirket dessuten også arbeidet med støyskjermene, som skulle utføres senere.

Det kan ikke ha betydning at HAB har fått oppgjør etter en høyere pris på enkelte av de murene de har oppført. Det er oppgjør bare for den konkrete muringen, og ikke kompensasjon for de avledede konsekvensene alle endringene medførte.

3.10.3 Fylkeskommunens anførsler

HAB har ikke fremlagt noen begivenhetsnære bevis som viser at de har varslet byggherren om at natursteinsmurene har ført tidsmessige konsekvenser for entreprenørens arbeid. Det er påfallende at HAB først i revisjonene av EOF 012 har vist til at arbeidet fikk slike konsekvenser.

Det erkjennes at flere av murene ble omprosjektert. HAB ble imidlertid kompensert for disse endringene, og fikk dessuten oppgjør for alt som oversteg opprinnelig prosjektert mengde etter en dyrere prosess. HAB har derfor i realiteten fått oppgjør for tidsmessige konsekvenser av omprosjekteringene.

Begivenhetsnære bevis underbygger ikke at HAB faktisk ble hindret. På sørparsellen falt noen av murene bort. Andre murer ble utført på kortere eller planlagt tid.

På den midtre parsellen ble arbeidene stort sett ferdigstilt i tide, og det foreligger heller ingen varsler knyttet til murer på denne parsellen.

På den nordre parsellen førte omprosjektering til at bygging av enkelte murer tok lengre tid enn planlagt. Dette varslat imidlertid HAB byggherren om, og den forsinkede fremdriften ble også kompensert.

3.10.4 Lagmannsrettens merknader

Lagmannsretten er på dette punktet kommet til samme resultat som tingretten. Tingretten begrunnet sitt syn slik:

Etter rettens syn er det tale om avvik fra det prosjekterte som er innenfor det normale og påregnelige. Retten viser til at ved prosjektering av natursteinsmurer alltid må tas høyde for justering til terrenget under utførelsen - murene må stedlig tilpasses både for å få best mulig funksjon og for å få et best mulig visuelt uttrykk. Retten kan ikke se at det samlede arbeid og tidsbruk slik det faktisk ble, har hatt betydning for HABs produksjon, særlig når det ses i lys av at noen av murene falt bort. Dessuten er det ikke sannsynliggjort at kan utførelsen av natursteinsmurer - herunder endringsarbeid - har hatt betydning for arbeidet på kritisk linje.

Lagmannsretten kan tiltre tingrettens merknader som dekkende for sitt syn, men har enkelte tilleggsmærknader:

Fremdriftsplaner er et tidsnært bevis for når og over hvor lang tid entreprenøren har tenkt å utføre en prosess. Utførelse av natursteinsmurene var ikke med på den fremdriftsplanen som ble inngitt sammen med tilbudet, og heller ikke på den reviderte planen som ble fremlagt 20. september 2011. De var derimot med på den planen som ble fremlagt 18. januar 2012. På dette tidspunkt var imidlertid enkelte av murene allerede ferdig utført. Hvor stor forsinkelse byggherreforhold forårsaket for byggingen av murene, mangler man således et godt, tidsnært bevis for.

Det er ikke bestridt at enkelte av murene ble utført med større mengder enn prosjektert. Mengdene som oversteg det som var prosjektert fikk HAB oppgjør for gjennom en dyrere prosess og regulering av mengder. Forskjellen er ikke ubetydelig. Natursteinsmurene skulle egentlig gjøres opp etter prosess 71.191 med kr 751,90 pr. m², mens de overskytende mengdene ble gjort opp etter prosess 71.192 med kr 2.282,- pr. m². En så vidt stor forskjell må antas å gi tilstrekkelig kompensasjon for eventuelle effektivitetsforstyrrelser.

I tillegg kommer at tidsnære bevis ikke underbygger at utførelsen virkelig ble forsinket eller forhindret.

På den sørlige parsellen ble murene K1, K2 og K6 overhodet ikke utført. Det var ikke behov for dem da det ble besluttet at Joker-forretningen på Enger ble besluttet revet.

Mur K3 ble utført i perioden 19. desember 2011 til 17. januar 2012. Fylkeskommunen har anført at det ble gjort på kortere tid enn planlagt. HAB har til dette anført at det da sammenlignes med en tidsplan som først forelå senere, slik at den da ikke kan være relevant. Det sentrale her er etter lagmannsrettens syn likevel at det ikke er noe tidsnært bevis for at utførelsen av akkurat denne muren ble forsinket som følge av byggherrens forhold. Lagmannsretten bemerker i tillegg at HAB ved utførelsen her slapp å bruke et bjelkestengsel ("Berlinerwand"), slik at utførelsen også av den grunn ble lettet.

Mur K5 ble utført i perioden 5. til 16. desember 2011, som var i henhold til planen. Det er dermed ikke sannsynliggjort at HAB ble utsatt for fremdriftshindringer knyttet til denne muren. For øvrig ble partene her enige om at endringsarbeidet skulle utføres på regning, jf. EO 008 av 16. januar 2012.

Derimot brukte HAB lenger tid enn planlagt på utførelsen av mur K4, som skjedde fra 25. juni til 5. desember 2012. HAB utstedte derfor EOF 079 25. september 2012, der HAB uttrykkelig anførte at byggherrens forhold hadde påført dem fremdrifts- og kostnadmessige konsekvenser. I EOF'en het det:

Ref. KM286 skal mur K4 (pr. 6000) heves til prosjektert høyde etter at denne ble ferdigstilt som avtalt med BH. Da det er asfaltert på hovedvegen forbi denne muren, samt at det er satt kantsteinslinje på motsatt side av vegen gjør dette at kontraktens prosesser ikke lenger er dekkende for oppmuring av K4 grunnet vanskelige arbeidsforhold. Videre skal det monteres støyskjerm bak denne muren som nå blir forsinket da muren må bli klar før støyskjerm kan settes. [...]

HAB foreslo at forholdet kunne avregnes slik:

Rigg maskin: Kr. 10.000,-

Muring avregnes på prosess 71.192 med påslag for effektivitetstap 35%.

Tilkjøring av stein avregnes etter kontraktens timepriser, da det ikke kan tippes på plassen.

Trafikkavvikling kr. 3000,- pr. dag.

Fristforlengelse 10 dager.

BH belastes for evt. Skader på utlagt asfalt.

SVV avviste opprinnelig EOF'en, under henvisning til at HAB ikke hadde bygget muren til prosjektert høyde. I EO 096, som svarte ut EOF 079, ble partene enige om et omforent oppgjør på kr 58.000 etter prosess 71.191. Det fremgår videre av denne EOF'en at kravet om tidsforlengelse ble frafalt.

Etter lagmannsrettens syn viser dette at HAB var i stand til å anskueliggjøre konkrete konsekvenser som de mente byggherrens forhold fikk for sine arbeidere. Det viser også at effektivitetstap knyttet til utførelsen av denne muren ble gjort opp på omforent måte mellom partene.

På den midtre parsellen ble arbeidene på mur K7 utført innenfor den planlagte tiden 20. august til 14. september 2012. Lagmannsretten kan ikke se at det er tidsnære bevis for at byggherrens forhold hadde ført til nedsatt effektivitet ved utførelsen av denne muren eller øvrige arbeider. Lagmannsretten bemerker at SVV bestilte noe tilleggsmuring, som ble gjort opp på den dyrere prosessen 71.192 (Natursteinsmur. Stein tilført anlegget utenfra), til tross for at det ikke ble tilført stein utenfra.

Mur K8 ble utført innenfor planlagt tid, og det kom ingen krav knyttet til denne muren. Mur K9 ble utført på noe lenger tid enn planlagt, men heller ikke for denne muren ble det fremsatt noen krav. Det er heller ikke sannsynliggjort at arbeidene med disse murene ble påvirket av forhold på byggherrens side.

På den nordre parsellen ble mur K10 utført på kortere tid enn planlagt. I EOF 095, datert 3. desember 2012, tilkjennega HAB at arbeidene var preget av urasjonell drift. I EOF'en het det:

Ved arbeider med mur K10 ved Halmrast, pr. 13350-13500, er det blitt stadige endringer i utførelse av mur. Dette har medført mye flytting frem og tilbake og en urasjonell fremdrift. Videre er det tilkommet en betydelig mengdeøkning, muren skulle opprinnelig være 3,10m på det høyeste mens den i dag blir jevnt mellom 5-6m høy. Dette krever mer innfyllingsmasser, og blir vanskeligere å komme til for å mure grunnet økt høyde. Dette medfører fremdrifts- og kostnadmessige konsekvenser for entreprenøren som bes dekt etter kontraktens bestemmelser kap. C pkt. 17.1 og 21.1.

HAB foreslo at arbeidet med denne muren skulle kompenseres ved at muring ut over prosjektert høyde skulle avregnes etter (den dyrere) prosess 71.192 med et tillegg på kr 1.141 pr. m². I tillegg het det at HAB ville "komme [...] tilbake til [fremdriftskonsekvensene] når disse foreligger". I EO 157 av 29. august 2013 ble partene enige om et omforent oppgjør på kr 565.137,30 som dekket "alle HAB sine kostnader med å heve muren" i tråd med HABs krav.

Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger noen tidsnære bevis for at HAB, til tross for enigheten, fremdeles hadde utestående krav på oppgjør for fremdriftskonsekvenser. Denne EOF'en/EO'en viser dessuten, etter lagmannsrettens syn, at HAB var fullt i stand til å fremsette dokumenterte krav på tilleggsvederlag for plunder og heft underveis i prosjektet. De viser imidlertid også at SVV var i stand til å kvittere ut forholdet på en rimelig måte som ledd i sluttoppgjøret.

Murene K11 og K12 ble utført på noenlunde samme tid som planlagt, dog slik at utførelsen ble noe utsatt. Utførelsen ble imidlertid noe annerledes enn planlagt, idet de to murene ble slått sammen. Lagmannsretten kan uansett ikke se at det er fremlagt noen EOF særskilt for disse murene som gir et tidsnært, klart bilde av at byggherrens forhold hindret HABs øvrige arbeider. I denne sammenheng nevnes at HAB i EOF 034, datert 26. mars 2012, i og for seg tok opp at man ikke fikk startet opp arbeidet med mur K12 på grunn av "konflikt mellom VA-anlegg for Søndre Land Kommune" og visse murer. Etter HABs egen

fremdriftsplan skulle imidlertid ikke arbeidene mur K12 startet før 22. mai 2012, altså etter EOF'en, og lagmannsretten kan ikke se at HAB fulgte opp dette kravet. Det gjør det vanskelig å se om og eventuelt på hvilken måte dette forholdet heftet HABs øvrige arbeider.

Mur K13 ble utført på kortere tid enn HAB hadde planlagt, og det er dermed vanskelig å se at det var byggherreforhold som hadde heftet HABs arbeid med denne muren.

Derimot brukte HAB lengre tid på mur K14. I den nevnte EOF 034 tok HAB også opp at konflikten med VA-anlegget for kommunen hindret oppstart for denne muren. SVV avviste dette kravet under henvisning til at K13 i hvert fall delvis kunne bygges, men at det måtte gjenstå rundt 10 m på grunn av konflikt med en kryssende VA-grøft, noe HAB – ifølge SVV – skulle ha vært kjent med. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger beviser for at HAB senere kom tilbake til dette forholdet, eller på annen måte fulgte opp kravet. Noe tidsnært bevis for at byggherrens forhold hindret arbeidet med denne muren eller øvrige arbeider, foreligger dermed ikke.

Den siste muren på den nordlige parsellen var K15. Også denne muren ble utført innen planlagt tid. I varsel 24 av 24. januar 2012 varslet HAB at det fikk fremdrifts- og kostnadmessige konsekvenser for dem at grunnverv ved denne muren ennå ikke var i orden. Varselet ble fulgt opp i EOF 24-1, datert 8. mai 2012, der det ble krevet oppgjør med kr 43.900,-. I EO 052 av 4. desember 2012 ble imidlertid partene enige om et oppgjør på kr 40.000 for stopptid. Lagmannsretten kan ikke se at det ble fremsatt noen ytterligere krav knyttet til denne muren, og lagmannsretten kan heller ikke se saken annerledes enn at HAB da fikk oppgjør for produktivitetsforstyrrelsene knyttet til utførelsen av denne muren.

3.10.5 Natursteinsmurer – oppsummert

Etter gjennomgangen over er lagmannsretten kommet til at det ikke foreligger tidsnære bevis for at endringer i prosjekteringsgrunnlaget for natursteinsmurene forårsaket hindringer for HABs arbeider på en måte som ikke ble fullt kompensert. Det er således ikke grunnlag for tilleggsvederlag plunder og heft for arbeidet med disse.

3.11 Endret prosjektering av støyskjerm

3.11.1 Bakgrunn

Langs vegen skulle det også etableres støyskjerm. Om tvisten het det i tingrettens dom:

HAB meldte fra oktober 2011 gjennom tekniske avklaringer om problemer med støyskjermene på grunn av det HAB anså var dårlig prosjektering. Etter purring fra HAB ble stikningsdata lagt ut i e-room i mars 2012, men HAB meldte senere om feil ved stikningsdata. I krav om endringsordre i oktober 2012 påberopte HAB seg plunder og heft- virkninger av feilene. SVV repliserte at byggherren var enig i at det hadde vært feil med data, men at det er utarbeidet løsninger slik at arbeidet ikke var

blitt hindret. De samme synspunktene ble gitt til kjenne også i byggemøter, som 14. november 2012. På disse tidspunktene var ikke støyskjermer egen aktivitet på fremdriftsplanene. Det ble de først i november 2012, da slik at støyskjermerne etter planen skulle utføres fra september 2012.

Partene er uenige om i hvor stor grad det var nødvendig å prosjektere støyskjermerne. Mens HABs stikker Juvland mente det var viktig at skjermene er prosjektert slik at det stemmer noenlunde for å fange opp høydeforskjeller i terrenget, mente SVVs Rahman at det ikke trengte å være nødvendig med prosjektering og at HAB krevde mer prosjektering enn vanlig.

Retten merker seg at det for på så godt som alle støyskjermerne var nødvendig med ulike former for avklaringer og endringer - enten gjennom tekniske avklaringer, byggemøter eller kontrollørmeldinger. Som eksempel nevner retten støyskjerm S 10. Arbeidene på denne skjermen var påbegynt 1. oktober 2012. HAB påpekte i teknisk avklaring i oktober 2012 at fundamentene for denne støyskjermeren skulle settes på dybde 0,4-2,0 m, under topp asfalt gangveg. Samme dag sendte HAB krav om endringsordre. SVVs tilbakemelding samme dag var at HAB skulle se bort fra kotehøydene på e-room og heller forholde seg til nye høyder sendt på mail. Stikningsdata ble revidert flere ganger etter dette, og støyskjermeren måtte tilpasses på stedet. Senere ble partene enige om å avregne dette med rundsum på 25 000 kroner.

Et annet eksempel retten vil trekke frem er S06. Denne falt ut av prosjektet i november 2012, men ble senere tatt inn igjen. Støyskjermeren ble revidert en rekke ganger etter dette, senest i mars 2013. Arbeidet ble utført på våren 2013.

Samlet sett ser retten avklaringene og endringene som så vidt omfattende at det er sannsynliggjort at det har hatt plunder og heft-virkninger for HAB. Retten kan ikke se det annerledes enn at det riktig prosjekterte støyskjermer var nødvendig for å få en tilstrekkelig flytende produksjon, og at feil og endringer påvirket produksjonen i negativ retning. Retten finner det også sannsynliggjort ut fra tidsnære bevis og de ulike forklaringer at feilene har hatt virkninger for HABs produksjon. Det er ikke tvilsomt at byggherren hefter for feilene og endringene i dataene for støyskjermerne.

Lagmannsretten så saken slik ved forrige gangs behandling av spørsmålet:

Støyskjermer må, i likhet med natursteinsmurene, tilpasses på byggeplass. Dette tilsier at entreprenøren, her HAB, må ta høyde for at det vil være et tilpasningsbehov. Etter lagmannsrettens syn går imidlertid endringene på støyskjermerne i denne saken utover det

en entreprenør med rimelighet må forvente. Som illustrasjon vises det til arbeidsomfanget forbundet med støyskjerm S10, jf. EOF 081 og TA 187, hvor SVV ber HAB se bort fra kotehøydene på e-room, og i stedet bruke høyder sent på e-post. Stikningsdata ble etter det opplyste endret også etter dette. Partene avtalte senere avregning for arbeidet etter rundsum kr 25 000. Lagmannsretten legger til grunn at denne summen ikke inkluderer kompensasjon for forsering eller effektivitetstap. Et annet eksempel er arbeidet med S6 som først falt ut av prosjektet, men som senere ble tatt inn i igjen. Utførselen av støyskjermeren ble revidert flere ganger før den ble satt opp våren 2013.

SVV var ansvarlig for prosjekteringen av støyskjermerne. Etter lagmannsrettens syn har endringene i prosjekteringen av støyskjermerne medført forstyrrelser i HABs

produksjon som vil kunne gi grunnlag for kompensasjon for forsering og/eller effektivitetstap.

3.11.2 HABs anførsler

Prosjekteringen av støyskjermene var utilfredsstillende og ble først ferdig vinteren 2013, sent i gjennomføringen av prosjektet.

At prosjekteringen av støyskjermene var uheldig, synes også erkjent av SVV selv, ettersom det ble vurdert å viderefakturere prosjekteringsansvarlig Reinertsen AS for arbeidet.

Prosjekteringsfeilene gjorde at HABs produksjon i veglinja ble påvirket i 4. kvartal 2012 og 1. kvartal 2013, og at veien ble ferdigstilt senere.

3.11.3 Fylkeskommunens anførsler

Det kom ingen varsler knyttet til oppføringen av støyskjermer før EOF 12-3, etter at veggen ble overlevert. HAB har ikke sannsynliggjort at forhold ved støyskjermene har påvirket annet arbeid i det aktuelle tidsrommet.

HAB har uansett fått dekket alle utgifter til kostnader knyttet til støyskjermene, herunder merutgifter som følge av eventuell nedsatt effektivitet. Noen eventuelle uoppgjorte merkostnader er ikke sannsynliggjort.

3.11.4 Lagmannsrettens syn

Støyskjermene ble utført vinteren 2012-2013. Fremdriftsforstyrrelser knyttet til etableringen av disse var derfor rimeligvis ikke nevnt i EOF 12 og heller ikke i den reviderte EOF 12 av 13. desember 2011. Fremdriftsforstyrrelser ble imidlertid heller ikke nevnt i EOF 012-2 av 11. desember 2012, da forstyrrelsen ifølge HAB hadde begynt å gjøre seg gjeldende.

I oktober 2012 utstedte HAB en annen EOF, nr 89-1 med overskriften "plunder og heft", der det ble anført at tegninger for "bl.a. elektro og rekkverk" manglet eller var beheftet med feil eller mangler, og at man ville "komme tilbake med endelige konsekvenser når disse foreligger". Byggherren repliserte til denne EOF'en at man var "enig i at det har vært feil i data", men at det var blitt "utarbeidet løsninger slik at arbeidet ikke har blitt hindret". Krav om fristforlengelse og økonomiske krav ble avvist idet de ikke var "spesifikke med konkret begrunnelse", og lagmannsretten kan ikke se at denne EOF'en ble fulgt opp med noen konkretisering av hvilke konsekvenser byggherrens forhold hadde hatt. Selv i forbindelse med sluttoppgjøret ble denne EOF'en stående som et "varsel" som ikke var blitt fulgt opp.

I revisjon 3 av EOF 12, inngitt 6. september 2013 og således etter overleveringen av veganlegget, ble det, under henvisning til EOF'ene 81, 90 og 104, tatt opp at arbeidet med støyskjermene hadde ført til driftsforstyrrelser.

Lagmannsretten finner det nødvendig å gå noe nærmere inn på de enkelte støyskjermene på prosjektet.

På den sørlige parsellen ble det endringer på støyskjerm S1, S2 og S10. HAB meldte imidlertid ingen krav knyttet til S1. Problemer knyttet til S2 ble tatt opp i byggemøte 31 den 28. november 2011, idet det ble påpekt at utsettingsdata var feil. Det fremgår av byggemøtereferatet at HAB foreslo en løsning for utførelsen, og det kom ingen konkretiserte krav til denne støyskjermen. Det er dermed vanskelig å se om og eventuelt på hvilken måte forholdet heftet HABs øvrige arbeider.

Arbeidet med støyskjerm S10 ble problematisk, idet arbeidsgrunnlaget for denne var beheftet med feil. I EOF 081, datert 1. oktober 2012, opplyste HAB at man så seg "nødt til stoppe videre arbeid med fundamentene" og krevde ventetid avregnet etter kontraktens timepriser samt varslet fremdriftskonsekvenser svarende til ventetid inntil korrigert arbeidsgrunnlag forelå. Til denne EOF'en repliserte byggherren at man var enig, men ønsket dokumentasjon for ventetiden. I EO 159 av 6. september 2013 ble partene enige om et fullt og endelig oppgjør med en rundsum på kr 25.000 med utgangspunkt i HABs timelister, men etter nedjustering til et omforent nivå.

Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger noen tidsnære bevis for at HAB ble påført andre kostnader knyttet til omprosjekteringen ut over det partene ble enige om.

For denne muren ble det også inngitt EOF 090, som igjen ble en del av EOF 012-3. EOF 090 gjaldt HABs krav om at utretting og avretting skulle utføres som regningsarbeid, under henvisning til at det var blitt smalere forbi S10 enn det som fremgikk av de opprinnelige planene. Det fremgår imidlertid av oversikten over EOF'er som ble inngitt i forbindelse med sluttoppjøret at partene var blitt enige om denne EOF'en allerede i mai 2013 med en rundsum og at kravet på fristforlengelse ble strøket. Det er derfor vanskelig å se at denne EOF'en gir et tidsnært bevis for at det var andre, uoppgjorte effektivitetsforstyrrelser knyttet til arbeidet med mur S10.

På den midtre parsellen var det endringer på støyskjerm S3, S4, S5 og S7. Bortsett fra for S4, ble det imidlertid ikke fremsatt noen krav knyttet til disse støyskjermene.

For S4 bestilte byggherren ved KM (kontrollørmelding) 324, datert 6. november 2012, justering av støyskjermelinjen. Arbeidet ble bestilt etter regning, og ble da også gjort opp slik, jf. EO 044 av 28. november 2012. Det fremgår av EO'en at den omfattet nødvendig "tilpasning og stopptid for [entreprenøren]" iflg. godkjente timelister. Det foreligger ingen andre, tidsnære bevis som tyder på at entreprenøren ble påført ekstrakostnader ut over det som ble lagt til grunn for avregningen av dette endringsarbeidet.

På den nordlige parsellen ble det endringer på støyskjerm S6, S8 og S9.

På støyskjerm S6 bestilte SVV endringer på KM 389 av 27. februar 2013, som bl.a. omfattet ny prosjektering. I EO 077 av 25. april 2013 ble partene enige om oppgjør etter regning og basert på HABs timelister med kr 50.650.

På støyskjerm S8 ble det ved KM 358 den 19. desember 2012 bestilt justering av fundamenter, og dette arbeidet skulle utføres på regning. Underveis i arbeidet ble det klart at bestillingen måtte endres noe, og HAB krevet i EOF 104, datert 13. februar 2013, sine tilleggskostnader dekket. SVV var enig i tilleggskravet, dog slik at man ikke var enig i kravet om fristforlengelse fordi det ikke var dokumentert "at det virkelig oppstår en forsinkelse på ferdigstillelsesdato". I EO 101 av 31. mai 2013, som etter overskriften gjaldt "krav nr. 104, heft med støyskjermer", ble det enighet om et oppgjør på kr 30.150 på prosess 72.1323. Det ble derimot ikke enighet om fristforlengelse.

Når partene på denne måten ble enige om et oppgjør for "heft med støyskjermer", er det vanskelig å se at det skulle være uoppgjorte krav på plunder og heft knyttet til denne støyskjermeren. Betydningen av spørsmålet om fristforlengelse kommer lagmannsretten tilbake til under gjennomgangen av forseringskravet, pkt. 4 nedenfor.

Endringen på støyskjerm S9 gjaldt en omprosjektering for å rette kotehøyden. Partene hadde her diskutert hvem som skulle utføre omprosjekteringen. Det viste seg imidlertid at kotehøyden allerede var blitt satt av SVVs konsulent, jf. KM 289, datert 4. september 2012, slik at HAB ikke selv trengte å gjøre noe her. Det er uansett ingen tidsnære bevis som underbygger at HABs øvrige arbeider var blitt hindret av problemer knyttet til utførelsen av denne muren.

Alt i alt er det lagmannsrettens syn at selv om det nok i flere tilfeller var behov for omprosjektering av natursteinsmurene, kan det ikke sees at det foreligger noen tidsnære og konkretiserte bevis for at dette påførte entreprenøren noen kostnader ut over det partene ble enige om av oppgjør for underveis i prosjektet.

3.12 Endret prosjektering av trafikksikkerhetstiltak (våren 2013)

3.12.1 Bakgrunn

Våren/sommeren 2013 ble det avdekket at grøftene langs ca. 7 km av vegen var for dype i henhold til gjeldende sikkerhetstiltak. Grøftene var utført i samsvar med det som var prosjektert, men måtte løftes for å oppfylle nye krav. I tillegg måtte busslommer forlenges. Dette medførte ekstraarbeid for HAB i form av graving/oppfylling og flytting av kummer.

Tingretten så slik på forholdet:

Retten legger til grunn at våren/sommeren 2013 ble det besluttet at grøftene langs ca. 7 km av veien var for dype. Grøftene var utført av HAB i henhold til planer, men av trafikksikkerhetsmessige grunner måtte grøftene heves, noe som medførte ekstraarbeid i form av oppfylling og flytting av kummer. I tillegg ble busslommene

forlenget. Arbeidet er oppgjort på prosess, men HAB krever i tillegg kompensasjon for to ukers forsinkelse.

Det er slik retten forstår det, ikke omtvistet at disse tiltakene ble utført. Uenigheten mellom partene gjelder om dette påvirket fremdriften. Vitnet Berger fra SVV forklarte at det ikke var heldig at dette ble iverksatt på det tidspunktet det ble, men hadde ikke inntrykk av at dette heftet HAB noe særlig. Retten finner det likevel sannsynliggjort at endringene medførte forsinkelse for HAB, og viser til at endringsarbeidet tilkom sent, etter at veien for en stor del var ferdig bygget. Arbeidet måtte utføres på store deler av strekningen, og ressurser måtte nødvendigvis settes inn på dette arbeidet.

Ved forrige gangs behandling av saken i lagmannsretten, bemerket den:

Pålegget om trafikksikkerhetstiltak ble besluttet sent i anleggsfasen, og etter at HABs arbeid på veien i det vesentlige var slutført.

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at arbeidet for en stor del måtte utføres i veglinja, og derfor påvirket HABs produksjon. SVV var ansvarlig for beslutningen om endrede trafikksikkerhetstiltak. Etter lagmannsrettens syn har endringene medført forstyrrelser i HABs produksjon som vil kunne gi grunnlag for kompensasjon for forsering og/eller effektivitetstap.

3.12.2 HABs anførsler

Trafikksikkerhetstiltakene ble gjennomgått av byggherren i februar 2013. Rapporten ble imidlertid ikke gitt HAB før i midten av mai. De konkrete endringene er gjort opp. Det er imidlertid ikke gitt oppgjør for tidsvirkninger og plunder og heft.

Arbeidene ble utført etter at veilinja (med unntak av slitelaget av asfalt) var ferdig bygget. Det er særlig uheldig.

Måten arbeidet måtte utføres på, tilsa at kjørebanelen måtte sperres 2-3 steder langs strekningen. Det pågikk i tre måneder. Samlet forhindret det entreprenøren i ferdigstillelsen av resten av veganlegget.

3.12.3 Fylkeskommunens anførsler

HAB har fått oppgjør på regning for alle arbeider knyttet til trafikksikringstiltakene.

Arbeidet med disse tiltakene påvirket dessuten ikke andre kontraktsarbeider. Det var bare asfalteringen som gjenstod i hovedlinja, og dette arbeidet ble ikke påvirket. Det vises ved at det eneste arbeidet som gjensto i veilinja var asfaltering, som ble utført av en underentreprenør. HAB har ikke fått noen krav fra underleverandør knyttet til trafikksikkerhetstiltakene.

3.12.4 Lagmannsrettens syn

Når det bestilles tilleggsarbeider i prosjektets slutfase, slik tilfellet var med trafikksikkerhetstiltakene, kan det medføre plunder og heft for entreprenørens gjennomføring av kontraktsarbeidet.

Den første bestillingen av trafikksikkerhetstiltak, som kom i KM 400 av 21. mars 2013, gjaldt endringer av stikkrenner. I denne KM'en var det allerede fra byggherrens side klargjort at arbeidet skulle utføres som regningsarbeid etter kontraktens timepriser. I EO 113, datert 18. april 2013, ba HAB om at arbeidene skulle utføres før asfaltering for å unngå skader på nylagt asfalt. Det viste seg at tiltakene også gjorde det nødvendig å forlenge kummene ved stikkrenner som var prosjektert for dype. Alt arbeidet ble gjort opp på regning, etter enighet mellom partene. I tillegg bestilte byggherren fiberduk i tetningslaget til veggrøften, som ble gjort opp etter kontraktens prosesser.

Når endringsarbeid utføres som regningsarbeid etter medgatte timer, må det gjennomgående oppfattes slik at det angitte timeforbruket også omfatter eventuelle konsekvenser for andre arbeidsoperasjoner. Unntak kan nok tenkes, men det må i tilfelle fremlegges klare bevis for at øvrig arbeid virkelig er hindret.

Det er fremlagt en rekke EO'er for lagmannsretten som viser at partene i mange tilfeller ble enige om omforente oppgjør på de ulike EOF'ene knyttet til trafikksikkerhetstiltakene. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger noen begivenhetsnære, klare bevis for at HABs øvrige kontraktsarbeid virkelig ble hindret som følge av de trafikksikkerhetstiltakene som ble bestilt.

Lagmannsretten kan ikke se at det ble tatt forbehold om at EO'ene ikke omfattet oppgjør for eventuelle avledede konsekvenser, eller at det på annen måte ble varslet at man ville komme tilbake med konkretiserte krav. Et unntak er EOF 113 av 18. april 2013, der HAB varslet at endringsarbeidet ville få fremdrifts- og kostnadmessige konsekvenser. SVV oppfattet dette utelukkende som et varsel, og HAB fulgte aldri opp dette. Selv ikke i revisjon 3 av EOF 012 er det tatt opp at trafikksikkerhetstiltakene hadde medført plunder og heft for øvrige kontraktsarbeider.

Også et annet forhold gjør at det vanskelig kan legges til grunn at det er ført tilstrekkelig bevis for at trafikksikkerhetstiltakene medførte effektivitetsforstyrrelser for HAB: HAB har først og fremst begrunnet kravet med konsekvensene for asfalteringen av veglinjen. Dette arbeidet ble utført av HABs underentreprenør. Det er nærliggende å tenke seg at plunder og heft for asfaltentreprenøren ville manifestert seg gjennom tilleggskrav fra HABs underentreprenør. Det er imidlertid ikke fremlagt bevis for at underentreprenøren har krevet tillegg fra HAB som følge av de trafikksikringstiltakene som ble utført. Dermed er det uansett ikke grunnlag for tilleggsvederlag for plunder og heft.

Samlet sett er lagmannsretten kommet til at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for at trafikksikkerhetsarbeidene hindret HABs arbeider etter kontrakten utover det som allerede er kompensert som regningsarbeider. Kravet om tilleggsvederlag for denne posten kan derfor ikke føre frem.

3.13 Mengdeøkning på kritisk vei og samlet endringsvolum

3.13.1 Bakgrunn

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at partene under prosedyrene behandlet "mengdeøkning på kritisk vei" og "samlet endringsvolum" som to separate forhold. Tingretten og lagmannsretten ved forrige gangs behandling så disse forholdene under ett.

Det er en så nær sammenheng mellom disse forholdene at lagmannsretten finner det kunstig å skille mellom dem.

Avtaleforholdet mellom HAB og fylkeskommunen gjaldt en mengdevariabel utførelsesentreprise. Det innebærer at entreprenøren prissetter hver enkelt prosess med enhetspriser. Kontraktssummen tar utgangspunkt i en stipulert mengde av hver enkelt prosess, men hvis mengden er større eller lavere enn antatt, vil også prisen byggherren skal betale for den enkelte prosess variere tilsvarende. Denne kontraktsteknikken gjør at byggherren har risikoen for at en bestemt prosess blir mer omfattende enn antatt, slik at entreprenøren ikke blir skadelidende.

Dersom en bestemt prosess som ligger på "kritisk vei" blir vesentlig mer omfattende enn antatt eller i det minste må utføres på en vesentlig annerledes måte, kan mengdeendringene i seg selv prege produksjonsprosessen i en slik utstrekning at entreprenøren påføres ekstrakostnader som ikke dekkes opp tilstrekkelig gjennom enhetsprisreguleringen.

Om bakgrunnen for de to punktene het det i tingrettens dom:

Målebrev 8. mai 2014 viser at omforente mengder på enkelte prosesser var til dels svært mye større enn de mengder som var oppgitt i kontrakten. Eksempelvis økte prosess 22.11 fra 65 000 m³ til 106 000 m³, mens prosess 25.52 økte fra 80 000 m³ til 167 000 m³. Disse er nødvendigvis oppgjort, til dels er oppgjøret fastsatt i denne dom. Retten finner det sannsynlig at en så vidt stor mengdeøkning har hatt plunder og heft-virkninger. Det vil nødvendigvis medføre merarbeid og påvirke øvrig produksjon når mengdene blir så vidt større enn planlagt.

Det samme gjelder det samlede omfang av endringer på prosjektet. Retten legger til grunn at det var et tilleggsarbeid på 35 mill. kroner, og bare i 2013 beløp endringsarbeidene seg til ca. 14,4 mill. kroner. Dette utgjør en meget stor prosentandel av den opprinnelige kontraktssummen på 142,5 mill. kroner – med andre ord tilkom nærmere en fjerdedel av kontraktssummen i tillegg. Også dette vil nødvendigvis medføre merarbeid og påvirke øvrig produksjon når mengdene blir så vidt større enn planlagt.

Ved forrige gangs behandling delte lagmannsretten tingrettens syn og uttalte:

Det fremstår ikke som tvilsomt at mengdene på flere av prosessene ble betydelig større enn prosjektert. Herunder kan nevnes prosess 21.25 med rydding og fjerning av hogstavfall økte fra 120 000 m³ til 241 000 m³, prosess 22.11 sprenging i dagen fra 65 000 m³ til 106 000 m³, prosess 22.4 blokkdemolering fra 1 000 til 1 951 stk., prosess 25.52 jordmasser fra 80 000 m³ til 167 668 m³, prosess 46.1 kummer fra 22 til 93 og prosess 52.23 fiberduk fra 75 000 m² til 167 723 m². Etter lagmannsrettens syn er mengdeøkningene i seg selv så store at det er sannsynlig at de har påvirket HABs produksjon.

Også det samlede endringsomfanget på prosjektet må tillegges vekt. Tilleggsarbeider bestilt av SVV utgjorde om lag kr 35 millioner, hvorav kr 14,4 millioner var i 2013.

Andelen tilleggsarbeider i forhold til opprinnelig kontraktsbeløp på kr 142,5 millioner var betydelig, ca. en fjerdedel. Etter lagmannsrettens syn overstiger dette i vesentlig grad det HAB burde ha tatt i betraktning ved kontraktsinngåelsen, jf. C28.1 Med et så stort endringsomfang er det etter lagmannsrettens syn også sannsynlig at HABs produktivitet ble påvirket.

3.13.2 HABs anførsler

Mengdeøkningene på prosjektet utgjorde rundt 35 millioner kroner (hvorav 19,5 millioner i regningsarbeider, som etter kontrakten var anslått til 2,9 millioner). I 1. kvartal 2013 utgjorde endringsarbeider 64%, og 2. kvartal samme år 66% av total produksjon. Det er betydelig i forhold til en kontraktssum på 142 millioner kroner. Det ble dessuten gjort mer enn 600 endringer, og det foreligger mer enn 459 signerte og kvitterte regningsarbeidslister. Dette lå langt utenfor det HAB kunne tatt i betraktning ved kontraktsinngåelsen.

Det dreier seg om vesentlige mengdeøkninger på en rekke prosesser på kritisk vei. Omfanget av mengdeøkningene var slik at det var vanskelig å planlegge for dem, og de har medført konsekvenser for HABs samlede produksjon.

Særlig medførte mengdeøkningene stort behov for sprengning, spesielt på midtparsellen. Det var spesielt uheldig, ettersom det var arbeidene på denne parsellen som sto igjen på slutten. Her var det også mye flåsprengning.

Mengdeøkningene påvirket oppstart av etterfølgende arbeider og logistikk. Påvirkningen var særlig i 2. og 4. kvartal 2013.

3.13.3 Fylkeskommunens anførsler

Det fremgår av Høyesteretts dom avsnitt 83-85 at entreprenøren konkret må påvise hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene, ettersom han er nærmest til å sikre bevis for konsekvensene disse hadde for ham. HAB har ikke ført bevis for at mengdeendringer i prosjektet forstyrret HABs produksjon av kontraktsarbeider.

HAB påberopte ikke mengdeøkninger på prosessene for kritisk vei underveis i prosjektet. Det ble heller ikke påberopt av HAB i sluttoppgjøret. Det er dermed ikke varslet om dette forholdet i tide, jf. NS 3430 pkt. 17.5.

Mengdeøkningene må sees i sammenheng med byggherrens adgang til å bestille tilleggsarbeider, jf. kontrakten pkt. C 28.1. Ved denne vurderingen er kontraktssummen utgangspunktet for vurderingen av hvilket volum av kontraktsarbeider HAB måtte forvente.

Når man skal vurdere hvor stort endringsvolumet var, må det tas i betraktning at omfanget av kontraktsarbeider gikk ned med 12 millioner kroner fra kontraktens pålydende på 142,4 mill. kroner. Det må dessuten tas hensyn til at store poster gikk ut eller ble redusert. Således førte forekomsten av fjellmengder i linja til at behovet for å hente stein fra sidetak (prosess 22.2) gikk tilsvarende ned.

Endringsarbeidene utført før overtagelse utgjorde rundt 33,7 mill. kroner. Ved forrige gangs behandling av saken trakk lagmannsretten uriktig inn endringsarbeider utført etter overlevering. Det ble da også – uriktig – tatt utgangspunkt i brutto tillegg til kontraktssummen.

Det må videre tas hensyn til at mengdeøkningene er resultat av at HABs ønsker om måten entreprisen skulle gjennomføres på, ble imøtekommet av byggherren. Det gjelder f.eks. behovet for å grave ut jordmasser og transportere disse vekk. Det samme gjelder mengder med forsterkningslag, som gikk veldig opp.

Det må dessuten tas hensyn til at partene hadde avtalt at mengdeøkninger som følge av endret overbygningstykkelse (prosess 53), ikke ga grunnlag for tilleggsvederlag.

Flere av mengdeøkningene er dessuten påberopt i tilknytning til andre byggherreforhold. Mengdeendringene som kombilaget ledet til, er påberopt under "endret massebalanse i veglinja"; økningen i antall kummer er påberopt i forbindelse med trafikksikkerhetstiltakene og økningen av mengder natursteinsmurer er påberopt i den forbindelse.

Flere av mengdeendringene som er påberopt, ligger ikke på "kritisk linje".

Blokkdemolering, som også er påberopt som økte mengder, lå eksempelvis ikke på "kritisk linje". Alternativt hadde de en klart positiv effekt på produksjon og fremdrift. Således førte kombilagsløsningen til en rasjonalisering og effektivisering av HABs produksjon og førte til hurtigere fremdrift.

3.13.4 Lagmannsrettens merknader

Partene er enige om og lagmannsretten legger til grunn at det var betydelige mengdeøkninger i prosjektet. Som det fremgår av sitatene over fra hhv. tingrettens og

lagmannsrettens forrige avgjørelse, dreier det seg i flere tilfeller om en dobling av mengdene som ble lagt til grunn ved kontraktsinngåelsen. Det er heller ikke vanskelig å se for seg at slike mengdeøkninger kan rokke ved entreprenørens produksjonsopplegg. At det kan forekomme mengdeøkninger følger forutsetningsvis av opplegget i kontrakten, og kompenseres også automatisk gjennom den.

Spørsmålet er nå om mengdeøkningene på kritisk vei og totalt hadde et slikt omfang at økningen i seg selv førte til effektivitetsforstyrrelser for entreprenørens produksjon. Lagmannsretten har under pkt. 3.6 ovenfor behandlet spørsmålet om endringer i massebalansen for veien kan gi opphav til krav på tilleggsvederlag for plunder og heft. I realiteten er de samme forholdene trukket inn som ledd i kravet på tilleggsvederlag for mengdeøkninger.

Mengdeøkningen omfatter også mengder på prosesser der det er fremsatt egne krav om tilleggsvederlag for plunder og heft. Det gjelder mengdeendringer som følge av kombilagsløsningen (pkt. 3.6 ovenfor), økning i antall kummer (pkt. 3.12 ovenfor) og mengdeøkninger for natursteinsmurer (pkt. 3.10 ovenfor). Lagmannsretten har i de nevnte punktene vurdert om det er grunnlag for tilleggsvederlag for de byggherreforholdene isolert. Det som her skal vurderes, er den kumulative effekten av de samlede mengdeendringene. Lagmannsretten ser på dette mot slutten av dette underpunktet.

Skal tilleggsvederlag for plunder og hefte komme på toppen av den justerte prisen, må entreprenøren påvise konkret hvilke av hans arbeidsoperasjoner som ble påvirket av de respektive byggherreforholdene og på hvilken måte dette skjedde, jf. Høyesteretts dom, avsnitt 83. Det at det dreier seg om mengde- eller beløpsmessig store endrings- og tilleggsarbeider, trenger ikke være mer enn en indikasjon på at økningene kan ha påvirket entreprenørens øvrige produksjon. Det kan således ikke være tilstrekkelig utelukkende ut fra mengdeøkningene å slutte at entreprenørens øvrige arbeid ble heftet. Siden mengdeendringer uansett kompenseres automatisk gjennom kontraktens prissystem, er det grunn til å stille strenge krav til bevis for at mengdeendringene har forårsaket fremdriftsforstyrrelser som ikke allerede er kompensert i tilstrekkelig grad.

Lagmannsretten tar for sine vurderinger utgangspunktet i at kontraktssummen var på rundt 142 millioner kroner. Ved sluttoppgjøret viste det seg at det samlet var produsert kontraktsarbeider (dvs. utenom endrings- og tilleggsarbeider) for rundt 130 millioner kroner. Med andre ord var omfanget av det ordinære kontraktsarbeidet betydelig mindre enn antatt ved kontraktsinngåelsen.

Lagmannsretten tar videre utgangspunkt i at det også var viktige enkeltprosesser som hadde stor nedgang. Et eksempel er prosess 22.2 Sprengning i sidetak, som ble redusert som følge av kombilagsløsningen. Tilsvarende var det flere opsjoner/alternativer som ikke kom til utførelse. Disse alternativene inngikk i kontraktssummen.

Lagmannsretten kan uansett ikke se at det foreligger tidsnære bevis for at HAB varslet at mengdeøkningene forstyrret arbeidene. At det ikke ble gjort i den opprinnelige EOF 012 er naturlig. Mengdeøkninger ble imidlertid heller ikke tatt opp i EOF 012-2 av desember 2012, på et tidspunkt der de ifølge HAB selv skulle ha begynte å gjøre seg gjeldende. I revisjon 3 av EOF 012, inngitt 6. september 2013 og således etter overleveringen av anlegget, var det likeledes bare økningen på prosess 22.1 (Sprengning i linja) som ble trukket frem som en mengdeøkning som hadde påvirket entreprenørens øvrige arbeid. Selv der ble det ikke nevnt om hvilke ekstra omkostninger det hadde medført for entreprenøren; bare at entreprenøren mente seg berettiget til en tidsforlengelse. Bevisførselen underbygger ikke at HAB på annet vis underveis i prosjektet tilkjennega at mengdeøkningene i seg selv var blitt så store at de påvirket entreprenørens produksjon. Lagmannsretten kan således ikke se at mengdeøkninger som sådan har vært rapportert som problem for HABs utførelse i byggemøter eller i HABs månedsrapporter.

At de økte mengdene på prosess 22.11 (Sprengning med konturhullavstand 0,7 m) og 25.52 (Jordmasser til fyllplass) økte så vidt mye, skyldes i det alt vesentlige at partene ble enige om å velge en kombilagsløsning for vegoverbygningen med langt større innhold av steinmasser. Tilsvarende ble det langt større behov for å transportere bort jordmasser. Lagmannsretten kan ikke se at det har noen betydning for spørsmålet om plunder og heft knyttet til mengdeøkningene at kombilagsløsningen var HABs initiativ, ettersom partene ble enige om den.

Det avgjørende for lagmannsrettens syn på spørsmålet, er at det ikke kan sees at HAB underveis i prosjektet tok opp at kombilagsløsningen førte til så vidt store konsekvenser for mengdeøkningene. Så vidt lagmannsretten kan se, ble mengdeøkningene først tatt opp i EOF 12-3 etter overleveringen, og da bare for så vidt gjaldt prosess 22.1.

Lagmannsretten er dessuten enig med fylkeskommunen i at mengdeøkning på prosesser som ikke lå på kritisk linje, ikke kan begrunne tilleggsvederlag. Lagmannsretten er således enig med fylkeskommunen i at den store økningen på prosess 22.4 (blokkdemolering) vanskelig kan gi opphav til tilleggsvederlag, ettersom slik demolering foregikk utenfor linjen.

Lagmannsretten ser så på spørsmålet om det samlede endringsvolumet i entreprisen kan gi grunnlag for tilleggsvederlag for plunder og heft. Igjen er det nødvendig å peke på kravet i Høyesteretts dom om at det må føres bevis for at byggherreforholdet – endringsvolumet samlet sett – har påvirket HABs produksjon og hvilke konsekvenser det fikk. Bevistemaet blir nødvendigvis vagere enn der det er spørsmål om konkrete byggherreforhold, ettersom det her er tale om den samlede påvirkningen på produksjonsprosessen av den samlede mengdeøkningen.

Spørsmålet må dessuten sees i sammenheng med den retten byggherren uansett hadde etter kontraktens pkt. C 28.1 til å bestille tilleggsarbeid. Etter denne bestemmelsen er

entreprenøren ikke forpliktet til å utføre tilleggsarbeider som omfatter mer enn 15% av netto tillegg til kontraktssummen. Kontraktssummen utgjorde, som nevnt over, 142,7 millioner kroner. Pr. overleveringstidspunktet utgjorde omfanget av endringsarbeider rundt 33,7 millioner kroner. Imidlertid ble det utført endringsarbeider for 1,5 millioner kroner etter overleveringstidspunktet, slik at det ved sluttoppgjøret var utført endringsarbeider for 35,2 millioner kroner.

Partene er noe uenige om man skal medta tilleggsarbeider etter overleveringstidspunktet ved beregningen av 15%-grensen. Dersom endringsarbeider etter overleveringsfristen tas med, overskrides 15%-grensen med 0,9%-poeng.

Etter lagmannsrettens syn spiller dette ingen rolle for det spørsmålet som her behandles. Det sentrale for lagmannsretten er at HAB etter kontrakten var forpliktet til å utføre tilleggsarbeider inntil 15% av kontraktssummen. HAB har aldri avslått å utføre tilleggsarbeid for byggherren under henvisning til at det samlede volumet på tilleggsarbeider er blitt for høyt.

Lagmannsretten kan dessuten ikke se at det er ført bevis for at HAB har avslått å utføre tilleggsarbeider fordi disse har gitt mer generelle effektivitetsforstyrrelser i entreprenørens produksjon. Lagmannsretten er ellers enig med fylkeskommunen i at den alt overveiende delen av endringsvolumet gjelder arbeider som HAB har fremsatt egne plunder og heftkrav for. Det gjelder således VA-anlegget for kommunen, trafikksikkerhetstiltakene, feilene i VIPS-dataene, prosjekteringsgrunnlagene for natursteinsmurene og støyskjermene, de manglende grunnervervene og den endrede vegoverbygningen. Lagmannsretten har ovenfor gjennomgått HABs krav om tilleggsvederlag for disse postene, og kommet til at de ikke kan gis medhold. Lagmannsretten kan heller ikke se at det er grunnlag for tilleggsvederlag som følge av den kumulerte effekten av det samlede endringsvolumet i prosjektet.

De endringsordrene som kommer i tillegg til de som er nevnt, utgjør en så vidt liten del av endringsvolumet at de uansett ikke kan antas å ha påvirket HABs produksjon.

3.14 HABs kalkulasjon av plunder og heft-kravet

3.14.1 Innledning

Etter gjennomgangen over er det lagmannsrettens syn at det ikke er ført tilstrekkelige, tidsnære bevis for at byggherrens forhold forårsaket hindringer for entreprenørens produksjon. Det er da egentlig ikke nødvendig å gå inn på HABs beregning av det tapet man mener å ha lidt som følge av byggherrens forhold.

Siden saken fra begge parter side i stor grad har vært konsentrert rundt HABs kravsberegning, er det likevel naturlig for lagmannsretten å tilkjenne sitt syn på denne.

I etterkant av Høyesteretts dom har medlemmer av HABs prosjektorganisasjon brukt betydelige ressurser for å forsøke å tallfeste tapet de mener å ha lidt som følge av plunder og heft, i tråd med kravene som ble stilt i Høyesteretts dom. Samlet er det krevet tilleggsvederlag for plunder og heft på 23 millioner kroner. Av disse gjelder ca. 15 millioner "effektivitetstap" og ca. 5 millioner er knyttet til behov for økt funksjonærinnsats.

Beregningen av effektivitetstapet er fremlagt i form av et regneark som fulgte som vedlegg til HABs prosesskrift 17. februar 2020. Ved fremleggelsen av regnearket ble fylkeskommunen uttrykkelig bedt om å sette seg inn i beregningsmåten, og oppfordret til å si fra dersom man hadde spørsmål eller innvendinger til beregningsmåten.

Regnearket fremstår som en aggregering av en rekke andre, underliggende regneark for HABs fakturering, som også er fremlagt for lagmannsretten.

3.14.2 Effektivitetstapet

For effektivitetstapet er regnearket bygget opp slik at det for hvert kvartal gjennom hele prosjektet er angitt hvilke av kontraktens hovedprosesser som er blitt påvirket av plunder og heft. Hvilke plunder og heft-forhold som har påvirket, er også angitt for det enkelte kvartal. Det er så angitt hvor stor timerelatert produksjon, angitt som et kronebeløp og etter fradrag av materialkostnader, som er påvirket av plunder og heft. Ut fra dette er det beregnet et beløp for ineffektivitet for hver enkelt påvirket hovedprosess og hvert enkelt kvartal gjennom multiplikasjon med en såkalt "effektivitetsfaktor". Når beløpene for ineffektivitet summeres for alle berørte hovedprosesser og for alle kvartaler, utgjør det samlede ineffektivitetstapet 15,3 millioner kroner etter HABs beregninger.

HAB har anført at dette er den beste og mest nøyaktige beregningsmåten det er mulig å bruke, nå flere år etter gjennomføringen av prosjektet og etter at Høyesterett har gitt retningslinjer for hvilke bevis som må føres for kravet. HAB har med styrke anført at det ikke er praktisk mulig å føre andre bevis for det tapet de har lidt enn gjennom de fremlagte regnearkene. Det er vist til at Høyesterett uttrykkelig åpnet for at kravene til bevis "må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold" og at det må sees hen til den "samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet".

Lagmannsretten har atskillig sympati for HABs synspunkter. Beregningene fremstår som grundige og gjennomarbeidede, og de er trolig vesentlig mer gjennomarbeidet enn det som tidligere har vært krevd i rettspraksis før Høyesteretts retningslinjer i HAB-dommen.

Til tross for dette er det vesentlige innvendinger til HABs metodikk og beregningsmåte. Tilnærmingen er for så vidt forståelig, i den forstand at HAB har forsøkt å utarbeide beregningene i henhold til de krav Høyesterett oppstilte. Bevisverdien av dem er likevel begrenset, fordi de er utarbeidet lenge etter at entreprisen ble utført og fordi de ikke i tilstrekkelig grad bygger på og forklares ut fra HABs vurderinger underveis eller andre

tidsnære bevis. Sammenholdt med at beregningene i all hovedsak er skjønnsbaserte, blir mulighetene for å etterprøve dem nærmest umuliggjort.

Først og fremst er beregningene ikke tilstrekkelig forankret i begivenhetsnære bevis med hensyn til hvilke arbeidsoperasjoner som angivelig har fått nedsatt effektivitet og hvordan byggherreforholdene har påvirket disse.

Metoden HAB har anvendt, tar som nevnt utgangspunkt i at det for hvert kvartal er angitt hvilke byggherreforhold som "påvirket" i det aktuelle kvartalet, og hvilke hovedprosesser som ble påvirket. Effektivitetstapet er således beregnet med utgangspunkt i differansen mellom den totale kontraktssummen (etter fradrag av materialkostnader) og de delene av kontraktssummen som ikke er påvirket av byggherreforholdene. En slik tilnærming har imidlertid slektskap med den "ovenfra og ned"-betraktningen som Høyesterett uttrykkelig tok avstand fra.

Metoden innebærer videre at byggherreforholdene er behandlet "gruppevis", knyttet til stikkord som "stikkrenner", "natursteinsmurer", "kabelomlegging", "grunnverv" osv. Dette er den samme hovedinndelingen som er benyttet over og som også ble benyttet under tingrettens og lagmannsrettens forrige behandling. En slik kategorisering er imidlertid egnet til å skjule at det innen kategorien kan være vidt forskjellige byggherreforhold, og som kan ha påvirket entreprenørens produksjon ganske forskjellig. Når det eksempelvis er vist til stikkordet "VA SLK", er det uklart nøyaktig hvilke sider ved etableringen av det nye VA-anlegget (se pkt. 3.9 over) som påvirket entreprenørens produksjon.

Tilsvarende synes det ikke å tilfredsstillende kravet Høyesterett stiller i avsnitt 66 om at det må føres bevis for "hvilke arbeidsoperasjoner" som er påvirket når det generisk er vist til prosesskodene. Selv om HAB i underliggende regneark har spesifisert påvirkningen på de enkelte prosesskodene, dekker selv disse en rekke, til dels svært ulike, arbeidsoperasjoner.

Når beregningen er gjort med utgangspunkt i prosesskoden, vet en heller ikke hvor på anlegget byggherreforholdet har påvirket entreprenørens produksjon. Prosesskodene i denne entreprisen var ikke "stedskodet" og gjaldt dermed i utgangspunktet hele entreprisen. HAB har til dette anført at nettopp siden kontrakten ikke opererte med stedskoder, er det uten betydning hvor på anlegget byggherreforholdet hindret deres produksjon. Lagmannsretten er ikke enig i det. At prosesskodene er stedskodet, er først og fremst av betydning for kontraktens faktureringsystem. Når det i avsnitt 66 kreves bevis for "hvilke arbeidsoperasjoner" som er påvirket, er det som ledd i entreprenørens ansvar for å føre bevis for at det foreligger byggherreforhold som har forstyrt produksjonen. Lagmannsretten peker her på at Høyesterett i avsnitt 83 understreker at entreprenøren må "påvise konkret" (lagmannsrettens understreking) hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene.

Etter lagmannsrettens syn er det vanskelig å se at entreprenøren har ført bevis for at det foreligger forstyrende byggherreforhold hvis det ikke også bevises hvor på anlegget det

forstyrrende forholdet fant sted. En annen sak er at dette ikke alltid er mulig fullt ut, f.eks. dersom det aktuelle byggherreforholdet er en manglende offentlig tillatelse som byggherren har forpliktet seg til å skaffe, og som nekter entreprenøren å bruke mer enn 50% av vegbredden på anlegget. I et slikt tilfelle er det ikke mulig å si hvor på anlegget byggherreforholdet påvirker, men heller ikke nødvendig, ettersom det forstyrrende forholdet er tilstrekkelig identifisert.

Det er dessuten utilstrekkelig når HABs krav er kalkulert kvartalsvis, etter når den aktuelle prosessen ble utført. Denne måten å angi kravet på innebærer at HAB angir i hvilke kvartal prosessene har vært utført, mer enn når byggherreforholdet har hindret effektiviteten i entreprenørens arbeidsprosesser. Måten innebærer videre at HAB har brukt varigheten av prosessen som målestokk, mer enn varigheten av den forstyrrende aktiviteten. Fylkeskommunen har som eksempel på dette nevnt at "natursteinsmurer" er tatt med i HABs beregning av kravet i alle kvartaler hvor det pågikk arbeid med slike murer, i stedet for å ta utgangspunkt i når det foregikk endringsarbeid på murene.

Lagmannsretten er enig med fylkeskommunen i at HAB i stedet burde ha angitt når det foregikk endrings- eller tilleggsarbeid initiert av byggherrens forhold, og tilsvarende også angitt start- og stopptidspunkt for byggherreforholdene det anføres at har påvirket produksjonen.

Lagmannsretten er enig med fylkeskommunen i at HABs kravsopstilling ikke tilfredsstiller Høyesteretts krav om bevis for "i hvilke perioder" byggherrens forhold hindret effektiviteten i entreprenørens produksjon. Det vises igjen til at Høyesterett la til grunn at årsakssammenhengen for plunder og heft må fastlegges i to trinn, der det i trinn to tas stilling til årsakssammenhengen mellom byggherreforholdene og entreprenørens faktiske merutgifter som følge av disse. Selv om det i dette trinnet "i noen grad" må bygges på et skjønn, jf. avsnitt 87 i Høyesteretts dom, er målsetningen like fullt å finne frem til entreprenørens faktiske merutgifter. I avsnitt 82 ble det fremholdt at entreprenøren ikke alene kunne basere seg på "generelle og overordnede tilnærminger".

Når effektivitetstapet er beregnet gjennom en "ineffektivitetsfaktor", er dette etter lagmannsrettens syn langt på vei nettopp en slik "generell tilnærming" som Høyesterett tar avstand fra. Slik denne faktoren er brukt i HABs beregninger, er den ment som forholdstallet mellom timerelatert produksjon som er påvirket av byggherreforholdene og entreprenørens faktiske merutgifter som følge av disse. En ineffektivitetsfaktor på 0,15, slik eksempelvis tilfellet er for 2. kvartal 2012 på hovedprosess 2, innebærer at HABs merutgifter utgjør 15% av timerelatert produksjon. De ineffektivitetsfaktorene som er satt, varierer fra 0 til 1 for de ulike hovedprosessene/kvartalene, men ligger typisk i området 0,20-0,30.

HAB erkjente under ankeforhandlingen at fastsettelsen av ineffektivitetsfaktor var basert på et skjønn, men har med tyngde vist til at Høyesterett i avsnitt 87 har åpnet for dette.

I praksis er det umulig å anslå et effektivitetstap ved plunder og heft uten bruk av skjønn. Det sentrale i Høyesteretts dom er imidlertid etter lagmannsrettens syn at rommet for skjønn skal snevres inn, ved at det stilles strengere krav til bevisene som underbygger skjønnsutøvelsen. Etter lagmannsrettens syn er det uklart hvilke kriterier som ligger til grunn for fastsettelsen av ineffektivitetsfaktoren. Det er også vanskelig å se hvilken sammenheng det er mellom de bevis som er ført for hvilke byggherreforhold som har påvirket entreprenørens produksjon og valget av ineffektivitetsfaktor.

Lagmannsretten er innforstått med at Høyesterett ikke prinsipielt utelukker at også overordnede og generelle tilnærminger kan ha plass som bevis, jf. avsnitt 82. Men som det også fremgår i slutten av avsnittet, kan det ikke helt unnlates å føre bevis hvilke (konkrete) merutgifter det enkelte byggherreforhold har ledet til, selv om det ikke er mulig gjennomføre fullt ut. Når det, som her, ikke er mulig å overprøve skjønnsutøvelsen, kan et krav på tilleggsvederlag for "plunder og heft" ikke føre frem.

3.14.3 "Funksjonærkravet"

I tillegg til kravet på erstatning for effektivitetstap er det også krevet erstatning for ekstra funksjonærinnsats. Funksjonærinnsatsen består for det alt vesentlige av stikkere og formenn. Kravet er kalkulert slik at HAB har gått gjennom den funksjonærtiden som faktisk er brukt på anlegget, regnet dette om til månedsverk og sammenlignet det med planlagt antall månedsverk. Til sammen gikk det med 99,4 flere månedsverk enn budsjettet. Fra dette tallet er det bl.a. gjort fradrag for 15% egenrisiko, reduksjon for det forliket man oppnådde på EOF 011, prosesser som er gjort opp på regning, og for ulike forhold som ble rettskraftig løst under lagmannsrettens forrige behandling. Etter reduksjoner har HAB beregnet merbruken av funksjonærer til 46,2 månedsverk.

Med en selvkost på 101.000 pr. månedsverk og tillagt 10% for fortjeneste, er "funksjonærkravet" beregnet til kr 5.132.282.

Etter lagmannsrettens syn gjør svakhetene ved HABs kalkulasjon av effektivitetsgevinsten seg også gjeldende for kalkulasjonen av kravet knyttet til ekstra funksjonærinnsats. Også her er kravet beregnet med utgangspunkt i planlagt – budsjettet – forbruk av funksjonærmånedsverk, mer enn at det er beregnet ut fra funksjonærbehovet knyttet direkte til de byggherreforholdene som er påberopt. Det fremstår som uklart hvilke byggherreforhold som ledet til økt behov for funksjonærer i hvilke perioder.

Generelt fremstår det videre som uriktig å ta utgangspunkt i entreprenørens planlagte bruk av funksjonærer. Som påpekt i Høyesteretts dom avsnitt 78, er det ikke noe godt alternativ å basere utmålingen på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter, ettersom en slik fremgangsmåte bl.a. ikke tar høyde for svakheter ved kalkylen. Sagt med andre ord kan det ikke utelukkes at den ekstra funksjonærinnsatsen skyldes at det i utgangspunktet var kalkulert med et for lavt behov.

Det harmonerer dårlig med kravet Høyesterett har stilt om at det må føres bevis for hvilke av entreprenørens arbeidsoperasjoner som er påvirket og som har ført til høyere utgifter til eksempelvis funksjonærinnsats.

Ut fra vitnet Nordmelans forklaring, legger lagmannsretten til grunn at HAB allerede helt i starten brukte et høyt antall funksjonærer. Dette var altså før hovedtyngden av de påberopte byggherreforholdene hadde begynt å gjøre seg gjeldende, og viser etter lagmannsrettens syn at en kalkulasjon med utgangspunkt i planlagt funksjonærinnsats er uheldig.

I tillegg kan det reises enkelte andre innvendinger mot HABs kalkulasjon av funksjonærkravet. For det første kan det spørres om det er riktig at det bare er gjort fradrag for 16,5 måneder etter forliket knyttet for EOF 011. Denne EOF'en gjaldt et tilleggskrav for ekstra stikningsingeniører på totalt 3,66 millioner kroner, og ble forlikt ved at HAB fikk tilkjent halvparten av kravet. Fradraget HAB har gjort på 16,5 månedersverk, innebærer at fradraget settes til størrelsen på forliket og ikke på det kravet HAB gjorde gjeldende. Etter lagmannsrettens syn kan ikke det være riktig. Når et krav forlikes på et lavere beløp enn det kravet opprinnelig utgjorde, må det ha som konsekvens at alle sider av kravet – herunder krav på tilleggskrav for plunder og heft – omfattes av forliket. Kravet på erstatning for merutgifter til ekstra funksjonærinnsats må derfor nedjusteres i samme omfang som forliket. Det innebærer her at det må gjøres fradrag for 33 funksjonærmånedsverk, som svarer til kravet på 3,66 millioner kroner, dividert på den selvkost for funksjonærer som ellers er lagt til grunn (med tillegg av påslaget på 10%).

Dernest er det spørsmål om det fradraget HAB har gjort for arbeid utført på regning, er høyt nok. I sin kalkulasjon har HAB gjort fradrag for 9 månedersverk med "direkte" funksjonærtid for arbeid utført på regning; dvs. arbeid der funksjonærtiden er direkte spesifisert. I tillegg er det gjort fradrag for 3,4 funksjonærmånedsverk knyttet til VA-anlegget for kommunen, ettersom lagmannsretten ved forrige behandling avgjorde at hele dette tilleggsarbeidet skulle gjøres opp etter regning (se over under pkt. 3.9). Fylkeskommunen har anført at det i tillegg til det som er nevnt, også må tas hensyn til de mange andre poster som er gjort opp på regning der utgifter til funksjonærer inngår i påslag på fakturabeløpet.

Denne anførselen er ikke ubegrunnet. Det er på det rene at mye av det endrings- og tilleggssarbeidet HAB har utført i saken, er utført på regning. Det fremgår videre av kontraktens pkt. G2 at regningsarbeid skal gjøres opp etter medgatte timer, der timeprisen "skal inkludere påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste". Det fremgår av fremlagte byggemøtereferater at SVV flere ganger tok opp med HAB at regningsarbeid forutsettes å omfatte indirekte kostnader, uten at det kom noen reaksjon fra HAB på dette.

Fylkeskommunen har i prosedyren anført at det derfor må gjøres ytterligere fradrag for 24,4 funksjonærmånedsverk. Hvordan dette tallet fremkommer, er uklart for lagmannsretten, men heller ikke av betydning. Det sentrale er at det ved beregningen av HABs eventuelle funksjonærkrav må gjøres betydelig fradrag i relevante funksjonærmånedsverk for arbeid utført på regning, fordi omkostninger til funksjonærer ligger innbakt i det HAB allerede har fått oppgjør for.

Endelig er det spørsmål om nivået for HABs egenrisiko, som HAB selv har satt til 15%. Fylkeskommunen har her anført at dette nivået er for lavt, og at det uansett er uriktig å beregne egenrisikoen bare ut fra merforbruket av funksjonærmånedsverk. Heller ikke disse innvendingene er ubegrunnede. Dersom entreprenøren påføres større utgifter på grunn av forstyrrende elementer som byggherren er ansvarlig for, vil det kunne ha konsekvenser for indirekte omkostninger. Et fornuftig mål på størrelsen på den egenrisikoen byggherren må bære, er imidlertid vanskelig å gi uten å se på den samlede funksjonærinnsatsen som var planlagt i prosjektet. Behovet for ekstra funksjonærinnsats må dessuten sees i forhold til kontraktens bestemmelse om at byggherrens rett til å kreve tilleggsarbeider innenfor 15% av netto kontraktssum.

Entreprenøren måtte uansett forvente at funksjonærbehovet ville variere, og godtgjøres jevnt over etter de mengdevariable prosessene i kontrakten. Det er ikke uten videre opplagt at HAB da skal ha krav på at byggherren dekker behov for ytterligere funksjonærer, når omfanget av tilleggsarbeidet ikke overstiger det byggherren uansett har krav på at entreprenøren utfører.

Det er ikke mulig for lagmannsretten å ta stilling til hvilken eksakt egenrisiko HAB måtte bære for det økte funksjonærbehovet. Nivået på 15% som HAB har lagt til grunn, synes imidlertid vel snaut.

3.15 Sammenfatning

Etter en samlet vurdering kan lagmannsretten ikke se at HAB har ført tilstrekkelig bevis for at byggherrens forhold har medført økt behov for funksjonærinnsats ut over det som var påregnelig og påkrevd etter avtalen.

De øvrige elementene i HABs krav på tilleggsvederlag for plunder og heft har direkte sammenheng med effektivitets- og funksjonærkravet. Med lagmannsrettens syn på de sistnevnte er det ikke grunn til å gå inn på disse.

Alt i alt kan kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft ikke føre frem.

4. Tilleggsvederlag for forsering

4.1 Bakgrunnen for kravet

Når det i et entrepriseprojekt inntreffer forhold som er byggherrens risiko, og som gjør at entreprenørens kontraktsforpliktelser hindres, kan entreprenøren være berettiget til å ferdigstille sine kontraktsarbeider senere enn avtalt i kontrakten – såkalt fristforlengelse. Fristforlengelse innebærer at entreprenøren tillates å ferdigstille sin ytelse senere enn avtalt leveringsfrist uten å risikere misligholdsbeføyelser, og fastsettes typisk i dager.

Avslår byggherren et berettiget krav om fristforlengelse, har entreprenøren krav på å forsere. Entreprenørens merutgifter som påløper for å nå avtalt ferdigstillelsesdato kan da kreves erstattet av byggherren.

I denne saken mente HAB seg berettiget til et betydelig antall dager i fristforlengelse, og HAB har også ment at de forserte kontraktsarbeidene for å rekke leveringsfristen 1. juli 2013.

4.2 HABs anførsler

HAB har krav på fristforlengelse knyttet til de samme forhold som begrunner plunder og heft-kravene. Det er åpenbart at de forholdene som begrunner plunder og heft-kravene, hadde tidsmessige konsekvenser for fremdriften. Når byggherren da, nærmest automatisk, avsto dette, har HAB krav på vederlag for forsering.

Den slakken som HAB hadde lagt til grunn i sine fremdriftsplaner kunne HAB disponere fritt, jf. Rt. 2005 side 788 (Oslofjordtunnelen). Dette innebærer at HAB kan kreve vederlag for forsering dersom det inntreffer byggherreforhold som forsinker arbeidet. Fristforlengelsen skal tilsvare den faktiske forsinkelsen.

Kravet om fristforlengelse er beregnet til 23 uker. Det er nøkternt, og sannsynligvis langt lavere enn det reelle forholdet.

Fylkeskommunens påstand om at HAB ikke har forsert, er ny. Dette ble ikke anført for tingretten eller ved lagmannsrettens forrige behandling. Det kan uansett ikke være tvil om at det faktisk ble forsert. HAB varslet også at de forserte, og SVV forsto rent faktisk også det. En annen sak er at det kan være noe uklart når forseringen faktisk startet. Dette må imidlertid sees på noe skjønnsmessig. I virkeligheten har HAB forsert allerede fra vinteren 2012, men beregningsmessig er det lagt til grunn at forseringen først startet i april. Kravet gjelder kun slik forsering.

Fylkeskommunens anførsel om at faktureringsplanen ikke stemmer, beror på en logisk brist. Denne planen er basert på fremdriftsplanen av 18. januar 2012, som er forsert. For øvrig vil entreprenøren ønske fortung betaling.

Det er ikke hold i fylkeskommunens påstand om at forseringskravet er tapt på grunn av manglende angivelse av hva forseringen vil koste. HAB varslet byggherren om kostnadene. Manglende varsling er uansett ikke bortfallsgrunn, jf. Rt. 1999 s. 878 (Bruer over Nitelva).

Det er heller ikke riktig at HAB ikke varslet om forseringen. Dette er avgjort ved lagmannsrettens forrige dom, og partene er enige om at den gamle lagmannsrettens risikovurdering skal legges til grunn.

Forseringskravet kan beregnes på ulikt vis. Et alternativ er å se hen til hva forseringen faktisk kostet. HAB har gjort et anslag på dette som er nøkternt og velfundert.

Et annet alternativ er å beregne kravet på bakgrunn av til den kontraktsbestemte premien for hurtig ferdigstilling som HAB gikk glipp av som følge av alle byggherreforholdene. Det er ikke grunnlag for å avvise dette kravet under henvisning til at det ikke er gjort gjeldende tidligere.

4.3 Fylkeskommunens anførsler

Kontrakten oppstiller flere kumulative vilkår for at defensiv forsering skal kunne iverksettes.

HAB har, i strid med kontraktens punkt C 17.6 tredje ledd, ikke varslet byggherren om forseringen i samsvar med kontrakten. De tre brevene HAB påberoper seg som varsel, er ikke tilstrekkelige.

HAB har dessuten ikke vurdert hva kostnadene ved forsering ville utgjøre. I dette ligger det også at HAB heller ikke har foretatt noen vurdering av om forseringsutgiftene ville være forholdsmessige.

Endelig har HAB heller ikke sannsynliggjort at det var noen forsinkelse i prosjektet som fylkeskommunen var ansvarlig for. Dels har HAB ikke oppfylt sin plikt til å utarbeide fremdriftsplaner, slik kontrakten krever. De fremdriftsplanene som ble fremlagt, var ikke egnet til å måle hvorvidt det forelå en forsinkelse eller et forseringsbehov i prosjektet. Byggemøtereferatene underbygger heller ikke at det forelå noen reell forsinkelse i prosjektet.

HAB har dessuten ikke sannsynliggjort at det forelå krav på tidsforlengelse på grunn av byggherrens forhold. En rekke av HABs egne forhold forstyrret fremdriften i prosjektet. Fylkeskommunen mener dessuten at det ikke foreligger noen plunder og heft-forhold som har hindret HABs produksjon. Byggherren innrømmet dessuten en god del tidstillegg for utførelse av kontraktsarbeid der det har vært grunnlag for det.

HAB har ikke ført bevis for at det ble iverksatt og gjennomført forsering for å hente inn en eventuell forsinkelse som fylkeskommunen skapte. Forseringen skal angivelig ha bestått i

at man tilførte ressurser, hovedsakelig ved å engasjere underentreprenører. Det er imidlertid ikke fremlagt noen dokumenter som viser at det ble tilført noen slike større økonomiske ressurser som forseringen angivelig må ha innebåret. Det er heller ikke fremlagt noen dokumentbevis i form av e-poster, dagboknotater e.l. som viser at det ble hentet inn ressurser for å gjennomføre en betydelig forsering.

Det er heller ikke varslet om forsering underveis. Kravet om forseringsvederlag ble fremmet to måneder etter overlevering. Hverken byggemøtereferater, månedsrapporter eller annen formell dokumentasjon indikerer at HAB forserte arbeidene. Heller ikke faktureringen tyder på dette.

Spesielt til trafikksikkerhetstiltakene er det anført at disse arbeidene ble gjennomført fra mars/april og frem til overleveringen 1. juli 2013. Det gjensto da bare asfaltarbeider, merking, grøntarbeider og skilting. Dette er arbeider HAB ikke har inkludert i sitt plunder og heft-krav, og fremstår således som en erkjennelse av at arbeidet med TS-tiltakene ikke kan ha forstyrret de andre arbeidene som pågikk i denne perioden. Med de ressursene HAB satte på, og som de fikk betalt for på regning, klarte HAB å ferdigstille TS-tiltakene og de øvrige arbeidene til sluttfristen. Det er dermed vanskelig å forstå hva som skulle gjenstå og som det skulle betales forseringsvederlag for.

4.4 Lagmannsrettens merknader

Krav på vederlag for forsering er regulert i kontrakten mellom partene pkt. 17.6, som bestemmer:

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

Forseringsutgifter utover beløp tilsvarende påløpt dagmulkt over samme tidsrom som forseringen, anses for uforholdsmessig store.

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

Slik saken ligger an, er det det siste vilkåret som får avgjørende betydning i denne saken.

Det må understrekes at kontrakten krever at varslingen skal skje skriftlig. Varslingsregelen og skriftlighetskravet har som formål å sikre notoritet for når forseringen startet, men også å sikre at entreprenøren har vurdert spørsmålet om forseringsutgiftene vil bli urimelig store. Varslingsregelen gir byggherren en mulighet til likevel å velge bort forsering, og i stedet akseptere å gi entreprenøren fristforlengelse. Lagmannsretten kan ikke se at det er plass for å fortolke varslingskravet innskrenkende. Det må således kreves at varselet er tydelig med hensyn til at det varsles forsering, og at det er fullstendig, slik at alle krav kontrakten stiller til varselets innhold, er oppfylt. Regelen krever dessuten at forseringen ikke engang påbegynnes før byggherren er varslet om den.

HAB har påberopt seg fire brev, respektive byggemøtereferater, som anføres å være varsel om forsering. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at noen av disse kan forstås som et slikt varsel, og heller ikke at de oppfyller de innholdsmessige krav som er nevnt ovenfor.

I det første av disse, et brev av 31. januar 2012, het det:

HAB Construction AS er meget enig i at det er uheldig at den slakk som var innarbeidet i opprinnelig fremdriftsplan er disponert for å holde sluttfristen i revidert plan av 18.01.2012.

Hovedårsaken til at tidligere slakk er oppbrukt ligger i forhold som byggherren råder over. Det vises til oversendte varsel, 24 stk. totalt, hvorav det er varslet tidskonsekvenser for 14 krav.

Tidskonsekvensene er ennå ikke fullt ut beregnet, men varslet i henhold til kontraktens kap. D2, Spesielle kontraktsbestemmelser, pkt. C 17.5

Alle tidskrav er avvist av byggherren uten at HAB Construction AS har akseptert avvisningen som rettmessig. HAB Construction AS forstod i samarbeidsmøte 2, den 10.01.2012, at en forlengelse av tidsfristen ikke var aktuelt for byggherren, uten at denne problemstillingen ble protokollført. En slakk i en fremdriftsplan er entreprenørens "eiendom". HAB Construction AS befinner seg dermed i en forseringssituasjon som de mener seg berettiget til kompensasjon for i henhold til kontraktens kap. D2, Spesielle kontraktsbestemmelser, pkt. C17.6

For å løse opp i den litt fastlåste situasjonen i prosjektet, foreslår HAB Construction AS at det utbetales en premie i henhold til kontraktens kap. D2, Spesielle kontraktsbestemmelser, pkt. D14, for den tid man blir enige om er forsert.

Henvisningen til at HAB anser seg å være "i en forseringssituasjon" under henvisning til byggherrens tidligere avvisninger av "tidskrav", antyder unektelig at brevet må forstås som et varsel om forsering. Etter lagmannsrettens syn får brevet innhold en litt annen karakter når man ser det i sammenheng med den forutgående korrespondansen. HAB oversendte 19. januar 2012 ny fremdriftsplan til SVV, som var første revisjon av planen etter den som ble inngitt ved oppstart av prosjektet. Det het i brevet at "tidligere innarbeidet slakk i planene er disponert" i den reviderte planen. Det ble ikke nevnt noe her om at HAB mente at de hadde adgang til å forsere.

Etter anmodning fra HAB ga SVV tilbakemelding på planen i brev 27. januar 2012. SVV ga uttrykk for at det var "uheldig" at entreprenøren "på et så tidlig tidspunkt under utførelsen – har funnet det nødvendig å bruke hele den innarbeidede slakken" i den opprinnelige planen.

HAB besvarte dette brevet ved det brevet det er gjengitt fra over. Lagmannsretten oppfatter dette brevet mer som et forsøk på diskusjon om hvordan man kunne bli enige om et økonomisk oppgjør for byggherrens avvisninger av HABs tidskrav. HABs "forslag" var å gjøre opp for forsering etter reglene om ferdigstilling før avtalt overlevering. Dette er et oppgjørsprinsipp som skiller seg fra den kontraktsbestemte beregningsregelen for

forseringskrav og som dermed gjør det vanskelig å oppfatte som et forseringsvarsel i samsvar med kontraktens bestemmelser.

HABs brev 31. januar 2012 mangler dessuten en angivelse av hva forseringen antas å koste, slik kontraktens punkt C17.6 krever.

Også den etterfølgende korrespondansen mellom partene underbygger at brevet ikke var ment som et varsel om forsering. I HABs brev 30. mai 2012 ga HAB uttrykk for at man "[e]tter god flyt på prosjektet den senere tid" så "muligheten" for å forsere arbeidene frem til ferdigstillelse. Også her ble det foreslått at forseringspremien skulle beregnes etter samme prinsipp som den kontraktsbestemte beregningsregelen for forseringskrav.

Etter lagmannsrettens syn viser dette brevet med tydelighet at HAB ikke hadde iverksatt forsering frem til da. Dersom HAB hadde forsert i denne perioden, fremstår brevet som meningsløst. Derimot fremstår det som et tilbud om fortidig ferdigstillelse, etter en periode der entreprenørens arbeid hadde gått greit uten forsering. Heller ikke dette brevet inneholder en angivelse av hva forseringen antas å koste, slik kontrakten krever.

Lagmannsretten peker dessuten på at brevet ble sendt to måneder inn i den perioden HAB nå krevde forseringsvederlag for.

Lagmannsretten nevner ellers at SVV i brev 22. februar 2012, under henvisning til kontrakten, uttrykkelig avviste at HAB var i en forseringssituasjon, fordi forsinkelsene som var inntrådt og som hadde gjort at slakken var "spist opp", skyldtes entreprenørens eget forhold. HAB kom ikke tilbake med protester mot SVVs syn.

Spørsmålet om forsering ble på nytt tatt opp i HABs brev 25. februar 2013. Hverken i dette brevet eller i byggemøtet 24. april 2013 ble det gitt noe kostnadsanslag.

Etter lagmannsrettens syn har HAB ikke gitt byggherren noe varsel om forsering som tilfredsstillende innholdskravene som kontrakten oppstiller. Lagmannsretten kan heller ikke se at SVV forstod at HAB hadde varslet forsering, slik HAB, under henvisning til SVVs brev 22. februar 2012, har anført.

Det er da i utgangspunktet ikke nødvendig å ta stilling til om de øvrige vilkårene for forsering foreligger. Slik saken ligger an, finner lagmannsretten likevel grunn til å gå inn på enkelte av dem.

Som nevnt over, krever kontrakten at byggherren varsles, ikke bare om at det vil bli forsert, men også om de økonomiske konsekvensene av forseringen. Lagmannsretten kan som nevnt ikke se at det er gitt noe slikt varsel. Det er imidlertid heller ikke fremlagt noen bevis som tilsier at HAB innad vurderte størrelsen på forseringskostnadene.

Lagmannsretten kan ikke se at HAB har sannsynliggjort at prosjektet rent faktisk var forsinket av årsaker som byggherren var ansvarlig for. Lagmannsretten er også enig med

fylkeskommunen i at HAB ikke overholdt plikten etter kontrakten til løpende å utarbeide oppdaterte fremdriftsplaner. Disse ville kunne anskueliggjøre hvor langt entreprenøren hadde kommet i prosjektet, og om det i tilfelle forelå et forseringsbehov.

Viktigere er det at det ikke fremkommer noe i de løpende byggemøtereferatene som tilsier at prosjektet var forsinket, i hvert fall ikke i starten av den perioden det er krevet forseringsvederlag for. Fremdrift var et eget punkt som ble gjennomgått på hvert av møtene. Hverken i referatene fra siste kvartal 2011 eller fra 1. kvartal 2012 er det gitt uttrykk for at HAB var forsinket. Det samme gjaldt byggemøtereferatene fra 2. kvartal 2012, og således fra den perioden da forseringen avgivelig skulle ha skjedd. I det siste referatet, fra byggemøtet 20. juni 2012, sier HAB endog at man totalt sett er "foran hovedfremdriftsplan" av 18. januar 2012; at man er kommet opp på ønsket kapasitet og ikke vil øke ytterligere.

I byggemøte nr. 21 den 11. juli 2012 rapporteres det at HAB fremdeles "totalt sett [ligger] foran hovedfremdriftsplan rev. 002 18.01.2012", at man ligger godt an i forhold til fremdrift og at man derfor "ser for seg å trappe ned kapasiteten noe fremover". I det umiddelbart påfølgende byggemøtet 27. juli 2012 rapporterer HAB derimot at man ligger "bak" hovedfremdriftsplanen, men at man likevel kommer til å trappe ned kapasiteten fremover.

Etter lagmannsrettens syn var det en ganske oppsiktsvekkende endring, som – i hvert fall formelt sett – ikke er underbygget med tidsnær dokumentasjon. Endringen synes å ha sammenheng med et "forhandlingsmøte" 21. juni 2012 mellom SVV og HAB, der HAB på nytt la frem forslaget om fortidig levering av arbeidene, mot en premie. Det er på det rene at SVV også da avviste dette forslaget. Bjørn Broderstad forklarte for lagmannsretten at HAB nærmest oppfattet det slik at med mindre HAB droppet alle krav mot SVV, truet man med å slå HAB konkurs.

Konkret hva som skjedde under dette møtet er uklart. Det synes imidlertid på det rene at stemningen mellom partene var anstrengt på grunn av SVVs holdning. Dette er ikke avgjørende for lagmannsrettens vurdering, men forklarer trolig den plutselige endringen i fremdriftsrapporteringen. Det sentrale for lagmannsretten er at det ikke foreligger noen tidsnære bevis for at det den sommeren helt plutselig inntrådte byggherreforhold som gjorde det nødvendig for HAB å forserere.

Det fremgår av byggemøtereferatene høsten 2012 at HAB 10. oktober la frem en ny hovedfremdriftsplan som viste at HABs arbeider var blitt ytterligere forsinket og først ville være ferdige i desember 2013. Byggherren mente fremdriftsplanen var mangelfull, bl.a. fordi den ikke viste kritisk linje og det heller ikke fremgikk dokumentasjon for at HAB hadde krav på fristforlengelse. Lagmannsretten merker seg imidlertid at det verken ble rapportert noen egentlige forsinkelser i byggemøtene, eller varslet forsering i dem. Det fremgår dessuten at det særlig var VA-anlegget for Søndre Land kommune som var

årsaken til at ferdigstillelse ble antatt å bli forsinket. I byggemøtet 16. januar 2013 ble disse arbeidene varslet ferdig i løpet av samme måned, uten at det fremgår av referatene at HAB hadde forsert.

Lagmannsretten er etter ovenstående kommet til at det ikke foreligger tilstrekkelige, tidsnære bevis for at HAB varslet SVV om forsering slik som bestemt i kontrakten. Lagmannsretten ser det videre slik at det ut fra den tidsnære dokumentasjonen som foreligger, er reell tvil om prosjektet virkelig var forsinket av forhold som byggherren var ansvarlig for, og om HAB iverksatte forsering i medhold av kontrakten for likevel å nå den kontraktsbestemte leveringsfristen.

HABs krav på vederlag for forsering tas dermed ikke til følge.

4.5 Saksomkostninger

HABs anke over tingrettens dom har ikke ført frem, og fylkeskommunen har fått medhold fullt ut i de krav som er behandlet ved lagmannsrettens fornyede behandling.

Fylkeskommunen har dermed som utgangspunkt krav på å få dekket sine sakskostnader for lagmannsretten i tråd med tvisteloven § 20-2.

Etter lagmannsrettens syn taler tungtveiende grunner i denne saken for å fritta HAB fra sakskostnadsansvaret. Såvel tingretten som lagmannsretten ved forrige gangs behandling av saken kom til at hver av partene burde bære egne sakskostnader. Også Høyesterett, som behandlet de spørsmål lagmannsretten nå har til behandling, kom til samme resultat.

Etter lagmannsrettens syn står saken med hensyn til avgjørelsen av sakskostnadsansvaret i samme situasjon som tidligere, selv om fylkeskommunen har oppnådd et bedre resultat enn ved de tidligere avgjørelser. Høyesteretts syn på bevisvurderingen for årsakssammenhengen for krav på tilleggsvederlag for plunder og heft, har gjort det nødvendig å gå forholdsvis grundig inn i de enkelte elementene i kravet. HAB er dessuten blitt møtt med et beviskrav som i praksis er strengere enn det man hadde grunn til å anta under utførelsen av entreprisen og på det tidspunkt man hadde mulighet til å sikre dokumentasjon for sine krav.

Lagmannsretten er derfor kommet til at hver av partene må bære sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a).

Lagmannsretten har i samsvar med begge parters ønske vært satt med fagkyndige meddommere. Partene hefter derfor solidarisk for det offentliges utgifter til meddommere. Lagmannsretten er kommet til at det offentliges kostnader til fagkyndige meddommere må bæres likt av partene.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen tvistelovens frist. Årsaken til dette er sakens omfang og øvrige beramminger i lagmannsretten, herunder det forhold at de fagkyndige meddommerne har vært opptatt på annet hold. Partene er imidlertid holdt løpende orientert om når dom kan forventes.

SLUTNING

1. Innlandet fylkeskommune frifinnes for krav på tilleggsvederlag for plunder og heft og for krav om vederlag for forsering.
2. Hver av partene bærer sine sakskostnader for lagmannsretten.
3. Partene bærer kostnader til fagkyndige meddommere likt. Godtgjørelsen til fagkyndige meddommere fastsettes i egen beslutning.

Bjørn Olav Aspelund

Stefan Jørstad

Harald Thoresen

Sverre Webjørn Sundfær

Per Inge Henriksen

*Dokument i samsvar med signert original:
Anita Tyseng (elektronisk signatur)*



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 27.04.2022

Saksnr.: 21-042691ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Konstituert lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Ingvild Mestad
Helge Røstum
Ellen Mo

Meddommere:

Sivilingeniør
Storkundeansvarlig

Johannes Hope
Magnus Thunestvedt

Ankende part

Backe Stor-Oslo AS

Advokat Marius Undersrud
Borgen

Ankemothpart

Elektro-Kontakten AS

Advokat Rolf Wilhelm
Markussen

1.	Innledning.....	4
1.1.	Overordnet om hva tvisten i ankesaken gjelder	4
2.	Sakens bakgrunn	4
3.	Partenes krav og påstander for lagmannsretten	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	BSOs krav og påstand	11
3.3	EKs krav og påstand.....	11
4.	Lagmannsrettens merknader	12
4.1	Behandlingen av kravene	12
5.	Kontraktens fremdriftsforutsetninger.....	12
5.1	Innledning.....	12
5.2	BSOs sentrale anførsler	13
5.3	EKs sentrale anførsler.....	14
5.4	Lagmannsrettens nærmere vurdering	15
6.	EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft.....	23
6.1	Innledning – EKs krav	23
6.2	Bakgrunnen for EKs krav om tilleggsvederlag.....	23
6.3	BSOs sentrale anførsler	26
6.4	EKs sentrale anførsler.....	27
6.5	Lagmannsrettens vurdering	30
6.5.1	Innledning.....	30
6.5.2	Overordnet om kontraktens risikofordeling	30
6.5.3	Forsering og plunder og heft – overordnede rettslige utgangspunkter	32
6.5.4	Om EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse, jf. NS 8417 punkt 33.8.....	36
6.5.5	Om EKs forseringskrav ligger innenfor forholdsmessighetskravet i punkt 33.8	42
6.5.6	Foreløpig oppsummering og overordnet om EKs forseringstiltak	45
6.5.7	Lagmannsrettens syn på EKs krav om tilleggsvederlag for de ulike periodene	46
6.5.7.1	Innledning – EKs reviderte kalkyle (revisjon 1.3) og bemanningsplan.....	46
6.5.7.2	Forsering og plunder og heft for uke 33 til 41 i 2019.....	49
6.5.7.2.1	Forseringskostnader	49
6.5.7.2.2	Plunder og heft.....	59
6.5.7.3	Forsering og plunder og heft for uke 42 til 46 i 2019.....	68
6.5.7.3.1	Forseringskostnader	68
6.5.7.3.2.	Plunder og heft.....	69
6.5.7.4	Forsering og plunder og heft for uke 47 til 51 i 2019.....	71
6.5.7.4.1	Forseringskostnader	71

6.5.7.4.2	Plunder og heft.....	74
6.5.7.5	Forsering og plunder og heft for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020.....	75
6.5.7.5.1	Forseringskostnader.....	76
6.5.7.5.2	Plunder og heft.....	78
6.5.7.6	Forsering og plunder og heft for uke 6 til uke 12 i 2020.....	80
6.5.7.6.1	Forseringskostnader.....	80
6.5.7.6.2	Plunder og heft.....	82
6.6	Særlig om kravet om plunder og heft fra uke 2 til uke 32 i 2019.....	84
6.7	Oppsummering.....	89
7.	EKs krav om tilleggsvederlag for forlenget kontraktperiode – rigg og drift.....	90
7.1	Innledning.....	90
7.2	BSOs anførsler.....	90
7.3	EKs anførsler.....	90
7.4	Lagmannsrettens vurdering.....	91
8.	EKs krav om tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning på grunn av forskjøvet kontraks- og produksjonsperiode.....	96
8.1	Innledning.....	96
8.2	BSOs anførsler.....	97
8.3	EKs anførsler.....	97
8.4	Lagmannsrettens vurdering.....	97
9.	BSOs krav om dagmulkt.....	100
9.1	Innledning.....	100
9.2	BSOs anførsler.....	100
9.3	EKs anførsler.....	101
9.4	Lagmannsrettens vurdering.....	101
10.	BSOs krav om erstatning for brudd på samordningsplikten.....	103
11.	EKs krav om utbetaling av resterende kontraktssum.....	104
12.	Sakskostnader.....	104

Saken gjelder krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft i en totalunderentreprise, samt motkrav om betaling av dagmulkt og erstatning.

1. Innledning

1.1. Overordnet om hva tvisten i ankesaken gjelder

Ankesaken knytter seg til et prosjekt om nybygg og rehabilitering av Slemdal skole i Oslo. Backe Stor-Oslo AS (heretter også «BSO») var totalentreprenør for prosjektet, og inngikk 7. mars 2018 kontrakt med Elektro-Kontakten AS (heretter også «EK») som totalunderentreprenør for elektroarbeidene. Det ble inngått en fastpriskontrakt basert på NS 8417: 2011 (heretter NS 8417). Kontraktssummen var på kroner 31 207 330 (inklusive merverdiavgift).

Sentralt i tvisten står spørsmålet om det er grunnlag for EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering¹ og plunder og heft², som EK hevder skyldes forsinkelser og svikt ved BSOs ytelser som totalentreprenør. EK har videre fremmet krav om dekning av økte kostnader grunnet lønns- og prisstigning som følge av at kontrakts- og produksjonsperioden i kontrakten ble forskjøvet, samt krav om dekning av økte kostnader til rigg og drift. BSO har på sin side fremmet motkrav om at EK må betale dagmulkt for forsinket overtakelse og erstatning for brudd på samordningsplikten i kontrakten.

2. Sakens bakgrunn

Slemdal skole ligger i bydel Vestre Aker i Oslo kommune. I forbindelse med at kommunen ønsket å rehabilitere eksisterende bygninger og utvide skolens funksjonsareal, sendte Undervisningsbygg, nå Oslobygg KF (heretter også «UBF»), prosjektet på anbud 21. juni 2017. Prosjektet omfatter i hovedsak 3 bygg: Hovedbygget, Bygg Nord og Gamleskolen. Hovedbygget består av fire etasjer, hvorav tre av etasjene er skolerom, mens underetasjen består av tekniske rom. Bygg Nord har også fire etasjer, med gymsal i underetasjen og første etasje. Gamleskolen er et noe mindre bygg, med kun to etasjer. Byggenes totale areal er på ca. 10 400 m², hvor ca. 6 600 m² består av nybygg og ca. 3 800 m² består av rehabiliteringsarbeider. Det var med andre ord tale om et sammensatt byggeprosjekt, som omfattet en blanding av både nybygg og eldre bygningsmasse, hvor deler av bygningsmassen også var vernet. Prosjektet omfattet i tillegg arbeider med uteareal, så som belysning, elbilladere og føringer mellom byggene.

¹ Med forsering menes at totalunderentreprenøren må tilføre ekstra ressurser for å hente inn en forsinkelse.

² Plunder og heft er et bransjetrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. I denne sammenheng betyr det at totalunderentreprenøren påføres ekstrautgifter som følge av at forhold på totalentreprenørens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos totalunderentreprenøren, jf. NS 8417 34.1.3 og HR-2019-1225-A avsnitt 54. Lagmannsretten vil gjennomgående bruke begrepene plunder og heft eller ineffektivt drift for å beskrive dette forholdet, og understreker at det skal forstås som synonymmer.

Partene har i ankesaken lagt frem illustrasjoner av skolebygningene. Det er nedenfor klippet inn fra et hjelpedokument fremlagt av EK, som viser de forskjellige byggene med de betegnelsene som er brukt av partene, og som også vil brukes av lagmannsretten:



BSO innga tilbud på prosjektet 15. september 2017 og ble kontrahert som totalentreprenør 3. november 2017. Kontrakten mellom UBF og BSO var basert på NS 8407 (alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser) og kontraktssummen var kroner 372 011 130 (inklusive merverdiavgift). Det ble avtalt en byggetid på totalt 24 måneder regnet fra mottatt rammetillatelse, noe lagmannsretten kommer nærmere tilbake til nedenfor.

BSO hadde ingen egenproduksjon utover rollen som totalentreprenør, men kontraherte en rekke totalunderentreprenører til forskjellige deler av prosjektet. Etter det opplyste har det vært samhandling mellom omlag 55 prosjektaktører.

EK ble invitert til å inngi tilbud på totalunderentreprisen for elektro, og innga slikt tilbud 24. november 2017. Revidert tilbud ble inngitt 3. januar 2018. Det ble avholdt et avklaringsmøte mellom partene 22. januar 2018. Kort tid etter møtet fikk EK beskjed om at de hadde fått tildelt oppdraget. Kontrakt på totalunderentreprisen ble deretter signert 7. mars 2018. Det fremgikk av avtaledokumentet at EKs forpliktelse var å levere «[...] komplett elektroleveranse samt svakstrømleveranse», og at NS 8417 (alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser) gjaldt, med de endringer/avvik som fulgte av avtaledokumentet. I forbindelse med inngåelsen av kontrakten, ble også BSOs kontraktsposisjon overfor rådgivende ingeniør elektro (heretter også «RIE») tiltransportert EK. Som tidligere nevnt ble kontraktssummen på kroner 31 207 330 (inklusive merverdiavgift). Det ble ved avtaleinngåelsen krysset av for at kontraktssummen var fast,

og at den ikke var gjenstand for regulering eller kompensasjon for pris- og lønnsstigning i byggetiden. Det fremgår videre av avtaledokumentet at følgende dokumenter skulle inngå i kontrakten mellom EK og BSO (der TUE er definert som totalunderentreprenør, altså EK, og TE er totalentreprenør, altså BSO):

1. BackeGruppens krav til etisk adferd og samfunnsansvar
2. Dette avtaledokument med særlige kontrakts bestemmelser i kap. 2
3. Byggherrens beskrivelse med funksjonskrav og tegninger som er relevant for TUE, samt de kontrakts bestemmelser i TEs kontrakt med byggherre som er relevant for TUE.
(...)
4. TEs spesielle kontrakts bestemmelser for helse, miljø og sikkerhet (HMS)
5. Referat fra avklaringsmøte/kontraktforhandlingsmøte datert 22.01.2018
6. Grensnittsmatrise datert 15.01.2018
7. Prinsipp grensesnitt og føringsveier dørmiljø
8. TUEs tilbud datert 03.01.2018
9. Tiltransportert kontrakt ECT
10. NS 8417 (av 01.07.11) (vedlegges ikke)

Når det særlig gjelder fremdriften og tidsfrister i kontrakten fremgår følgende av avtaledokumentet punkt 1.9:

TUE skal følge omforent fremdriftsplan og omforent dokumentleveranseplan, samt senere revisjoner av disse. Se for øvrig punkt 2.6 i særlige bestemmelser.

Det er avtalt følgende tidsfrister, jf. NS 8417 pkt. 21.1:

(...)

Byggetid for TUE gjelder med samme vilkår som for TE. Det er 20 mnd byggetid fra

mottatt og godkjent rammetillatelse. Byggetiden inkluderer også IG søknad som først kan søkes etter at rammetillatelse er gitt. Etter byggefasen vil prosjektet gå over i slutfasen som har en varighet på 4 mnd. For mer detaljer rundt slutfasen henvises det til kontraktsunderlaget.

Som tillegg til NS 8417 punkt 21 om fremdrift og samordning ble følgende avsnitt tatt med i avtaledokumentet punkt 2.7.4:

Arbeidet skal skje i samsvar med TEs til enhver tid gjeldende felles fremdriftsplan for prosjektet, inkludert enhver omforent fremdriftsplan mellom TE og byggherren. TUE skal snarest mulig utarbeide fremdriftsplan for sine arbeider innen de rammer TEs fremdriftsplan setter og levere planen til TE for godkjenning. TUE må regne med at han ikke til enhver tid kan oppnå fullt ut optimal fremdrift, og plikter å samordne sin fremdrift med andre aktører i prosjektet.

TUE forplikter seg til å fremskaffe nødvendig prosjekteringsgrunnlag iht. omforent dokumentleveranseplan og utføre nødvendig koordinering mot øvrige prosjekterende. TUE forplikter seg til å rapportere fremdrift for egen prosjektering 1 gang per måned.

TUE må i god tid skriftlig underrette TE om de tegninger, beskrivelser og spesifikasjoner han må ha for å holde fremdriftsplanen og de oppsatte frister. Dette kommer i tillegg til pliktene til TUE som følger av pkt. 25.

Som et tillegg til NS 8417 punkt 37 om overtakelse fremgikk følgende av avtaledokumentet punkt 2.7.10:

Overtakelse skjer samtidig med TEs overtakelse til byggherre. Dette gjelder også for delovertakelse med byggherre.

Dette innebar at EK ikke kunne overlevere elektroarbeidene før BSO overleverte kontraktsarbeidene til byggherren UBF.

I avtaledokumentet var det videre inntatt en «Back to Back»-bestemmelse i punkt 2.13. Av denne fremgikk det at TUE (dvs. EK) skal ha de samme rettigheter og forpliktelser og ansvar overfor TE (dvs. BSO) som TE har overfor byggherren UBF. Videre at «[...] TUE ikke får dekket krav på fristforlengelse og vederlagsjustering, herunder rigg og drift, med mindre dette blir akseptert av byggherren». Det var samtidig presisert at dette ikke gjaldt «[...] der TUEs krav relaterer seg til forhold TE selv er ansvarlig for, og som ikke kan videreføres til BH».

Som det fremgår av redegjørelsen over, var det i kontrakten avtalt at byggetiden for EK gjaldt med samme vilkår som for BSO overfor byggherren UBF. I begge relasjoner var det avtalt en byggetid på 20 måneder «fra mottatt og godkjent rammetillatelse», jf. punkt 1.9.1 i avtalen mellom BSO og EK. I tillegg fremgikk at prosjektet skulle ha en «slutfase som har en varighet på 4 mnd», noe som innebar en kontraktsperiode på totalt 24 måneder regnet fra rammetillatelsen.

Opprinnelig var det planlagt at det skulle søkes om én rammetillatelse for prosjektet. Etter avklaringer med plan- og bygningsmyndighetene ble det likevel bestemt at det skulle gis separate rammetillatelser for byggene. Rammetillatelse for Bygg Nord forelå 23. mars 2018, og for Hovedbygget 20. april 2018. Rammetillatelsen for Gamleskolen forelå først 8. februar 2019. Det ble senere avtalt mellom BSO og UBF at byggetiden skulle regnes fra rammetillatelsen forelå for Hovedbygget 20. april 2018. Kort tid etter ble det også avklart mellom BSO og EK at fristen skulle regnes fra 24. april 2018, noe som innebar at overtakelse etter kontrakten skulle skje 24. april 2020, hvilket også ble den dagmulktbelagte fristen etter kontrakten. Dette ble også videreført overfor EK.

For tingretten gjorde EK gjeldende et annet syn på kontraktens frister enn det som fremgår over. For lagmannsretten er det uomtvistet at kontraktens tidsfrister skal regnes fra 24. april 2018. Med en byggetid på 20 måneder og en slutfase på 4 måneder, innebar dette at fristen for mekanisk ferdigstilling i utgangspunktet var ved årsskiftet 2019/2020 og at

fristen for overtakelse var 24. april 2020. For Gamleskolen ble det fastsatt en særskilt frist for mekanisk ferdigstilling 16. mars 2020, som følge av at man avdekket asbest i bygningen i forbindelse med riving sommeren 2019. De nevnte fristene ble senere utsatt, noe lagmannsretten kommer tilbake til i premissene.

Når det gjaldt gjennomføringen, er det på det rene at det var helt begrenset med aktivitet fra EKs side på byggeplassen i 2018. Etter EKs syn oppsto det vesentlige forsinkelser i den forutsatte fremdriften i prosjektet i løpet av 2019, med betydelige konsekvenser for elektroarbeidene. EK varslet om dette og fremsatte krav om fristforlengelse frem mot sommeren 2019, men dette ble i all hovedsak avvist av BSO. Den 20. mai 2019 innvilget BSO likevel fristforlengelse for mekanisk ferdigstilling til 23. februar 2020, men fastholdt samtidig fristen for overtakelse 24. april 2020. Frem mot sommeren 2019 varslet EK om det selskapet mente var ytterligere betydelige forsinkelser. I brev 2. september 2019 varslet EK om at det ville bli iverksatt en rekke forseringstiltak for å overholde kontraktens frister, og det ble samtidig utarbeidet anslag over de fremtidige forseringskostnadene.

Fra høsten 2019 iverksatte EK omfattende forseringstiltak. EK hevder dette skyldes vesentlige forsinkelser og svikt i ytelsene fra BSO som totalentreprenør. BSO har bestridt at det har vært grunnlag for fristforlengelse og forsering. BSOs syn er at eventuelle fremdriftsutfordringer og øvrige forstyrrelser av elektroarbeidene ligger innenfor hva EK måtte påregne etter kontrakten, sett hen til prosjektets karakter og EKs plikt til å samordne sine arbeider med de andre entreprenørene.

EK varslet om ytterligere forsinkelser og fremsatte nye krav om fristforlengelse frem mot prosjektets sluttfrist i 2020, men også disse kravene ble bestridt av BSO. EK utarbeidet i denne perioden fremdriftsvarsler og forseringsrapporter, som skulle underbygge forsinkelsene og kostnadene ved forsering og plunder og heft. Det foreligger en omfattende korrespondanse mellom partene i denne perioden. EK fremsatte etter hvert krav om tilleggsvederlag for disse kostnadene, som ble bestridt av BSO. Da det ikke ble enighet mellom partene, tok EK ut stevning 29. januar 2020. Søksmålet gjaldt en rekke krav, men var primært knyttet til forseringen. BSO innga tilsvarende 8. mai 2020, og la ned påstand om frifinnelse. BSO trakk etter hvert inn motkrav på dagmulkt og erstatning.

Parallelt med søksmålet pågikk byggearbeidene. Det ble oppnådd mekanisk ferdigstilling av elektroarbeidene innen den reviderte fristen 23. februar 2020 for Hovedbygget og Bygg Nord, og for Gamleskolen 16. mars 2020. Derimot ble det ikke oppnådd overtakelse av elektroarbeidene innen sluttfristen 24. april 2020. Partene er uenige om hva som er årsaken til dette, og lagmannsretten kommer tilbake til dette i premissene. Prosjektet som sådan ble først overtatt av byggherren UBF 13. juli 2020.

Ettersom sluttoppgjøret ikke var ferdig da saken sto for tingretten, ble pådømmelsen av søksmålet delt, slik at BSOs motkrav på dagmulkt og erstatning, samt EKs krav på

utbetaling av restbeløpet på kontraktssummen, ble behandlet i en egen dom som ble avsagt noe senere.

Når det gjaldt EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft, samt enkelte endringskrav, avsa Oslo tingrett 25. januar 2021 dom med slik domsslutning:

1. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 4 844 815 – firemillioneråttehundreogførtifiretusenåttehundreogfemten – kroner eksklusiv merverdiavgift for krav på dekning av forseringskostnader, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - a. av 1 536 119 kroner fra 29. november 2019,
 - b. av 784 022 kroner fra 29. desember 2019 og
 - c. av 2 524 674 kroner fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
2. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 5 516 040 – femmillionerfemhundreogsekstentusenogførti – kroner eksklusiv merverdiavgift for krav knyttet til ineffektiv drift, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - a. av 3 027 600 kroner fra 29. november 2019,
 - b. av 1 051 560 kroner fra 29. desember 2019 og
 - c. av 1 436 880 kroner fra 1. mars 2020.og til betaling skjer.
3. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 87 758 – åttisjutusensjuhundreofemtiåtte – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av forlenget byggetid, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
4. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 322 278 – trehundreogtjueotusentohundreogstøttiåtte – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av prisstigning i forskjøvet produksjonsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 11. desember 2020 og til betaling skjer.
5. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 371 524 – trehundreogstøttientusenfemhundreogtjuefire – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av bestilling av ekstra kortlesere, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 30. oktober 2020 og til betaling skjer.
6. Elektro-Kontakten AS har krav på tilleggsvederlag for arbeidet varslet i endringsmelding 55 (dørholdermagneter).
7. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 180 000 – etthundreogåttitusen – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av ineffektiv drift knyttet til SD-anlegg og varmesentral (endringsmelding 53), med tillegg av forsinkelsesrenter fra 30. oktober 2020 og til betaling skjer.

8. Backe Stor-Oslo AS frifinnes for krav fremmet i endringsmelding 31 (merkostnader forbundet med levering av kortlesere og dørautomatikk), endringsmelding 54 (sprinkelsentral) og endringsmelding 49 (optisk varsling).
9. Backe Stor-Oslo AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å erstatte Elektro-Kontakten AS' sakskostnader med 1 578 000 – enmillionfemhundreogstøttiåttetusen – kroner. I tillegg kommer rettens gebyrer med 33 988 kroner samt kostnader til fagkyndige meddommere.

Når det gjaldt BSOs motkrav, og EKs krav på utbetaling av restbeløpet på kontraktssummen, avsa Oslo tingrett 26. februar 2021 dom med slik domsslutning:

1. Elektro-Kontakten AS frikjennes for krav om dagmulkt og erstatning for brudd på samordningsplikten.
2. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å utbetale til Elektro-Kontakten AS resterende kontraktsbeløp på kr 1 272 439 – enmilliontohundreogsyttitotusenfirehundreogtrettini – eks. mva innen to uker fra forkynnelse av dommen.
3. Backe Stor-Oslo AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å erstatte Elektro-Kontakten AS' sakskostnader med 246 700 – tohundreogførtisekstusensjuhundre – kroner. I tillegg kommer rettens gebyrer og kostnader til fagkyndige meddommere.

BSO påanket tingrettens dom 26. februar 2021 i sin helhet. For tingrettens dom 25. januar 2021, påanket BSO domsslutningen punkt 1 til 4, 6, 7 og 9. EK innga avledet anke over tingrettens dom 25. januar 2021 domsslutningen punkt 3, 7 og 8. For øvrig la EK ned påstand om at anken over begge dommene ble forkastet.

Ankeforhandling i saken ble holdt 25. januar til 11. februar 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt 14 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

3. Partenes krav og påstander for lagmannsretten

3.1 Innledning

Som nevnt gjaldt tingrettens dom også flere endringskrav. Samtlige av endringskravene som ble behandlet av tingretten har imidlertid blitt forlikt av partene underveis i saksforberedelsen for lagmannsretten. Dette innebærer at kravene avgjort i punkt 6,7 og 8 i tingrettens domsslutning i dommen 25. januar 2021 ikke lenger er tema. Slik saken står for lagmannsretten, er den avgrenset til EKs krav om dekning av kostnader til forsering og plunder og heft, samt krav om dekning av kostnader for forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode. I tillegg gjelder saken BSOs motkrav om dagmulkt og erstatning.

På samme måte som tingretten, finner lagmannsretten det hensiktsmessig å strukturere dommen slik at det innledningsvis gis en oversikt over partenes krav og påstander. En nærmere redegjørelse for partenes anførsler vil bli gitt under drøftelsen av det enkelte krav og tvistepunkt nedenfor.

3.2 BSOs krav og påstand

BSO gjør gjeldende at det ikke er grunnlag for å tilkjenne EK tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft, eller for lønns- og prisstigning og rigg og drift. BSO gjør gjeldende at tingretten i dommen 25. januar 2021 har foretatt feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse, og påstår seg frifunnet.

BSO fastholder samtidig kravene om at EK må betale dagmulkt og erstatning for brudd på samordningsplikten. BSO gjør gjeldende at tingretten i dommen 26. februar 2021 har foretatt feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse.

BSO har lagt ned følgende påstand for lagmannsretten:

1. Backe Stor-Oslo AS frifinnes.
2. Elektro-Kontakten AS dømmes til å betale til Backe Stor-Oslo AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn.
3. Elektro-Kontakten AS dømmes til å erstatte sakskostnadene til Backe Stor-Oslo AS for tingretten og lagmannsretten.

3.3 EKs krav og påstand

EK gjør gjeldende at tingretten har foretatt riktig rettsanvendelse og bevisbedømmelse i begge dommene og at BSOs anke over begge dommene må forkastes. EK har imidlertid inngitt avledet anke over tingrettens utmåling av tilleggsvederlag for kostnader til rigg og drift i domsslutningen punkt 3 i dommen 25. januar 2021.

EK fastholder kravene på tilleggsvederlag, som er som følger:

- Krav på tilleggsvederlag for forseringskostnader i uke 33 (2019) til uke 12 (2020) på til sammen kroner 4 844 815
- Krav på tilleggsvederlag for plunder og heft fra uke 2 til 32 (2019), og uke 33 til 12 (2020) på til sammen kroner 5 516 040
- Krav om dekning av kostnader for lønns- og prisstigning på grunn av forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode på kroner 322 278
- Krav om dekning av kostnader for økte kostnader til rigg- og drift på grunn av forlenget kontraktsperiode fra 24. april 2020 til 13. juli 2020 på kroner 218 451

EK har lagt ned følgende påstand for lagmannsretten:

1. Anken forkastes for domsslutningens punkt 1,2, 4 og 9 i Oslo tingretts dom av 25.01.21.
2. Anken forkastes for domsslutningen punkt 1,2 og 3 i Oslo tingretts dom av 26.02.21
3. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kr. 218 451,- ekskl. mva som følge av forlenget byggetid fra 24.04.20 til 13.07.20, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
4. Elektro-Kontakten AS tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten, herunder dømmes Backe-Stor Oslo AS til å dekke utgiftene til de fagkyndige meddommerne.

4. Lagmannsrettens merknader

4.1 Behandlingen av kravene

Lagmannsretten vil i all hovedsak følge samme disposisjon som tingretten ved behandlingen av kravene i ankesaken.

I punkt 5 behandles kontraktens fremdriftsforutsetninger. I punkt 6 behandles EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft. I punkt 7 og 8 behandles EKs krav om dekning av økte kostnader grunnet forlenget kontrakts- og produksjonsperiode. I punkt 9, 10 og 11 drøftes BSOs motkrav om dagmulkt og erstatning for brudd, samt spørsmålet om tilbakehold av restbeløpet på kontraktssummen. I punkt 12 tas stilling til sakskostnadene.

5. Kontraktens fremdriftsforutsetninger

5.1 Innledning

EKs krav om tilleggsvederlag bygger på at den planlagte fremdriften og utførelsen av elektroarbeidene ble vesentlig forsinket, og at dette skyldes forhold BSO som totalentreprenør har risikoen for. Spørsmålet om hvilke fremdriftsforutsetninger som følger av kontraktsforholdet mellom partene er derfor av sentral betydning for avgjørelsen av EKs krav om tilleggsvederlag. Ettersom dette spørsmålet er av gjennomgripende betydning for avgjørelsen av kravene om tilleggsvederlag, finner lagmannsretten, på samme måte som tingretten, grunn til å behandle spørsmålet om kontraktens fremdriftsforutsetninger først, før det konkret tas stilling til EKs krav om tilleggsvederlag.

Som nevnt foran var partene for tingretten også uenige om byggetiden i prosjektet. For lagmannsretten er partene enige om at kontraktens byggetid er 24 måneder (20 måneder byggetid + 4 måneder slutfase), og at byggetiden skal regnes fra tidspunktet da rammetillatelsen forelå for Hovedbygget 20. april 2018.

Både for tingretten og lagmannsretten har EK anført at den fremdriftsplanen som ble utarbeidet 26. november 2018 er den *omforente* fremdriftsplanen i kontraktens forstand, som kravene om fristforlengelse og tilleggsvederlag må vurderes mot. I tingrettsdommen og av partene er denne planen omtalt som 26/11-planen, og lagmannsretten vil for enkelhets skyld gjøre det samme. Lagmannsretten bruker også gjennomgående forkortelsen TE om totalentreprenøren i prosjektet, dvs. BSO, og TUE om totalunderentreprenøren, dvs. EK.

5.2 BSOs sentrale anførsler

Tingretten har lagt til grunn feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse når den har kommet til at 26/11-planen skal regnes som den «omforente» fremdriftsplanen etter kontrakten. Det er grunnleggende feil når tingretten har tillagt fremdriftsplanen en slik status, og vurderer EKs krav om tilleggsvederlag for forsering og plunder og heft opp mot denne. Fremdriftsplaner er ikke bindende som sådan, og de kan endres fortløpende i prosjektet, jf. Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen).

Den riktige tilnærmingen er å vurdere om EK har måttet omlegge fremdriften og utførelsen av elektroarbeidene i større grad enn det kontraktsdokumentene og prosjektets karakter tilsa. Dette må ses i sammenheng med EK hadde en skjerpet samordningsplikt i kontrakten, jf. kontrakten punkt 2.7.4. EK måtte derfor forvente betydelig grad av tilpasning og fleksibilitet ved fremdriftsplanleggingen og utførelsen av elektroarbeidene innenfor den avsatte byggetiden. EK hadde ikke grunn til å forvente en «normal» utførelse, og kunne heller ikke basere seg på at arbeidene kunne planlegges og utføres sekvensielt, slik tingretten feilaktig har lagt til grunn. Ved kontraktsinngåelsen forelå det ingen fremdriftsplan for tekniske fag som kunne gi grunnlag for en slik forventning. EK måtte i så fall tatt forbehold om at tilbudet var basert på en slik forutsetning, noe EK ikke har gjort. Det må videre legges vekt på at EK var kjent med at Slemdal skole var et krevende prosjekt, og at det på tidspunktet for kontraktsinngåelsen var stor usikkerhet om gjennomføringen og hva som ville kreves av samordning med andre sideentreprenører.

Når det konkret gjelder 26/11-planen, bestrider BSO at denne hadde en annen status enn de øvrige fremdriftsplanene. Verken ordlyden eller andre tidsnære bevis underbygger en slik forståelse. Som overskrift på planen sto det «under utarbeidelse/prinsipp på fremdriftsplan», noe som klart taler mot at dette var den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. Videre fulgte det av kontrakten punkt 2.7.4 at EK hadde forpliktet seg til å utføre arbeidet i henhold til den til «enhver tid gjeldende fremdriftsplan for prosjektet». Det er derfor feil å se det slik at senere revisjoner av 26/11-planen innebar en forsinkelse som kunne gi grunnlag for fristforlengelse. 26/11-planen var heller ikke fullstendig, ettersom den manglet en rekke aktiviteter i planen. Dette taler klart mot å tillegge planen

den betydning som tingretten har gjort. Det er ikke sannsynliggjort at EK foretok en revidert bemanningsplanlegging og rekalkyle basert på denne versjonen av planen.

5.3 EKs sentrale anførsler

EK slutter seg til tingrettens dom, og anfører at både rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen er korrekt når det gjelder vurderingen av kontraktens fremdriftsforutsetninger.

Fremdriftsplanen er et helt sentralt planleggings- og styringsverktøy i en entreprise, ikke minst i en kontrakt som involverer et stort antall aktører og som krever en utstrakt grad av koordinering. Kontrakten forutsatte at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan som aktørene, inkludert EK, kunne planlegge arbeidene etter, og varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot. En rasjonell fremdriftsplan er særlig viktig for elektro, som gjennomgående ligger på kritisk linje i prosjektet og som er avhengig av at foranliggende fag har ferdigstilt sine arbeider. Det er BSO som totalentreprenør som har hovedansvaret for å få på plass en slik plan, og som har mulighet til å koordinere de ulike aktørene og sikre en god fremdrift innenfor den avsatte byggetiden.

På kontraktstidspunktet hadde EK grunn til å forvente at partene utarbeidet en omforent fremdriftsplan som la til rette for en rasjonell drift, og med en normal produksjonsrekkefølge på elektroarbeidene. Det bestrides ikke at EK har en samordningsplikt som gjør at en ikke kan forvente optimal fremdrift. Det er derimot ikke holdepunkter i kontrakten for at EK skulle tatt høyde for en fremdrift med utstrakt grad av parallelle aktiviteter og med stadige forskyvninger av når elektroarbeidene skulle utføres.

26/11-planen var den «omforente» planen i kontraktens forstand, som EK kunne planlegge produksjonen etter, og varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot. Det er ikke avgjørende at det i overskriften står «under utarbeidelse/prinsipp på fremdriftsplan», noe som for øvrig kun var synlig ved utskriftvisning. At dette var den omforente planen etter kontrakten, underbygges av tidsnære bevis, planens innhold og måten den kom i stand på. Dette var en felles plan hvor aktørenes aktiviteter for alle plan i Hovedbygget og Bygg Nord var lagt inn, med unntak av underetasjene og Gamleskolen. EK hadde ut fra 26/11-planen grunn til å forvente en produksjonsperiode på om lag 46 uker, og med normale avhengigheter og hvor produksjonen gikk sekvensielt, og ikke parallelt.

Dersom ikke 26/11-planen var den omforente planen etter kontrakten, må det i så fall anses som et alvorlig kontraktsbrudd av BSO at en slik plan ikke var på plass før EKs oppstart av elektroarbeidene. Det at det står i kontrakten punkt 2.7.4 at EK skal følge den til enhver tid gjeldende fremdriftsplanen, kan ikke forstås slik at EK måtte finne seg i å stadig skyve på elektroarbeidene uten mulighet til å kreve fristforlengelse. Dette punktet i kontrakten sikter til en arbeidsplikt, og regulerer ikke om EK kan kreve fristforlengelse.

5.4 Lagmannsrettens nærmere vurdering

Lagmannsretten tar som overordnet utgangspunkt at fremdriftsplanen er et sentralt styrings- og planleggingsverktøy i kontraktsgjennomføringen, både for totalentreprenøren og totalunderentreprenøren. Dette gjelder ikke minst i et prosjekt av denne karakter, hvor BSO valgte som kontraktsstrategi å kontrahere et stort antall totalunderentreprenører med gjensidige avhengigheter av hverandre. Dette stiller store krav til koordinering og samordning av aktørene og deres aktiviteter. En omforent og gjennomarbeidet fremdriftsplan er et viktig verktøy for at dette skal løses på en god måte. Lagmannsretten understreker i den forbindelse at hovedansvaret for å få frem en slik fremdriftsplan og koordinere aktørene i prosjektet ligger på totalentreprenøren. I kommentarutgaven til NS 8407 av Nordtvedt mfl. (2020) s. 292 står det følgende om fremdriftsplanens betydning i innledningen til kapittel 21 i standarden (som tilsvarende kapittel 21 i NS 8417):

Regler om fremdrift og samordning er en sentral del av en entrepriseavtale. Gjennom slike regler legges en plan for den tidsmessige utførelsen av arbeidet og samvirket mellom de aktørene som deltar i prosjektet. Ivaretagelse av pliktene som knytter seg til dette, er derfor sentralt for å unngå forsinkelser og øvrige fremdriftsmessige problemer ved utførelsen. Det er et utstrakt samspill mellom regler om utarbeidelse av fremdriftsplan og reglene om varsling ved avvik og, ikke minst, reglene om totalentreprenørens plikt til å samordne sin aktivitet med øvrige aktører i prosjektet for at fremdriftsplanen best mulig skal kunne oppfylles.

Det første spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til når det gjelder fremdriftsforutsetningene i kontraktsforholdet, er hvilke berettigede forventninger EK hadde grunn til å ha om dette ved kontraktsinngåelsen.

På tidspunktet for kontraktsinngåelsen forelå det ingen fremdriftsplan for prosjektet som klargjorde rammen for når elektroarbeidene skulle utføres innenfor den avsatte byggetiden. I fravær av en slik fremdriftsplan, er det spørsmål om hva EK som totalunderentreprenør for elektroarbeidene hadde grunn til å forvente om fremdriften. Slik lagmannsretten ser det, må dette bero på en samlet vurdering av kontraktsdokumentene og beskrivelsen av arbeidenes karakter og omfang. På dette punktet er lagmannsretten enig med tingretten i at EK på kontraktstidspunktet hadde grunn til å forvente at byggeprosjektet hadde en relativt normal fremdrift og koordinering av totalunderentreprenørene. Det var ingen særskilte opplysninger i kontraktsdokumentene som tilsa at man måtte påregne en uvanlig fremdrift i prosjektet, som for eksempel at arbeidene i stor utstrekning måtte utføres parallelt i de ulike byggene. Lagmannsretten kan i all hovedsak slutte seg til tingrettens vurdering og begrunnelse på side 16 i dommen. Tingretten skriver der følgende:

Etter tingrettens syn hadde EK på kontraktstidspunktet en berettiget forventning om at byggeprosjektet – innenfor de 18 måneder som var satt av til selve utførelsen og gitt prosjektets omfang og karakter – hadde en noenlunde normal fremdrift hos

øvrige fag og med normalt god samordning og koordinering av totalunderentreprenørene. Det var tale om et sammensatt prosjekt, med nybygg, rehabilitering, tilbygg og påbygg. Elektroentreprisen fremstår i seg selv som ordinær, men også den sammensatt og omfattende. Både systemene som skulle installeres og avhengighetene til andre fag var normale. Etter rettens syn hadde EK en berettiget forventning om en relativt normal produksjonsrekkefølge på elektroaktiviteter, og det var ikke noe i kontrakten eller kontraktsgrunnlaget som tilsa en unormalt komprimert produksjon for elektroentreprisen.

BSO har anført at tingrettens vurdering av dette er feil, og at tingretten har undervurdert kompleksiteten og omfanget av arbeidene. Det anføres videre at EK ikke hadde noen berettiget grunn til å forvente en «normal» produksjonsrekkefølge, hvor elektroarbeidene kunne planlegges og utføres sekvensielt. BSO anfører at EK ved kontraktsinngåelsen måtte forvente en betydelig grad av tilpasning og fleksibilitet ved utførelsen av elektroarbeidene.

Selv om prosjektet Slemdal skole var et sammensatt prosjekt med ulike bygningstyper og flere «prosjekter i prosjektet», slik BSO har omtalt det, kan ikke lagmannsretten se at elektroentreprisen i seg selv kan betegnes som særskilt kompleks eller utfordrende. Det er heller ikke ført bevis i ankeforhandlingen som kan underbygge noe slikt. Slik lagmannsretten ser det, var det heller ikke noe i kontraktsdokumentene som tilsa at EK måtte påregne noe annet enn en noenlunde normal produksjonsrekkefølge på elektroaktivitetene, eller at det i stor utstrekning måtte forventes at elektroaktivitetene ble utført parallelt, og ikke sekvensielt. Som lagmannsretten kommer til, var det i kontraktsdokumentene forutsatt at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan. Etter lagmannsrettens syn hadde EK rimelig grunn til å forvente at man arbeidet frem en fremdriftsplan hvor de ulike fagområdene med gjensidige avhengigheter av hverandre var koordinert, og hvor det var lagt opp til en normal produksjonsrekkefølge på de sentrale elektroaktivitetene. Dette innebar ikke at EK hadde grunn til å forvente at fremdriftsplanen og utførelsen ble uten endringer eller forskyvninger, men derimot at dette var utgangspunktet for produksjonen som selskapet kunne planlegge etter.

BSO anfører at spørsmålet om hva EK kunne forvente om fremdriften må ses i lys av at det i kontrakten var inntatt en bestemmelse som skjerpet EKs samordningsplikt, sammenlignet med hva som ellers følger av NS 8417 punkt 21.4. Av sistnevnte bestemmelse fremgår det følgende om TUEs samordningsplikt:

TUE har plikt til å samordne sin fremdrift og utførelse med sideentreprenører og øvrige aktører i prosjektet. Disse forpliktelsene gjelder bare innenfor de rammer som er påregnelige etter kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprisenes antall, art og fremdrift.

Som et tillegg til denne bestemmelsen var det i kontrakten punkt 2.7.4 tatt inn følgende:

TUE må regne med at han ikke til enhver tid kan oppnå fullt ut optimal fremdrift og plikter å samordne sin fremdrift med andre aktører i prosjektet.

Lagmannsretten kan ikke se at kontrakten punkt 2.7.4 skjerper samordningsplikten utover det som følger av standarden og rettspraksis, jf. HR-2019-1225-A avsnitt 55. Det er derfor vanskelig å se at bestemmelsen tilsa at EK måtte forvente en større grad av tilpasning og fleksibilitet enn det som er normalt ved en slik elektroentreprise. Lagmannsretten vil samtidig legge til at kontraktsgjennomføringen var organisert ved å kontrahere et stort antall totalunderentreprenører. EK måtte derfor påregne en god del samordning med sideentreprenørene i prosjektet, noe lagmannsretten kommer tilbake til ved drøftelsen av EKs krav om tilleggsvederlag. Den kontraktsstrategien som ble valgt, forutsatte samtidig en betydelig grad av koordinering av underentreprenørene, noe som var BSOs ansvar som totalentreprenør. I denne sammenheng spiller fremdriftsplanen naturligvis en sentral rolle.

Etter lagmannsrettens syn var det videre en forutsetning etter kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan som de ulike totalunderentreprenørene kunne planlegge sine aktiviteter etter. Etter NS 8417 har en slik fremdriftsplan flere rettsvirkninger, og i vår sammenheng er det sentrale at eventuelle avvik og forsinkelser etter denne planen kan gi totalunderentreprenøren rett til å kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering, jf. NS 8417 kapittel 33 og 34. I kontrakten mellom partene er det flere bestemmelser som legger opp til at det skal etableres en omforent fremdriftsplan, og at planen har de rettsvirkninger som er nevnt over. Lagmannsretten viser til NS 8417 punkt 21.2 første ledd som fastslår følgende:

Er ikke annen frist avtalt, skal TUE innen fire uker etter kontraktsinngåelsen utarbeide og fremlegge fremdriftsplan. Fremdriftsplanen skal vise både TUEs ytelser og hvilke av totalentreprenørens ytelser disse er avhengig av. Fremdriftsplanen skal holde seg innenfor de rammer som er angitt i kontrakten, og spesifiseres slik at fremdriften kan kontrolleres av totalentreprenøren.

[...]

Hvis TUE har krav på fristforlengelse, skal fremdriftsplanen justeres tilsvarende

Partene hadde i kontraktens punkt 2.7.4 avtalt følgende tillegg til dette punktet i standarden:

Arbeidet skal skje i samsvar med TEs til enhver tid gjeldende felles fremdriftsplan for prosjektet, inkludert enhver omforent fremdriftsplan mellom TE og byggherren. TUE skal snarest mulig utarbeide fremdriftsplan for sine arbeider innen de rammer TEs fremdriftsplan setter og levere planen til TE for godkjenning.

I kontrakten punkt 2.7.5 var det videre tatt inn et tillegg til standardens punkt 21.3, hvor det fremgikk følgende:

Unnlater TUE å gi varsel om avvik vedrørende fremdrift, kan TE kreve erstatning for det tap eller forsinkelse som kunne vært unngått dersom varsel var gitt.

[...]

Utenfor de tilfeller hvor TE kan kreve intervensjon i medhold av pkt. 21 («vesentlig hindret») kan TE også kreve intervensjon i TUEs arbeid, når TUE er forsinket eller det er klart at TUE vil bli forsinket i forhold til deres felles fremdriftsplan

EK kunne etter disse kontraktsbestemmelsene holdes erstatningsansvarlig ved unnlatelse av å varsle om avvik fra den forutsatte fremdriften. Videre kunne BSO kreve intervensjon i EKs arbeid dersom TUE var forsinket «i forhold til deres felles fremdriftsplan». Det var videre i kontrakten punkt 1.9 om tidsfrister, og i referatet fra avklaringsmøtet punkt 5.5 om dagmulker og punkt 6.2 om leveringsfrister, forutsatt at det skulle utarbeides en «omforent fremdriftsplan» mellom partene. EK tok også forbehold om at det ble utarbeidet en omforent fremdriftsplan i tilbudsbrevet. På denne bakgrunn mener lagmannsretten at EK ved kontraktsinngåelsen hadde en berettiget forventning om at det ble utarbeidet en omforent fremdriftsplan, og at denne hadde de rettsvirkninger som ellers følger av standardens regler.

Som det fremgår av tingrettens dom, har ikke partene fulgt den fremgangsmåten for utarbeidelse av fremdriftsplaner som det legges opp til etter standarden og kontraktens punkt 2.7.4. EK har ikke innlevert en egen fremdriftsplan til BSO, og BSO hadde heller ikke i prosjektets første fase utarbeidet felles fremdriftsplaner som EK kunne planlegge egen fremdrift etter. På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen, slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering av at partene i praksis har blitt enige om en fremgangsmåte hvor man gjennom fremdriftsmøter og innspill fra prosjektaktørene utarbeidet en felles fremdriftsplan for prosjektet. Lagmannsretten er enig med tingretten i at dette fremsto som en naturlig og rasjonell fremgangsmåte, gitt det antallet entreprenører som var involvert.

Spørsmålet er videre om det gjennom denne fremdriftsplanleggingen ble utarbeidet en omforent fremdriftsplan i kontraktens forstand, med de rettsvirkninger som er nevnt over. Som nevnt anfører EK at fremdriftsplanen som ble utarbeidet 26. november 2018, også omtalt som 26/11-planen, var den «omforente» fremdriftsplanen etter kontrakten, som EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot.

Før lagmannsretten går nærmere inn på dette spørsmålet, er det naturlig å behandle en annen sentral anførsel fra BSOs side. Lagmannsretten har forstått det slik at BSO anfører at en omforent fremdriftsplan uansett ikke har de rettsvirkninger som EK påberoper seg, ettersom en slik fremdriftsplan ikke er bindende, men kan endres etter hvert som prosjektet skrider frem. Til støtte for dette synspunktet har BSO vist til Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen), hvor Høyesterett uttaler at fremdriftsplanen ikke er bindende, men

kan endres. Videre anfører BSO at det følger av kontrakten punkt 2.7.4 at EK har forpliktet seg til å følge den til enhver tid gjeldende fremdriftsplan, og det også av denne grunn er feil å se det slik at én bestemt fremdriftsplan utgjør en kontraktsforutsetning med de rettsvirkninger EK påberoper seg.

Lagmannsretten finner det klart at forpliktelsen i kontrakten punkt 2.7.4 om å følge den til enhver tid gjeldende fremdriftsplan må forstås slik at den pålegger EK en arbeidsplikt, og ikke at EK har fraskrevet seg muligheten til å kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering dersom fremdriftsplanen endres med den konsekvens at fremdriften for elektroarbeidene hindres. Noe annet ville innebære en markant uthuling av EKs rettigheter etter NS 8417. Det måtte i så fall vært klart uttrykt i ordlyden i kontrakten om dette var meningen, noe det ikke er. Uttalelsen i Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen) avsnitt 55 om at fremdriftsplanen ikke er bindende og kan endres, kan rimeligvis heller ikke forstås slik at totalentreprenøren står fritt til å endre en omforent fremdriftsplan uten at totalunderentreprenøren kan kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering.

Når det gjelder spørsmålet om 26/11-planen er den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, så er det etter lagmannsrettens syn sentralt å se hen til måten denne planen kom i stand på. Det var i liten grad noen felles fremdriftsplanlegging før sommeren 2018. Prosjektaktørene kom derimot i gang med dette tidlig på høsten 2018. Nicolai Laache, som var prosjektleder i EK, redegjorde i ankeforhandlingen for hvordan aktørene i begynnelsen satte opp de sentrale aktivitetene i et system med Post-it-lapper. I følge Laache var dette basert på hva som kom frem i møter, hvor hver aktør ga innspill om egne aktiviteter, herunder lengden av aktivitetene og rekkefølgen. Dette ble så endret fortløpende i fremdriftsplanleggingen etter innspill og samordning. Gjennom dette ble de ulike fagområdene med gjensidige avhengigheter koordinert, og kunne planlegges i forhold til hverandre. Denne planleggingen ble intensivert utover høsten, og det ble avholdt jevnlig fremdriftsmøter gjennom oktober og november 2018, hvor det ble arbeidet videre med en felles fremdriftsplan. Etter hvert ble det utarbeidet en fremdriftsplan i MS Project-format, som ble sendt til alle prosjektaktørene for gjennomgang og innspill. Av referatet fra fremdriftsmøtet 22. oktober 2018 fremgår at det jobbes fortløpende med fremdriftsplanen, og det etterlyses antall dager for to bestemte prosjektaktører. I neste fremdriftsmøte 29. oktober 2018 fremgår det følgende:

Har blitt laget en ny plan som vi har gjennomgått i dag, og denne blir sendt med møtereferatet så alle kan gå igjennom og komme med tilbakemeldinger.

Av referat fra det påfølgende fremdriftsmøtet 5. november 2018, fremgår at ingen av prosjektaktørene hadde kommentarer til denne planen. Det fremgår av endringsmelding 14, som EK sendte til BSO 9. november 2018, at det var jobbet mye med fremdriftsplanleggingen, og at selskapet på dette tidspunktet var bekymret for avsatt tid til egne aktiviteter. Det ble videre bedt om at man fikk på plass «omforente revisjoner» av

fremdriftsplanen. I fremdriftsmøtet 26. november 2018, fremgikk det så at: «Ny fremdriftsplan er laget, gås gjennom etter møtet». Samme dag sendte BSO denne planen til alle aktørene, og omtalte den som en «oppdatert fremdriftsplan».

Slik lagmannsretten vurderer bevisførselen, ledet det intensiverte arbeidet med fremdriftsplanleggingen høsten 2018 frem til utarbeidelsen av 26/11-planen, som var revisjon nr. 9 av fremdriftsplanen i prosjektet. I de etterfølgende fremdriftsmøtene i desember 2018 er det ingen merknader eller kommentarer til denne planen. Nicolai Laache fra EK forklarte at han oppfattet 26/11-planen som en omforent eller felles fremdriftsplan, som var startskuddet for at EK kunne begynne detaljplanleggingen av elektroarbeidene. Han fremhevet i sin forklaring at alle de sentrale aktivitetene i elektroarbeidene var lagt inn i 26/11-planen, med unntak for underetasjene og Gamleskolen. For sistnevnte bygg var det satt inn tidspunkt for oppstart og avslutning. Det var i 26/11-planen lagt opp til at elektroaktivitetene skulle utføres sekvensielt, hvor produksjonen beveget seg fra etasje til etasje, og fra bygg til bygg. Eksempelvis var det for Hovedbygget del 2 satt opp i planen at arbeidet med hovedføringsveier skulle starte i første etasje 25. februar 2019, deretter for andre etasje 5. mars, og for tredje etasje 18. mars. Tilsvarende gjaldt for de andre byggene, og med påfølgende avsatt tid til de andre hovedaktivitetene for elektro. Den avsatte tiden og fremdriften var samordnet med foranliggende fagområder, som elektro var avhengig av.

Prosjektleder Bjørn Vesteng fra BSO og anleggsleder Tom Erik Lillegård ga derimot i forklaringene i ankeforhandlingen uttrykk for at 26/11-planen ikke kunne anses som en omforent fremdriftsplan, og mente at den ikke hadde annen status enn de senere revisjonene. De underbygget dette ved å vise til at det ikke var lagt inn aktiviteter i underetasjene i Hovedbygget og Bygg Nord, samt at det fortsatt ikke var satt inn aktiviteter for Gamleskolen. De mente derfor det hadde formodningen mot seg at dette var en omforent plan som aktørene kunne legge til grunn for detaljplanleggingen. Lagmannsretten oppfattet Lillegård slik at han mente fremdriftsplanen først begynte å bli landet på et tidspunkt sent på våren 2019. Vesteng var derimot mer uklar på når han mente det forelå en omforent fremdriftsplan.

Lagmannsretten har i likhet med tingretten kommet til at 26/11-planen må anses som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. Dette underbygges av måten planen ble til på. Som det fremgår av det som er gjennomgått over, var 26/11-planen resultatet av et omfattende og intensivt arbeid med fremdriftsplanleggingen gjennom høsten 2018, og som involverte alle relevante prosjektaktørene. Det ble i fremdriftsmøtene satt klare frister for tilbakemeldinger til denne fremdriftsplanen. At det ikke ble arbeidet videre med fremdriftsplanen i de nærmeste møtene etter at 26/11-planen var utarbeidet og sendt ut til aktørene i prosjektet, trekker i samme retning. Dette underbygges også av at denne planen hadde lagt inn de sentrale aktivitetene for alle prosjektaktørene i plan 1-3 i Hovedbygget og Bygg Nord, samt angitt tid for oppstart og avslutning for elektroarbeidene i Gamleskolen.

BSO har anført at det forhold at det i overskriften på 26/11-planen sto «under utarbeidelse/prinsipp på fremdriftsplan» taler mot å se dette som en omforent fremdriftsplan etter kontrakten. BSO har videre anført at det forhold at 26/11-planen ikke hadde lagt inn aktiviteter i underetasjene eller for Gamleskolen, underbygger det samme. Det ble i ankeforhandlingen også pekt på at det i punkt 5.5 i referatet fra avklaringsmøtet står at den omforente fremdriftsplanen skal «signeres», og at 26/11-planen aldri er signert.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. For det første kan ikke lagmannsretten se at det er grunn til å legge særlig vekt på hva som sto i overskriften på 26/11-planen, slik BSO har anført. Det er ingen holdepunkter for at partene har tillagt angivelsen i overskriften noen betydning, og det er så vidt lagmannsretten kan forstå heller ingen av de senere revisjonene av fremdriftsplanene som i overskriften er omtalt som «omforent» eller «felles» fremdriftsplan. Som lagmannsretten har nevnt, var det likevel en klar og gjennomgående forutsetning etter kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan. Den teksten BSO viser til, fremkom for øvrig kun ved utskriftsvisning, eller dersom planen ble skrevet ut i et pdf-format. Lagmannsretten legger til at det også er tidsnære bevis som underbygger at EK oppfattet 26/11-planen som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. I endringsmelding 15 revisjon 1 28. januar 2019, varslet EK om forsinket underlag for prosjekteringen og henviser i den forbindelse til at produksjonsprosessen følger den «omforente hovedfremdriftsplanen». I endringsmelding 16. april 2019 omtaler EK ved prosjektleder Nicolai Laache 26/11-planen som «omforent hovedfremdriftsplan av 26.11.2018». Laache forklarte også i ankeforhandlingen at den bemanningsplanen som ble utarbeidet 28. november 2018 var basert på 26/11-planen, noe som underbygger at prosjektorganisasjonen i EK la til grunn at denne planen hadde en slik status i prosjektet. Det fremgår også av de tidsnære bevisene i saken at BSO i månedsrapporten til UBF fra januar 2019 omtaler 26/11-planen som «ny fremdriftsplan» i prosjektet, og at en har valgt å bruke denne «nye fremdriftsplanen» for videre rapportering av fremdriftsfronten.

Lagmannsretten kan ellers slutte seg til det tingretten skriver om innholdet av 26/11-planen, og betydningen dette har for om planen må anses som den omforente planen etter kontrakten. Tingretten skriver følgende på side 21:

Det var altså tale om en relativt detaljert plan for de mest sentrale og arbeidskrevende delene av prosjektet – og en plan som etter sitt innhold kunne fungere som et planleggings- og styringsverktøy. Etter rettens syn gir planen også uttrykk for en fremdrift som er samsvarende med det EK på kontraktstidspunktet kunne forvente. Den legger i stor grad opp til at EKs aktiviteter kan skje sekvensielt (i motsetning til parallelt), noe som etter rettens vurdering er det normale i en slik entreprise, og med en fornuftig og realistisk tidsramme. Aktiviteter fra alle relevante prosjektaktører var tatt med, etter samordning i en rekke møter.

Når det gjelder det forhold at 26/11-planen ikke hadde lagt inn aktiviteter i underetasjene i Hovedbygget og Bygg Nord, eller noen aktiviteter i Gamleskolen, kan ikke lagmannsretten se at dette er en avgjørende innvending. Underetasjene besto primært av tekniske rom, og prosjektleder Nicolai Laache i EK forklarte at det var normalt at dette ble planlagt særskilt, fordi disse rommene ikke lå på samme kritiske linje som de øvrige hovedaktivitetene for elektro. Lagmannsretten legger dette til grunn, og tilføyer samtidig at de tekniske rommene i underetasjene ble lagt inn i den senere revisjonen av fremdriftsplanen 25. mars 2019. For disse arbeidene er det denne planen som må anses som den omforente planen i kontraktens forstand, som EK har rett til å varsle om avvik og forsinkelser mot.

Lagmannsretten er videre enig med tingretten i at det er et poeng at 26/11-planen la opp til oppstart av hovedaktivitetene i elektroentreprisene rett over nyttår 2019, og at planen ble sendt ut til prosjektaktørene som en «oppdatert fremdriftsplan» og gjennomgått i fremdriftsmøter uten at det kom innvendinger. Det er vanskelig å se hva som skulle være meningen med å sende ut en så vidt detaljert plan hvor hovedaktivitetene var forutsatt igangsatt kort tid etter, om det ikke var for at prosjektaktørene skulle kunne innrette seg og planlegge arbeidsutførelsen og bemanningen etter denne. På dette tidspunktet var man også kommet så langt ut i den avsatte byggetiden (7-8 måneder), at EK måtte ha en berettiget forventning om å få avklart når og hvor foranliggende fagområder var ferdig med sine aktiviteter, slik at elektroarbeidene kunne detaljplanlegges. Som nevnt over, bekreftet prosjektleder Laache i sin forklaring i ankeforhandlingen, at EK oppfattet 26/11-planen som «startskuddet» for detaljplanleggingen.

Som tidligere nevnt, var det etter lagmannsrettens syn en klar forutsetning i kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan. BSO har bestridt at 26/11-planen var en slik omforent plan, men har ikke på en konsistent måte argumentert for hva som ellers skulle utgjøre den omforente fremdriftsplanen i kontrakten som aktørene kunne planlegge etter, og varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot. Prosjektaktørene måtte på et eller annet tidspunkt kunne innrette seg, og begynne detaljplanleggingen. Lagmannsretten er på dette punktet enig med EK i at dersom ikke 26/11-planen var en slik plan, er det nærliggende å se det slik at det utgjør et kontraktsbrudd fra BSOs side som ansvarlig for koordineringen av prosjektet, å ikke sørge for at en slik fremdriftsplan kom på plass før årsskiftet 2019. Lagmannsretten konkluderer imidlertid med at 26/11-planen, så langt den gjelder, må anses som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten i samsvar med EKs prinsipale anførsel.

26/11-planen ble grundig gjennomgått i ankeforhandlingen. Det fremgår av planen at det var forutsatt oppstart for elektroarbeidene i uke 2 i januar 2019, med produksjonsslutt 15. november 2019. Dette innebærer en produksjonsperiode på om lag 46 uker. I perioden etter dette og frem til overlevering 24. april 2020 er det avsatt tid til slutfasen / sluttkontroll og tverrfaglig systemtesting.

I likhet med tingretten, vil også lagmannsretten understreke at dette ikke innebærer at ethvert avvik fra disse fremdriftsplanene innebær et avvik eller en forsinkelse som ga EK rett på fristforlengelse eller vederlagsjustering. Som lagmannsretten kommer tilbake til, følger det av den tålegrensen som ligger i samordningsplikten etter NS 8417 punkt 21.4 og kontrakten punkt 2.7.4 at EK måtte finne seg i visse forskyvninger i fremdriften. Lagmannsrettens vurdering av at 26/11-planen utgjør den omforente og felles fremdriftsplanen etter kontrakten, medfører derimot at det er denne planen EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot, og som kravene om fristforlengelse og tilleggsvederlag i utgangspunktet skal vurderes mot, med unntak for de tekniske rommene, hvor det er fremdriftsplanen 25. mars 2019 som gjelder.

6. EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft

6.1 Innledning – EKs krav

For tingretten fremsatte EK krav om kroner 5 164 504 i tilleggsvederlag for forseringskostnader, og kroner 5 868 600 i tilleggsvederlag for plunder og heft. Tingretten ga i all hovedsak EK medhold, men utmålte et noe lavere beløp enn det EK krevde. EK ble tilkjent kroner 4 844 815 i tilleggsvederlag for forseringskostnader, og kroner 5 516 040 i tilleggsvederlag for plunder og heft. EK har ikke påanket tingrettens avgjørelse på disse punktene, og EKs krav for lagmannsretten tilsvarer det som ble tilkjent av tingretten. BSO har bestridt at det er grunnlag for tilleggsvederlag, og har påanket dommen i sin helhet.

Som det fremgår av tingrettens dom, er tilleggskravene fordelt på ulike perioder. Lagmannsretten kommer tilbake til kravene for de ulike periodene i drøftelsen nedenfor.

I likhet med tingretten, finner lagmannsretten at det er hensiktsmessig å behandle tilleggskravene for forsering og plunder og heft samlet. Selv om det er tale om to ulike krav, har de begge sammenheng med forseringssituasjonen. Før det går nærmere inn på anførselene og behandlingen av kravene, finner lagmannsretten grunn til å knytte noen merknader til den faktiske bakgrunnen for kravene, jf. punkt 6.2 nedenfor.

6.2 Bakgrunnen for EKs krav om tilleggsvederlag

Som nevnt i drøftelsen av fremdriftsforutsetningene i kontrakten, legger lagmannsretten til grunn at EK, basert på den omforente 26/11-planen, utarbeidet en bemanningsplan for prosjektet og en revidert kalkyle for prosjektet (også omtalt som revisjon 1.3). Prosjektleder Nicolai Laache og prosjektkoordinator Anders Dahl forklarte seg om dette i ankeforhandlingen, og både bemanningsplanen og den reviderte kalkylen ble gjennomgått. Det fremgikk av disse dokumentene at EK la opp til å bruke drøyt 17 000 montørtimer på prosjektet. Videre fremgår det at EK la opp til å benytte 11 montører på det meste, med et tyngdepunkt i produksjonen frem mot sommeren 2019. Vitnene Laache og Dahl forklarte

at de planla bemanningen med Laache som prosjektleder, og med to operative baser med hver sine montørlag. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i premissene nedenfor.

Det er på det rene at det var helt begrenset med aktivitet på byggeplassen fra EKs side i 2018. I endringsmelding 14 fra 9. november 2018 ble det første gang varslet om bekymring for fremdriften fra EK. I endringsmelding 15 fra 12. november 2018 ble det varslet om forsinkelser i tegningsunderlaget fra rørlegger og ventilasjon, og at dette medførte at EKs prosjektering ble forsinket. Fra begynnelsen av 2019 økte EKs aktivitet på byggeplassen, og det fremgår av timesoversiktene at EK hadde registrert totalt 2513 og 3078 timer i henholdsvis første og andre kvartal.

Det ble samtidig tidlig klart at 26/11-planen ikke ble fulgt, og det kom etter hvert svært mange revisjoner av fremdriftsplanen. Etter hva lagmannsretten har forstått, ble fremdriftsplanen revidert totalt 43 ganger. Utover våren 2019 meldte EK flere ganger fra om bekymring for fremdriften. I endringsmelding 14 revisjon 1 fra 4. april 2019 fremsatte EK krav om fristforlengelse. Det ble avholdt møte mellom partene om dette i april 2019, men BSO innvilget ikke fristutsettelse. I endringsmelding 14 revisjon 2 fra 16. april 2019, varslet EK på nytt om avvik fra fremdriften i 26/11-planen. EK pekte på at de ikke hadde kunnet sette på det mannskapet som var forutsatt, og at mannskapet som arbeidet på byggeplassen utførte arbeidet ineffektivt på grunn av forsinkelser hos foranliggende fag. Det ble vedlagt et anslag over fremtidige kostnader til forsering med kroner 3 051 360. Kravene ble avvist av BSO i brev 10. mai 2019.

Etter dette engasjerte EK advokat, og i brev 14. mai 2019 varslet EK krav om 3,5 måneder fristforlengelse basert på 26/11-planen. Vedlagt brevet lå det 24 såkalte varsler om fremdriftsavvik (fremdriftsvarsler 1-24), med bilder og beskrivelser av hvor det konkret var forsinkelser som EK mente BSO var ansvarlig for, og hvordan dette påvirket elektroaktivitetene. EK krevde at fristen for mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. mars 2020, og at fristen for overtakelse ble forlenget til 30. juni 2020, etter fire måneder slutfase. I brevet ble det angitt at dersom det ikke ble gitt fristforlengelse, kunne forsinkelsene i fremdriften eventuelt hentes inn gjennom forseringstiltak. Forseringskostnadene ble anslått til kroner 6 219 240. Det ble også varslet om fremtidig krav grunnet plunder og heft, samt varslet om at det allerede hadde påløpt slike ekstrakostnader fra uke 2 i 2019.

I e-post fra BSO til EK 24. mai 2019, ble det innvilget fristutsettelse for mekanisk ferdigstilling til 23. februar 2020. Fristen for overtakelse ble fastholdt til 24. april 2020. I brev av 28. mai 2019 avviste BSO krav om fristforlengelse utover dette, og mente at forsering var uaktuelt. BSO avviste også at det var grunnlag for plunder og heft-krav, og påpekte at dette heller ikke hadde blitt varslet tidligere.

Det ble frem mot sommeren 2019 fremsatt flere krav om fristforlengelse fra EKs side, basert på det selskapet mente var nye avvik og forsinkelser opp mot 26/11-planen. På dette tidspunktet var det også funnet asbest i Gamleskolen, noe som medførte at man ikke fikk tilkomst der. I endringsmelding 26 fra 9. juli 2019, varslet EK om fristforlengelse grunnet dette, i utgangspunktet så lenge asbestsaneringen pågikk. Det ble i e-post 11. juli 2019 fremlagt en rekke nye fremdriftsvarsler i form av bilder og beskrivelser, som viste eksempler på det EK mente var forsinkelser mot 26/11-planen, hovedsakelig fordi foranliggende fagområder ikke var ferdig (fremdriftsvarsler nr. 25-39). Det ble også varslet om ytterligere forsinkelser og behov for forseringstiltak.

I brev 2. september 2019, sendte EK et nytt varsel om fristforlengelse og forsering, herunder ble det varslet om fremtidige kostnader til plunder og heft. EK krevde i dette brevet fristforlengelse med 4,5 måneder sammenlignet med 26/11-planen, slik at mekanisk ferdigstilling ble 1. april 2020 og overlevering 1. august 2020. EK redegjorde samtidig for at man ville sette i gang omfattende forseringstiltak for å overholde kontraktens frister, med mindre BSO innvilget fristforlengelse i tråd med hva som var krevet. Det ble også fremsatt krav om dekning av kostnader grunnet forlenget kontrakts- og produksjonsperiode. Forseringskostnadene ble anslått til kroner 4 069 000, og fremtidige kostnader til plunder og heft ble anslått til kroner 1 678 500.

Disse kravene fra EK ble avslått av BSO, noe som fremgår av et brev BSO sendte 8. oktober 2019. For tingretten oppsto det i denne forbindelse en preklusjonsproblematikk. Saken står imidlertid i en litt annen stilling for lagmannsretten på dette punktet, noe lagmannsretten kommer tilbake til i premissene.

Utover høsten 2019 varslet EK om ytterligere forsinkelser i prosjektgjennomføringen, uten at lagmannsretten finner det nødvendig å gå nærmere inn på disse.

I brev 26. oktober 2019 fremsatte EK krav om dekning av forseringskostnader og kostnader grunnet plunder og heft for uke 33 til uke 41 i 2019. Det ble vedlagt en forseringsrapport, hvor det var laget ukentlige beskrivelser av forseringsutfordringer og problemer med plunder og heft. Det ble senere sendt varsel og krav for de øvrige periodene som ankesaken gjelder. I disse brevene er det på samme måte vedlagt forseringsrapporter utarbeidet av EK. Det ble også varslet om ytterligere forsinkelser etter de reviderte fremdriftsplanene, som EK mente ga grunnlag for nye fristforlengelser.

I brev 18. og 29. november 2019 ga BSO uttrykk for at man var åpen for å diskutere en kompensasjon for rigg- og driftskostnader knyttet til forskjøvet byggetid, samt forseringskostnader for Gamleskolen. EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft for øvrig ble avvist. Da det ikke ble enighet mellom partene, tok EK som tidligere nevnt ut stevning 29. januar 2020.

Lagmannsretten bemerker at det også etter tidspunktet for stevning har vært korrespondanse mellom partene om de samme temaene som nevnt over, noe lagmannsretten kommer tilbake til i premissene nedenfor.

6.3 BSOs sentrale anførsler

Generelt

Tingrettens dom er basert på uriktig rettsanvendelse og bevisbedømmelse, og BSO gjør gjeldende at det ikke er grunnlag for å tilkjenne EK tilleggsvederlag for verken forseringskostnader eller plunder og heft.

Forseringskostnadene

EK har ikke hatt et berettiget krav på fristforlengelse, og i alle fall ikke utover den fristforlengelsen som ble gitt for mekanisk ferdigstillelse til 23. februar 2020. BSO har derfor ikke avslått et berettiget krav på fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.8, og EK har ikke krav på tilleggsvederlag. Det er heller ikke gitt pålegg om forsering etter NS 8417 punkt 31.2. Det er grunnleggende feil når EK vurderer kravet på fristforlengelse mot en foreløpig og ufullstendig fremdriftsplan. Hvorvidt EK hadde krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag, må bero på en nærmere vurdering av hva selskapet hadde grunn til å forvente ut fra kontrakten, og arbeidenes kompleksitet og omfang. Videre må det tas hensyn til EKs samordningsplikt, som var skjerpet i denne kontrakten. Basert på en slik tilnærming, måtte EK forvente utstrakt grad av tilpasning og fleksibilitet ved utførelsen av elektroarbeidene. Fremdriftshindringene og det høye timeforbruket skyldes feilvurderinger og manglende erfaring fra EKs side.

Det er uansett ikke grunnlag for å dekke forseringskostnader etter punkt 33.8, da forseringskostnadene som ble varslet og anslått før EK iverksatte forsering oversteg et eventuelt dagmulktkrav tillagt 30 %. Øvrige vilkår for å få dekket forseringskostnader er heller ikke oppfylt. EK har ikke konkret påvist hvordan fremdriften har vært hindret som følge av forhold BSO hevdes å ha risikoen for. EK har heller ikke sannsynliggjort at disse ekstrakostnadene ikke ville ha oppstått dersom de forsinkelsene som BSO hevdes å være ansvarlig for tenkes borte, jf. HAB-dommen.

Det er ikke grunnlag for preklusjon av BSOs innsigelser til EKs krav om fristforlengelse og forsering, slik tingretten feilaktig har lagt til grunn basert på NS 8417 punkt 33.7. BSO har avslått kravet om fristforlengelse og forsering, og EK har ikke skriftlig varslet at BSO har svart for sent, jf. NS 8417 punkt 5.

Det er også feil ved måten EK har beregnet sitt krav på. Det er gjennomgående sammenlignet planlagte timeverk med utførte timeverk, uten at det er knyttet til samme arbeidsoperasjon, noe som gir feil resultat. Det er også sett bort fra at EKs omfattende timebruk skyldes feilkalkuleringer, kontraktsstridig bruk av innleie og manglende erfaring

med skolebygg. Tingrettens dom innebærer i realiteten at EK har fått arbeidene gjort opp på regning i strid med kontraktens fastprismodell. Det er EK som har effektivitetsrisikoen.

Det er også utmålt tilleggsvederlag for ekstrakostnader i strid med kontraktens regler. Kontraktens timepriser for montører inkluderer allerede kostnader til administrasjon og arbeidsledelse. Da kan man ikke benytte timeprisene ved utmålingen av vederlag for forseringskostnader og i tillegg legge på utgifter til administrasjon og arbeidsledelse. Merkostnad ved innleie kan uansett ikke kreves, da EK etter kontrakten måtte stille med 35 % ekstra kapasitet og derfor selv burde hatt disse mannskapsressursene tilgjengelig.

Det er ikke grunnlag for preklusjon av BSOs innsigelser for noen del av kravet om tilleggsvederlag for forsering.

Plunder og heft:

Vilkårene for å tilkjenne tilleggsvederlag for plunder og heft er ikke oppfylt, jf. NS 8417 punkt 34.1.3, jf. 34.1.2. EKs krav oppfyller ikke tottrinnskravet til årsakssammenheng som gjelder for et slikt krav, og som er nærmere presisert i HAB-dommen. EK må for det første sannsynliggjøre at det foreligger forstyrrelser og nedsatt produktivitet på annet arbeid som følge av forhold BSO svarer for, og samtidig konkret påvise hvilke konsekvenser dette har hatt for EKs arbeid. For det andre må det sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse konsekvensene og EKs merkostnader, noe som ikke er tilfellet dersom merkostnadene ville oppstått uansett. Det er etter BSOs syn mer sannsynlig at årsaken til eventuelt merforbruk av timer og plunder og heft skyldes EKs egne forhold, så som svikt ved planleggingen, underbemanning, uerfarenhet med skolebygg i Oslo og ineffektivitet på grunn av kontraktsstridig innleie.

Ved utmålingen av kravet på plunder og heft har EK lagt til grunn en «ovenfra og ned» tilnærming, som er i strid med HAB-dommen. Kravet kan derfor uansett ikke legges til grunn. Det er heller ikke varslet om krav om plunder og heft i tråd med kontraktens regler.

Det er ikke grunnlag for preklusjon av BSOs innsigelser for noen del av EKs krav om tilleggsvederlag for plunder og heft, og tingretten har feiltolket standardens regler når den har konkludert slik for perioden fra uke 2 til uke 41 i 2019. Tingretten har også oversett at BSO allerede hadde avvist kravene.

Kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft fra uke 2 til uke 33 i 2019 er det ikke grunnlag for. Dette kravet er heller ikke varslet i henhold til kontraktens regler, jf. punkt 34.1.3, og må anses prekludert. BSO har varslet om dette.

6.4 EKs sentrale anførsler

Generelt

EK gjør gjeldende at tingrettens dom er korrekt på alle punkter, både når det gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Tingretten har utmålt et noe lavere beløp enn det EK krevde i tilleggsvederlag, men EK har valgt å ikke påanke dette.

Forseringskostnader

26/11-planen var den omforente planen i kontraktens forstand som EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot. Det er dokumentert at det gjennom 2019 oppsto vesentlige forsinkelser i den forutsatte fremdriften, og at årsaken var at foranliggende fag som elektro var avhengig av, ikke var ferdige til planlagt tid. Dette skyldes svikt og forsinkelser ved BSOs ytelser som totalentreprenør, jf. NS 8417 punkt 33.1. EKs planlagte aktiviteter ble derfor vesentlig forskjøvet, og produksjonstiden ble ekstremt komprimert, sammenlignet med hva som fulgte av 26/11-planen. Dette medførte at det vesentligste av elektroarbeidene måtte utføres ved parallelle aktiviteter. I tillegg ble det ofte nødvendig med tilbakeganger og ineffektiv drift for det mannskapet som var i gang. I stedet for å holde på 26/11-planen, og hente inn forsinkelsene gjennom bedre koordinering av de øvrige aktørene, ble det utarbeidet stadig nye revisjoner, med mer komprimert tid for elektro.

Det er sannsynliggjort at det per august/september 2019 forelå forsinkelser som ga EK krav på fristforlengelse med 4,5 måneder målt mot 26/11-planen, det vil si til 1. april 2020 for mekanisk ferdigstilling og til 1. august 2020 for sluttfristen. EK hadde krav på fristforlengelse i tråd med de forsinkelsene som forelå, jf. NS 8417 punkt 33.1. Prinsipalt anføres at BSO har avslått EKs berettigede krav på fristforlengelse, og at vilkårene for å igangsette defensiv forsering etter NS 8417 punkt 33.8 var oppfylt. Forlengelsen av fristen for mekanisk ferdigstilling til 23. februar 2020 kompenserte ikke for forsinkelsene.

Forholdsmessighetskravet i punkt 33.8 er oppfylt. De forseringskostnadene som ble varslet oversteg ikke dagmultskravet tillagt 30 %, gitt riktig beregningsmåte. Det faktum at de endelige forseringskostnadene ble høyere enn dagmultskravet tillagt 30 %, har ingen betydning for om EK kan kreve hele beløpet, da bestemmelsen ikke er av preklusiv karakter.

Subsidiært må BSOs fastholdelse av kontraktens frister forstås som et pålegg om forsering etter NS 8417 punkt 31.2, og da gjelder ikke et forholdsmessighetskrav.

Forseringskostnadene er forankret i de krav til årsakssammenheng som følger av HAB-dommen. Det er dokumentert at det forelå en forsinkelse som følge av forhold BSO har risikoen for, og at forseringstiltakene var nødvendige for å hente inn forsinkelsen. EK har varslet forseringskostnadene i tråd med kontraktens regler for alle perioder det kreves tilleggsvederlag. Det er kun krevd erstatning for de ekstra kostnadene dette har medført, og EK ville ikke hatt disse kostnadene dersom man hadde fulgt den omforente

fremdriftsplanen av 26/11. Ekstrakostnadene skyldes vesentlig kortere tid til produksjon, stor grad av parallelle aktiviteter og behov for mer mannskap, administrasjon og overtid. Forsinkelsene som BSO er ansvarlig for ligger langt utenfor den tålegrensen for fremdriftsforstyrrelser som følger av samordningsplikten.

Tingrettens utmåling av kravet på forseringskostnader er korrekt. Kontraktens timepriser dekker ikke ekstra administrative ressurser som knytter seg til en ekstrem forseringssituasjon, men er myntet på den mer ordinære arbeidsledelsen ved påregnelige endringsarbeider. Ekstra kostnader til innleie må kunne dekkes, da dette er forårsaket av svikt ved BSOs ytelser som totalentreprenør. Det er ikke slik at EK måtte ha stående en ekstra kapasitet på 35 %, slik BSO hevder. Det bestrides at det er svikt og feil fra EKs side som er årsaken til økt timeforbruk.

Plunder og heft

EK har krav på tilleggsvederlag for økte utgifter for plunder og heft med grunnlag i NS 8417 punkt 34.1.3. EK har i samtlige perioder det kreves tilleggsvederlag for blitt utsatt for forstyrrelser og hindringer på grunn av forhold BSO har ansvaret for som totalentreprenør. Dette gjelder både for perioden fra uke 2 til 33 i 2019, og i forseringsperioden fra uke 33. I førstnevnte periode var det stadige tilbakeganger, opp- og nedrigging og ad-hoc produksjon på grunn av at foranliggende fag ikke var ferdige i henhold til den omforente fremdriftsplanen. Dette er konkret dokumentert i fremdriftsvarslene fra 14. mai 2019. I forseringsperioden fra uke 33 i 2019 og til uke 12 i 2020, var det den ekstreme forseringen som medførte økt grad av parallellitet, tilbakeganger og økt tidsbruk i forbindelse med å sette innleid mannskap inn i prosjektet.

Kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft oppfyller kravet til årsakssammenheng slik det følger av HAB-dommen. Det er for det første dokumentert forsinkelser og avvik fra den forutsatte fremdriften, og at dette skyldes forsinkelser hos foranliggende fag og mangelfullt prosjekteringsunderlag, som BSO har risikoen for. Det er også sannsynliggjort hvilke konsekvenser dette fikk for arbeidsoperasjonene til elektro, jf. HAB-dommen. Dette er grundig dokumentert gjennom forseringsrapportene. For perioden fra uke 2 til uke 33 i 2019 er dette dokumentert gjennom fremdriftsvarslene. Det er videre sannsynliggjort årsakssammenheng mellom disse forstyrrelsene, og EKs merkostnader. Merkostnadene ville ikke oppstått uten de forsinkelsene og avvikene som BSO har risikoen for.

EKs metode for utmåling av kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft er ikke i strid med HAB-dommen, og det er ikke anvendt en «ovenfra og ned» metode, slik BSO hevder, men derimot en inntjent verdi-analyse. Det er ikke tilbudskalkylen som danner utgangspunktet for tapsberegningen, men den reviderte kalkylen og bemanningsplanen som ble laget etter at 26/11-planen var på plass. EK har løpende målt hvor stor prosentandel av kontraktsarbeidet som er utført, og ut fra dette beregnet «inntjent» timeverk. Dette er så sammenholdt med faktisk forbrukte timeverk, som gjennomgående

ligger langt høyere. Denne differansen utgjør i utgangspunktet produktivitetstapet i den aktuelle perioden. I tillegg har prosjektledelsen og basene gjort en konkret vurdering av den ineffektive driften i hver uke, samt gjort et skjønnsmessig fradrag for forhold EK har risikoen for.

Produktivitetstapet kommer til uttrykk i et timeantall. Etter EKs syn er det riktig å anvende kontraktens timepriser for regningsarbeider.

Det bestrides at det er forhold på EKs side som har forårsaket den ineffektive driften. Dette skyldes verken feilvurderinger eller manglende erfaring med skolebygg. Den omforente 26/11-planen var grundig og gjennomarbeidet, og ikke urealistisk. Dersom foranliggende fag, som BSO er ansvarlig for, hadde fulgt denne planen, ville EK klart å gjennomføre planen og brukt de montørtimer som følger av bemanningsplanen og den reviderte kalkylen. EK er enig i at innleie medfører at arbeidet utføres mindre effektivt, men dette skyldes forhold BSO er ansvarlig for.

For perioden fra uke 2 til 33 i 2019 anføres at BSOs innsigelser er prekludert, jf. NS 8417 punkt 33.7. Dette ble det også varslet om i brev av 26. oktober 2019.

6.5 Lagmannsrettens vurdering

6.5.1 Innledning

Tingretten har behandlet kravene om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft i punkt 7 i dommen 25. januar 2021. Lagmannsretten vil i all hovedsak følge samme struktur som tingretten ved behandlingen av EKs krav, om enn med noen tilpasninger.

Tingretten kom til at BSOs innsigelser mot EKs krav om fristforlengelse i brevet 2. september 2019 var prekludert, jf. dommen punkt 7.5.5. Denne anførselen er ikke opprettholdt av EK, og lagmannsretten vil derfor ta stilling til realiteten i kravet om fristforlengelse, og om BSO har avslått et berettiget krav om fristforlengelse, jf. NS 8417 punkt 33.8.

Tingretten kom også til at BSOs innsigelser til EKs krav om tilleggsvederlag for plunder og heft og forseringskostnader fra uke 2 til og med uke 41 i 2019 var prekludert, jf. dommen punkt 7.5.5.2 til og med 7.5.7. EK har for lagmannsretten kun opprettholdt anførselen om preklusjon når det gjelder kravet på tilleggsvederlag for plunder og heft fra uke 2 til 32 i 2019, og ikke kravet om forseringskostnader for uke 33 til 41. I tråd med hvordan dette har vært lagt opp av partene, behandles plunder og heft-kravet for perioden fra uke 2 til 32 i 2019 særskilt og etter de øvrige periodene.

6.5.2 Overordnet om kontraktens risikofordeling

I likhet med tingretten, finner lagmannsretten grunn til å knytte noen innledende merknader til risikofordelingen i kontrakten, ettersom dette er et viktig bakteppe for behandlingen av EKs tilleggskrav.

Den kontrakten partene inngikk, var en funksjonskontrakt med fastpris. Det innebærer at EK påtok seg prosjekterings- og utførelsesrisikoen for elektroarbeidene, og følgelig risikoen for at arbeidene ble levert til kontraktsmessig kvalitet og innen kontraktens frister. EK kunne derfor ikke kreve tillegg i vederlaget dersom arbeidet viste seg å være mer utfordrende eller tidkrevende enn det selskapet forutsatte ved kontraktsinngåelsen, jf. funksjonsfordelingsprinsippet. Den andre siden av denne funksjonsfordelingen, er at EK råder over egen fremdrift, utførelsen og produksjonsopplegget. Gjennom gode valg for utførelsen og ved et grundig arbeid med detaljplanleggingen og samordningen med de øvrige aktørene i prosjektet, hadde EK mulighet til å redusere tidsbruken på de ulike aktivitetene og få et rasjonelt og lønnsomt driftsopplegg.

Etter kontrakten hadde BSO på sin side som totalentreprenør ansvaret for å stille til rådighet det arbeidsgrunnlaget som EK skulle bygge på, herunder andres arbeid på bygget eller anlegget. BSO hadde risikoen for at dette var slik EK hadde grunn til å regne med, jf. NS 8417 punkt 22.3. Som totalentreprenør hadde BSO det overordnede koordineringsansvaret for de andre totalunderentreprenørene i prosjektet, og det var BSO som satt med det kontraktsrettslige verktøyet for å få dette gjennomført på en god måte. Forsinkelser eller avvik som skyldes mangelfull koordinering fra BSOs side, eller forsømmelser av BSOs plikt til å stille til rådighet det arbeidsgrunnlaget EK skulle bygge på, lå utenfor den risikoen EK hadde påtatt seg i kontrakten.

Lagmannsretten har i punkt 5 ovenfor konkludert med at det var en forutsetning i kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan som prosjektaktørene kunne planlegge og samordne sin arbeidsutførelse etter. Lagmannsretten konkluderte også med at 26/11-planen, så langt den gjelder, må anses som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. Etter lagmannsrettens syn, innebar dette at EK måtte kunne ta utgangspunkt i 26/11-planen ved detaljplanleggingen, og at selskapet hadde rett til å varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot denne. Som tidligere nevnt, betyr ikke det at enhver forsinkelse og avvik fra planen kunne gi EK krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering. For det første forutsatte dette at det var tale om avvik og forsinkelser som BSO hadde ansvaret for, for eksempel at foranliggende fagområder som EK var avhengig av for å utføre planlagte elektroaktiviteter var forsinket med sine arbeider. For det andre er det klart at EK etter kontrakten hadde en samordningsplikt, og i dette ligger det også at selskapet ved planleggingen og kalkuleringen av arbeidene ved Slemdal skole måtte ta høyde for at det kunne inntre visse forskyvninger i den fremdriften som fulgte av en omforent plan. Forsinkelser som ikke gikk utover denne «tålegrensen», var etter kontrakten EKs risiko.

Som nevnt har BSO med utgangspunkt i kontrakten punkt 2.7.4 anført at det i tillegg gjaldt en skjerpet samordningsplikt, og derfor at EK måtte påregne flere fremdriftsutfordringer og forskyvninger enn normalt. Lagmannsretten mener det ikke var grunnlag for dette, og viser til drøftelsen i punkt 5 ovenfor. Her ble det også lagt til grunn at EK på kontraktstidspunktet hadde grunn til å forvente at byggeprosjektet hadde en noenlunde normal fremdrift, og med en normalt god samordning og koordinering av totalunderentreprenørene. Dette må derfor også legges til grunn som utgangspunkter for lagmannsrettens nærmere vurdering av EKs krav på tilleggsvederlag. Lagmannsretten vil likevel påpeke at den er enig med tingretten i at det store antallet sideordnede totalunderentreprenører i prosjektet, og det faktum at elektroarbeidene hadde gjennomgående avhengigheter både i forkant og etterkant, taler for at EK måtte påregne en del utfordringer med fremdriften og samordningen. Samtidig måtte EK også kunne forvente at den grundige felles fremdriftsplanleggingen i prosjektet gjennom høsten 2018, og som endte i den omforente 26/11-planen, ville redusere en del av disse utfordringene.

6.5.3 Forsering og plunder og heft – overordnede rettslige utgangspunkter

Før lagmannsretten går inn på den konkrete vurderingen av EKs krav, er det også grunn til å knytte noen overordnede merknader til de sentrale kontraktsbestemmelsene kravene knytter seg til, samt til de krav til bevis for årsakssammenheng som følger av rettspraksis.

Både forseringskravet og kravet om plunder og heft springer ut av det EK hevder var en situasjon med vesentlige forsinkelser som BSO hadde risikoen for, og som ifølge EK ga rett på fristforlengelse. En sentral bestemmelse i saken er derfor NS 8417 punkt 33.1, som gjelder totalunderentreprenørens krav på fristforlengelse som følge av totalentreprenørens forhold. Det følger av denne bestemmelsen at:

TUE har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av:

- a) endringer, jf. punkt 31 og 32, eller
- b) forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23 og 24 eller
- c) andre forhold totalentreprenøren har risikoen for.

Det følger videre av punkt 33.4 at den som vil kreve fristforlengelse på grunn av forhold som nevnt, skal varsle den andre parten om dette «uten ugrunnet opphold», selv om han ennå ikke kan fremsette et spesifisert krav. Videre fremgår det av punkt 33.5 at fristforlengelsen skal svare til den virkning på fremdriften som forholdene i punkt 33.1 har forårsaket. I punkt 33.6 er det fastsatt at parten, så snart han har grunnlag for å beregne omfanget, skal angi det antall dager han krever som fristforlengelse. Sentralt i vår sak står i tillegg bestemmelsen i punkt 33.8, som gjelder totalunderentreprenørens rett til å sette i verk forsering ved et uberettiget avslag på krav om fristforlengelse. Bestemmelsen lyder slik:

Hvis totalentreprenøren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan TUE velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre.

TUE har ikke en slik valgrett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Dersom vilkårene i punkt 33.8 er oppfylt, kan totalunderentreprenøren i utgangspunktet kreve forseringskostnadene dekket etter kontraktens regler om vederlagsjustering, jf. kapittel 34.

Når det gjelder kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft, så springer som nevnt også dette kravet ut fra de forsinkelsene EK hevder oppsto, og som selskapet mener skyldes forhold BSO har risikoen for. Det kontraktsrettslige grunnlaget for et krav om plunder og heft følger av reglene i NS 8417 kapittel 34 om vederlagsjustering. Etter punkt 34.1.3 annet ledd, som gjelder særskilt varsel om økte utgifter til rigg og drift mv., fremgår det at

TUE kan også kreve særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter på grunn av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i punkt 34.1.1 og 34.1.2.

Av de nevnte bestemmelsene er det punkt 34.1.2 som er relevant i vår sak. Av denne bestemmelsen følger det at TUE har krav på justering av vederlaget som følge av

[...] forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller som følge av andre forhold totalentreprenøren har risikoen for.

Det fremgår videre av punkt 34.1.3 at dersom totalunderentreprenøren vil kreve vederlagsjustering på grunn av kostnader til plunder og heft, «må han varsle totalentreprenøren særskilt uten ugrunnet opphold etter at han blir eller burde blitt klar over at utgifter ville påløpe». Dersom varslingsplikten ikke overholdes, tapes etter omstendighetene retten til å påberope seg slike utgifter som grunnlag for vederlagsjustering.

Både for forseringskrav og krav om plunder og heft, må totalunderentreprenøren sannsynliggjøre at det er årsakssammenheng mellom svikt, forsinkelser eller andre forhold totalentreprenøren har risikoen for etter kontrakten, og de merkostnader som totalunderentreprenøren er påført og krever dekket. Dette beviskravet følger av ordlyden i de kontraktsbestemmelsene om vederlagsjustering som lagmannsretten har gjennomgått over. Begge parter har under ankeforhandlingen i tillegg viet mye tid til hva som fremgår om beviskravene for årsakssammenheng i avgjørelsen i HR-2019-1225-A (HAB-dommen). For BSOs del, er dette knyttet til at de anfører at EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft ikke oppfyller de krav til bevis for

årsakssammenheng som følger av dommen. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn grunn til å knytte noen overordnede merknader til HAB-dommen.

Saken gjaldt krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft i en utførelsesentreprise om vegbygging, hvor kontrakten var basert på NS 3430. Det sentrale spørsmålet var hvilke krav som måtte stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens merkostnader. Både BSO og EK har lagt til grunn at de samme kravene må gjelde i kontraktsforholdet mellom en totalentreprenør og en totalunderentreprenør, og lagmannsretten er enig i dette.

Når det gjaldt plunder og heft-krav, understreket Høyesterett at bevis for årsakssammenheng må fastlegges i to trinn. Disse ble beskrevet slik i avsnitt 66:

(66) Først skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det deretter sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.

I forlengelsen av dette viser Høyesterett til at det er entreprenøren som har bevisbyrden, og understreker samtidig i avsnitt 74 at:

[...] Men dersom entreprenøren har lagt frem vektige bevis, vil bevisføringsbyrden skifte over til byggherren, og den kan veksle frem og tilbake mellom partene, avhengige av hvor mange og hvor sterke bevis som til enhver tid er ført.

Høyesterett fremhever etter dette hvordan det i praksis kan være vanskelig å sannsynliggjøre hvilke kostnader entreprenørene ville hatt dersom byggherreforholdene tenkes borte. I avsnitt 78-80 understreker Høyesterett at det likevel ikke er noe godt alternativ å basere vurderingen av plunder og heft-krav på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkyle, ettersom dette ikke tar høyde for mulige svakheter ved entreprenørens kalkyle eller ineffektivitet ved entreprenørens utførelse. Høyesterett utelukker samtidig ikke at generelle erfaringstall eller andre generelle metoder kan være tjenlige som bevis, men påpeker at dette særlig gjelder der slike bevis kommer inn som supplement til «konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet». Høyesterett oppsummerer dette slik i avsnitt 82-83:

(82) På bakgrunn av det jeg nå har sagt, er mitt syn at entreprenøren som utgangspunkt ikke kan basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger. Kravet må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for. At dette ikke nødvendigvis er mulig å gjøre fullt ut, betyr med andre ord ikke at det helt kan unnlates.

(83) Utgangspunktet må altså være at skadelidte – entreprenøren – skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført

Høyesterett trekker i den forbindelse også frem betydningen av begivenhetsnære bevis. Videre understrekes at beviskravene ikke kan strekkes så langt at det i praksis blir urimelig tyngende å bevise at det har påløpt slike kostnader. Dette understrekes slik i avsnitt 86-87:

(86) Men etter mitt syn kan det ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av hvert enkelt byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen.

(87) Den endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil følgelig i noen grad måtte bygge på et skjønn. Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenheng som jeg har redegjort for, vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist.

Hva gjaldt selve saken, kom Høyesterett til at lagmannsretten hadde basert sin utmåling av kravet på plunder og heft på en samlet skjønnsmessig vurdering, som langt på vei var frikoblet fra de konkrete krav til bevis for årsakssammenheng som er gjennomgått over. Dommen ble derfor opphevet.

Som nevnt gjaldt dommen i tillegg krav om dekning av forseringskostnader. Høyesterett viste til at det også for slike krav gjaldt nærmere krav til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold, og merutgiftene for entreprenøren. Av særlig relevans for vår sak, nevnes den uttalelsen om kravet til årsakssammenheng i juridisk teori, som Høyesterett sluttet seg til (avsnitt 104). Lagmannsretten gjengir dette avsnittet i dommen:

(104) Det er to vilkår for at entreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse. Det ene vilkåret er at fremdriften er blitt hindret, og det andre at dette kan henføres til byggherrens forhold. Begge vilkår må være oppfylt. Det må være årsakssammenheng mellom fremdriftshindringen og at den har sin årsak i forhold som byggherren har risikoen for. Det sentrale er at fremdriften påvirkes, i den forstand at det må foreligge et hinder for fremdriften. Det kan skje flere forskyvninger av operasjoner i et byggeprosjekt uten at fremdriften hindres slik at muligheten for å nå den avtalte fristen påvirkes.

Også på dette punktet kom Høyesterett til at lagmannsretten hadde begått feil, ved at den ikke hadde gått konkret inn på hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader entreprenøren ville hatt ved å ta igjen forsinkelsene, jf. avsnitt 108.

Lagmannsretten vil komme nærmere tilbake til anvendelsen av beviskravene for årsakssammenheng som følger av HAB-dommen ved behandlingen av EKs krav for de enkelte periodene.

6.5.4 Om EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse, jf. NS 8417 punkt 33.8

Som det er redegjort for ovenfor, krevde EK både før og etter sommeren 2019 fristforlengelse, og varslet samtidig om at det ville iverksettes forseringstiltak dersom dette ikke ble innvilget. I brev 2. september 2019 krevde EK fristforlengelse med 4,5 måneder sammenlignet med kontraktens frister, slik at mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og fristen for overlevering ble forlenget til 1. august 2020. For lagmannsretten er det ikke omtvistet at BSO avsto dette kravet, blant annet gjennom fastholdelse av kontraktens frister i påfølgende fremdriftsmøter. For lagmannsretten er det ikke anført at BSOs innsigelser mot kravet om fristforlengelse og forsering er prekludert, slik tingretten la til grunn.

Det første spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til er om BSO ved dette avsto et «berettiget krav på fristforlengelse», slik at EK kunne velge å anse dette som et pålegg om forsering, jf. NS 8417 punkt 33.8 første setning. Dette er EKs prinsipale anførsel når det gjelder forseringskravet i saken. Forutsatt at BSO avsto et berettiget krav på fristforlengelse, blir det neste spørsmålet om EK likevel var forhindret fra å sette i verk forsering, på grunn av at de anslåtte kostnadene til dette oversteg kostnadene ved et dagmulktkrav tillagt 30 %, jf. forholdsmessighetskravet i punkt 33.8 andre setning.

Ved vurderingen av om BSO avsto et berettiget krav om fristforlengelse, tar lagmannsretten utgangspunkt i den tidligere konklusjonen om at 26/11-planen utgjorde den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, som EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot. Som tidligere nevnt, forutsatte denne planen oppstart for elektroarbeidene i uke 2 i 2019, med produksjonsslutt 15. november 2019. Dette medførte en produksjonsperiode på om lag 46 uker. I perioden etter dette og frem til overlevering 24. april 2020, hadde planen avsatt tid til slutfase, med blant annet kontroller og tverrfaglig systemtesting.

Ettersom vurderingen av om det forelå et berettiget krav på fristforlengelse er knyttet til EKs krav i brevet 2. september 2019, er det etter lagmannsrettens syn situasjonen slik den var på dette tidspunktet som er avgjørende. For sammenhengens skyld vil lagmannsretten likevel knytte noen merknader til perioden før dette, det vil si første halvår 2019.

Lagmannsretten anser det sannsynliggjort at det tidlig i første halvdel av 2019 oppsto betydelige forsinkelser i den fremdriften som var forutsatt i 26/11-planen. I all hovedsak besto dette av at foranliggende fag, som EKs elektroaktiviteter var avhengig av, ikke hadde ferdigstilt sine arbeider. I tillegg manglet det på noen områder prosjekteringsunderlag, noe EK varslet om. Den praktiske konsekvensen av disse forsinkelsene var at EK, om enn med

noen unntak, ikke fikk kommet i gang med hovedaktivitetene, og at disse ble vesentlig forskjøvet i tid. Lagmannsretten legger i denne forbindelse til grunn at hovedaktivitetene i EKs elektroarbeid var følgende:

- 1) legging av hovedføringsveier (montering av kabelbroer, kanaler, sjakter)
- 2) kursopplegg (kabling og merking)
- 3) komplettering (montasje og tilkobling av utstyr)
- 4) sluttkontroll og systemtesting (sluttfasen)

Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at disse aktivitetene lå på kritisk linje i prosjektet, noe som innebærer at aktivitetene var avhengige av hverandre og hang sammen, slik at forsinkelser på en av aktivitetene hindret fremdriften i elektroentreprisen som sådan.

At det forelå forsinkelser allerede tidlig i første halvdel av 2019, er blant annet dokumentert gjennom 24 fremdriftsmeldinger EK oversendte BSO 14. mai 2019 (fremdriftsvarsler 1-24). Disse meldingene, som totalt utgjorde om lag 80 sider, inneholdt bilder og beskrivelser av det EK mente var forsinkelser målt mot fremdriften i 26/11-planen. For eksempel var det i fremdriftsmelding 4 vist til at oppstart komplettering i Hovedbyggets del 1 var forutsatt igangsatt 11. februar 2019 i 26/11-planen, men at man per 14. mai 2019 fortsatt ikke hadde kunnet starte på grunn av forsinkelser hos foranliggende fag og manglende prosjekteringsunderlag. Tilsvarende forsinkelser er dokumentert i de øvrige fremdriftsvarslene. Disse forsinkelsene i de foranliggende fagområdene til elektroentreprisen ble ikke håndtert ved at BSO påla forsering eller lignende tiltak for de andre underentreprenørene som EKs arbeidsoperasjoner var avhengig av. Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at dette i stedet ble håndtert ved at BSO forskjøv EKs aktiviteter tilsvarende forsinkelsene i de senere revisjonene av fremdriftsplanen, uten at det ble gitt fristforlengelse. For eksempel fremgikk det av fremdriftsvarsel 6 at det i 26/11-planen var lagt opp til at hovedføringsveiene i Hovedbygget del 1, plan 3, skulle starte 15. mars 2019. Oppstarten ble imidlertid forskjøvet til 1. april 2019 i revisjon 14 av fremdriftsplanen, deretter til 26. april i revisjon 18 og så til 6. mai i revisjon 19 av fremdriftsplanen. Per 14. mai 2019 hadde imidlertid EK fortsatt ikke fått mulighet til å starte med hovedføringsveiene for kabelbroene, da foranliggende fag ikke var ferdig, og det manglet prosjekteringsunderlag. Denne forsinkelsen, og andre lignende forsinkelser, er grundig dokumentert gjennom beskrivelser og bilder i de nevnte fremdriftsmeldingene fra 14. mai 2019. BSO har ikke i ankeforhandlingen imøtegått de forsinkelsene som er dokumentert gjennom disse fremdriftsmeldingene.

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at det oppsto nye betydelige forsinkelser frem mot sommeren 2019. Dette er blant annet dokumentert gjennom en rekke fremdriftsmeldinger utarbeidet av EK 5. juli 2019, som ble oversendt BSO i forbindelse med at EK krevde ytterligere fristforlengelse før sommeren. Lagmannsretten slutter seg her

til den oppsummeringen av forsinkelsene som tingretten la til grunn forelå per 5. juli 2019. Tingretten oppsummerer dette slik (på s. 39):

I forbindelse med det som skulle bli revisjon 31 (datert 9. juli 2019) av fremdriftsplanen ble det avholdt en rekke møter om fremdrift i juni og juli 2019. EK gjennomførte 5. juli 2019 en ny gjennomgang av byggeplassen, og innga en rekke nye varsler om fremdriftsavvik. Varslene, sammenholdt med den reviderte fremdriftsplanen, dokumenterer slik retten ser det ytterligere forsinkelser i prosjektet per 5. juli 2019, bl.a.:

- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til Gamleskolen. Dette var i perioden Gamleskolen undergikk asbestsanering.
- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten hovedføringsveier i noen av etasjene i Hovedbyggets del 2, fordi forangående fag ikke var ferdige.
- EK hadde ikke fått tilkomst til å påbegynne hovedføringsveier i noen av etasjene i Hovedbyggets del 4, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 23. mai 2019.
- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten komplettering i noen av etasjene i Hovedbyggets del 1, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 11. februar 2019.
- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten komplettering i noen av etasjene i Hovedbyggets del 3, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 23. april 2019.
- EK hadde ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten hovedføringsveier i noen av etasjene i Bygg Nord, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 14. juni 2019

I revisjon 31 av fremdriftsplanen 9. juli 2019 ble det lagt opp til at en rekke av EKs hovedaktiviteter ble flyttet til andre siden av sommerferien. Dette gjaldt bl.a.:

- Komplettering i alle bygg og etasjer
- Hovedføringsveier, kursopplegg, komplettering i Hovedbyggets del 2 og 4, samt Bygg Nord
- Alle aktiviteter i Gamlebygget
- Alle tekniske rom
- Slutfase/systemtesting

For flere av aktivitetene forelå det følgelig forsinkelser på opp mot 6 måneder, om man sammenholder det som følger av revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019 med 26/11-planen. For Gamleskolen var oppstart for elektroarbeidene, som følge av funn av asbest, forskjøvet fra opprinnelig 2. februar 2019 til 17. oktober 2019. Dette innebar en forsinkelse på drøyt 8 måneder.

I tillegg finner lagmannsretten det sannsynliggjort at det tilkom ytterligere forsinkelser over sommeren, slik at det i tillegg ble forsinkelser målt mot flere av de oppstartstidspunkter som fulgte av revisjon 31 av fremdriftsplanen 9. juli 2019. Det vises i

denne forbindelse til EKs fremdriftsmeldinger 14. og 22. august 2019, hvor det gjennom bilder og beskrivelser er dokumentert forsinkelser målt mot denne planen. Også for disse forsinkelsene fremgår det at hovedutfordringen er at foranliggende fagområder ikke har ferdigstilt sine arbeider, slik at EK ikke fikk den tilkomst som var nødvendig.

Som nevnt er spørsmålet om BSO har avslått et berettiget krav på fristforlengelse knyttet til EKs krav i brevet 2. september 2019. I dette brevet krevde EK fristforlengelse med 4,5 måneder, slik at mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og overlevering til 1. august 2020. På dette tidspunktet var det revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019 som anga fremdriften. Sammenholder man denne versjonen med 26/11-planen, fremgår det at det for en stor del av EKs hovedaktiviteter forelå vesentlige forsinkelser i oppstartstidspunktet, herunder opp mot 6 måneder for enkelte aktiviteter. Eksempelvis var det for Hovedbygget del 2 en forsinkelse på 6 måneder for oppstart av hovedføringsveier. Tilsvarende var det for Hovedbygget del 1 om lag 6 måneder forsinkelse for hovedaktiviteten komplettering. For Bygg Nord var det forsinkelser på om lag 4 måneder. For Gamleskolen var forsinkelsene som nevnt større, som følge av funnet av asbest.

Lagmannsretten anser at det er solid underbygget i sakens beviser at det forelå vesentlige forsinkelser som i stor grad hindret EKs forutsatte fremdrift da kravet om fristforlengelse ble fremsatt av EK i brevet 2. september 2019. Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at det i alle fall forelå forsinkelser av det omfang som lå til grunn for EKs krav om fristforlengelse, dvs. med 4,5 måneder. Selv om man vurderer situasjonen på dette tidspunktet mot revisjon 19 av fremdriftsplanen fra 25. mars 2019, forelå det vesentlige forsinkelser. Som tidligere nevnt kom de tekniske rommene i bygningene først på plass i denne fremdriftsplanen. I henhold til fremdriftsplanen fra 25. mars 2019 skulle elektroarbeidet med de tekniske rommene ha oppstart 22. mai 2019, men dette ble også forskjøvet med flere måneder i senere revisjoner av fremdriftsplanen. På et overordnet nivå, er det grunn til å fremheve at det etter 26/11-planen var lagt opp til en produksjonsperiode på 46 uker for elektroarbeidene. Etter revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019, var hovedtyngden i elektroarbeidet forskjøvet på en måte som innebar at den sentrale produksjonsperioden var tilnærmet halvert.

Lagmannsretten har forstått det slik at BSO anfører at et eventuelt krav EK måtte ha på fristforlengelse uansett ble kompensert gjennom den fristforlengelsen for mekanisk ferdigstilling som ble innvilget 24. mai 2019. Fristen for mekanisk ferdigstilling ble da forlenget til 23. februar 2020. Lagmannsretten er ikke enig i dette. For det første ble ikke fristen for overlevering utsatt tilsvarende, noe som i så fall innebar at sluttfasen ble forkortet, med den konsekvens at det arbeidet som var forutsatt utført i denne perioden måtte gjøres innenfor fristen for mekanisk ferdigstilling. For det andre tilkom det ytterligere forsinkelser frem mot sommeren. Dette følger også av de forskyvninger som ble gjort i revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019. For det tredje tilkom det som nevnt ytterligere forsinkelser etter sommeren, og frem mot EKs krav 2. september 2019.

For at EKs krav om fristforlengelse i brevet 2. september 2019 kan anses berettiget, må også årsaken til de forsinkelsene lagmannsretten har konkludert med ovenfor, skyldes forsinkelse eller svikt ved BSOs ytelse som totalentreprenør, eller andre forhold som BSO har risikoen for, jf. NS 8417 punkt 33.1 b og c. Det kan på dette punktet også vises til HAB-dommen avsnitt 104, hvor det er vist til juridisk teori, som uttaler følgende om vilkårene for fristforlengelse:

Det er to vilkår for at entreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse. Det ene vilkåret er at fremdriften har blitt hindret, og det andre at dette kan henføres til byggherrens forhold. Begge vilkår må være oppfylt. Det må være årsakssammenheng mellom fremdriftshindringen og at den har sin årsak i forhold som byggherren har risikoen for. [...]

BSO bestrider at det forelå et berettiget grunnlag for fristforlengelse da EK krevde dette 2. september 2019. BSOs hovedinnvending er at det ikke forelå en avvikende fremdrift, utover det EK var forpliktet til å akseptere etter kontrakten og samordningsplikten. Lagmannsretten oppfatter det slik at BSO også anfører at hindringer i fremdriften uansett ikke skyldes forhold BSO hadde risikoen for.

Som det fremgår av lagmannsrettens tidligere drøftelser, legger lagmannsretten til grunn at 26/11-planen var den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, og at EK derfor hadde grunn til å forvente en fremdrift som i all hovedsak var i tråd med denne. Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at den helt dominerende årsaken til forsinkelsene og fremdriftshindringene for EKs elektroarbeider skyldes forhold som BSO bærer risikoen for. Gjennom en rekke fremdriftsmeldinger med beskrivelser og bilder, samt annen korrespondanse, har EK dokumentert hvordan forsinkelser og manglende ferdigstilling fra foranliggende fag, forsinket deres planlagte hovedaktiviteter. Det dreide seg om forsinkede tømmerarbeider, malingsarbeider og arbeider med gulv og himling, herunder sjakter. Det er også dokumentert fremdriftsutfordringer som skyldes manglende prosjekteringsunderlag. Det var BSOs ansvar og risiko etter kontrakten å sørge for at det fysiske arbeidsgrunnlaget som var nødvendig for EKs elektroarbeider, var på plass, herunder å sørge for at foranliggende fag hadde ferdigstilt sjakter, gulv, himlinger, malingsarbeider osv. Lagmannsretten kan ikke se at det er bevismessig dekning for at forsinkelsene i fremdriften skyldes ineffektivitet eller andre forhold som EK hadde risikoen for etter kontrakten.

På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen, sitter lagmannsretten igjen med det inntrykk at BSOs overordnede fremdriftsstyring og koordinering har vært utilstrekkelig, herunder at det har skortet på den stedlige byggeplassledelsen. Dette inntrykket underbygges av sluttrapporten av 24. februar 2021, som er utarbeidet av Advansia AS til UBF. Advansia AS var kontrahert som UBFs byggeledelse i prosjektet. I rapporten fremheves det at mangler ved fremdriftsstyringen fra BSOs side anses som hovedårsak til forsinkelsene på 4-5 måneder i prosjektet. Det nevnes at det var store avvik mellom

fremdriftsplanene og faktisk fremdrift på byggeplassen, og videre er det flere innvendinger til BSOs stedlige byggeplassledelse. Om dette står det blant annet følgende:

Prosjektet har vært preget av at BSO ikke har produsert prosjektilpassede og til enhver tid oppdaterte planer (fremdrift, slutfase, RTB), og byggeledelsens påstand er at BSO ikke har hatt tilstrekkelige ressurser og nødvendige kompetansen til å produsere gode planer og sørge for at planlagt fremdrift blir fulgt.

BSO hadde flere innvendinger til rapporten. Lagmannsretten viser til at Per Aurtande fra Advansia forklarte seg om rapporten i ankeforhandlingen, og at han fastholdt de hovedkonklusjoner som er gjengitt over. Også vitneforklaringen fra Sven Windhager, som er ansatt som bas i EK, underbygget de forholdene som er beskrevet i rapporten. Han forklarte at det i store perioder var så vanskelig å holde oversikt over fremdriftsfronten, og hvor det var tilkomst, at han måtte starte arbeidsdagen med å gå runder på byggeplassen for å få oversikt over hvor det var klart for EKs aktiviteter.

På denne bakgrunn legger lagmannsretten til grunn at EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse i samsvar med det selskapet krevde i brevet 2. september 2019, det vil si 4,5 måneder. Dette innebærer at EK i utgangspunktet hadde krav på at fristen for mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og at fristen for overtakelse ble forlenget tilsvarende til 1. august 2020. Lagmannsretten legger samtidig til at forsinkelsene og fremdriftshindringene i dette tilfellet gikk langt utover den tålegrensen som følger av den samordningsplikten EK har etter kontrakten.

Før lagmannsretten går over til å drøfte om EKs forseringskrav ligger innenfor det forholdsmessighetskravet som fremgår av punkt 33.8, er det grunn til å knytte noen merknader til en annen av BSOs innvendinger til kravet om fristforlengelse. BSO har fremhevet at kravet om fristforlengelse i brevet 2. september 2019 gjelder perioden fra og med uke 33, det vil si fra 12. august. BSO anfører at det ikke foreligger noe avslag på et krav om fristforlengelse for perioden fra 12. august og frem til 2. september 2019, og som går utover den fristforlengelsen som ble innvilget av BSO i brevet 24. mai 2019. I følge BSO foreligger det derfor uansett ikke et «avslag» på et krav om fristforlengelse som kunne gi EK rett til å forsere før 2. september 2019. Som tidligere nevnt er det derimot enighet mellom partene om at kravet om fristforlengelse for perioden etter 2. september 2019 må anses avslått fra BSOs side gjennom fastholdelsen av kontraktens frister i de etterfølgende fremdriftsmøtene.

Lagmannsretten viser til at EK fremsatte et formelt krav om fristforlengelse i e-post 4. juli 2019. Dette var i utgangspunktet knyttet til forsinkelsene som følge av funn av asbest i Gamleskolen. Lagmannsretten mener likevel det er naturlig å forstå e-posten 4. juli, og den etterfølgende e-posten 11. juli 2019, slik at EK krevde fristforlengelse også for de øvrige delene av bygget, utover den fristforlengelsen som allerede var gitt. Det vises i denne sammenheng til at det i EKs e-post 11. juli 2019 var vedlagt en rekke fremdriftsmeldinger

som varslet om ytterligere forsinkelser målt mot 26/11-planen. BSOs opprettholdelse av fristen for overlevering i det senere fremdriftsmøtet 22. juli 2019 og i de reviderte fremdriftsplanene, må etter lagmannsrettens syn anses som et avslag på dette kravet, jf. NS 8417 punkt 33.8.

6.5.5 Om EKs forseringskrav ligger innenfor forholdsmessighetskravet i punkt 33.8

I brevet 2. september 2019 varslet EK om at det var iverksatt forseringstiltak fra uke 33, og anslo samtidig forseringskostnadene frem til og med uke 12 i 2020 til kroner 4 069 000 (eks. mva.). I samme varsel ble det også anslått fremtidige kostnader til plunder og heft i forseringsperioden på kroner 1 678 500 (eks. mva.).

BSO anfører at EKs eget anslag over forseringskostnadene viser at selskapet ikke hadde rett til å velge å iverksette forsering. Som nevnt følger det av NS 8417 punkt 33.8 at totalunderentreprenøren ikke har rett til å velge å iverksette forsering dersom:

[...] vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %.

BSO og EK er uenige om flere sider av tolkningen av denne begrensningen i retten til å iverksette forsering. Partene er for det første uenige om hvordan man skal beregne de to økonomiske størrelsene som skal sammenlignes etter bestemmelsen, det vil si det antatte vederlaget for forseringen og dagmulktkravet. BSO anfører at dagmulktkravet skal beregnes ved å ta utgangspunkt i kontraktssummen eks. mva., og tillegge 30 %. Ut fra dette regner BSO seg frem til et maksimalt dagmulktkrav på kroner 3 245 562 ($24\,965\,864/10 \times 1,3$). Videre anfører BSO at anslaget over vederlaget for forseringen må inkludere både de anslåtte forseringskostnadene og det plunder og heft-kravet som ble varslet av EK. BSO legger på denne bakgrunn til grunn at det anslåtte vederlaget for forseringen samlet var kroner 5 747 500. Ettersom dette beløpet klart oversteg dagmulktkravet, mener BSO at EK ikke hadde rett til å forsere, og uansett at et eventuelt forseringskrav er begrenset til dagmulktkravet.

EK mener derimot at dagmulktkravet må beregnes ut fra kontraktssummen inkl. mva. Etter EKs beregning blir dermed det maksimale dagmulktkravet kroner 4 056 952 ($31\,207\,330/10 \times 1,3$). Videre anfører EK at det ikke er grunnlag for å medregne det varslede plunder og heft-kravet, slik BSO gjør. Som nevnt over var de anslåtte forseringskostnadene i varslet kroner 4 069 000. Etter EKs beregningsmåte, blir dermed de anslåtte forseringskostnadene tilnærmet likt dagmulktkravet (differanse på kroner 12 048).

Lagmannsretten er enig i EK tolkning. Etter bestemmelsen om dagmulktens størrelse i NS 8417 punkt 40.3 beregnes denne med utgangspunkt i «kontraktssummen». Etter punkt 1.6 defineres kontraktssummen som «det opprinnelige avtalte vederlaget for TUEs oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift». Etter lagmannsrettens syn er det derfor riktig å ta med merverdiavgift ved beregningen av dagmulktkravet. I kontrakten er

kontraktssummen inkludert merverdiavgift kroner 31 207 330. Dette gir et beløp på kroner 4 056 952 ($31\,207\,330/10 \times 1,3$), som er i samsvar med EKs regnestykke. Lagmannsretten legger til grunn at det ikke kan ha noen betydning for retten til å forsere at det anslåtte forseringskravet, gitt denne beregningsmåten, ligger marginalt høyere enn dagmulktkravet (om lag 12 000 kroner).

Lagmannsretten er derimot i tvil om det varslede plunder og heft-kravet skal trekkes inn i det anslåtte forseringsvederlaget som dagmulktkravet skal sammenlignes med.

Lagmannsretten er ikke kjent med rettspraksis eller juridisk teori som behandler spørsmålet. Ordlyden i punkt 33.8 tilsier isolert at det er kostnadene ved selve forseringen som er det relevante sammenligningsgrunnlaget, jf. «vederlaget for forseringen». Ordlyden utelukker likevel ikke at kostnader til plunder og heft som anslås av totalunderentreprenøren også må tas med i beregningen. Formålet med bestemmelsen kan også trekke i denne retning, ettersom det sentrale for totalentreprenøren må sies å være de samlede økonomiske virkningene ved at det igangsettes en forsering på hans regning. Selv om det i praksis nok er en sammenheng mellom forsering og kostnader i form av plunder og heft, slik for så vidt EKs eget varsel illustrerer, er det likevel ikke en nødvendig sammenheng. Det er to ulike krav i kontraktens forstand, som bygger på ulikt faktisk og rettslig grunnlag. Et krav om dekning av kostnader for plunder og heft må også varsles særskilt til totalentreprenøren, jf. NS 8417 punkt 34.1.3.

Lagmannsretten er som nevnt i noe tvil, men har kommet til at de beste grunner taler for at anslåtte kostnader til plunder og heft ikke skal trekkes inn i beregningen av vederlaget for forseringen etter punkt 33.8. I tillegg til det som allerede er nevnt, viser lagmannsretten til avgjørelsen i Rt-1999-878, hvor Høyesterett i tilknytning til tolkningen av den dagjeldende forholdsmessighetsbegrensningen i NS 3430 punkt 17.6 fremhevet at bestemmelsen «er en regel som tilgodeser entreprenøren i en situasjon der byggherren begår kontraktsbrudd ved å avslå krav på fristforlengelse. Dette må få betydning for tolkingen». Lagmannsretten forstår dette slik at Høyesterett la til grunn at en eventuell tolkningstvil om bestemmelsens rekkevidde må gå i favør av entreprenøren, som er satt i en vanskelig situasjon ved å ha fått avslått et berettiget krav om fristforlengelse. Slik lagmannsretten ser det, vil også en tolkning av punkt 33.8 hvor anslåtte fremtidige kostnader til plunder og heft inkluderes, kunne slå urimelig og tilfeldig ut. En entreprenør som lojalt vurderer og varsler om at det også *kan* påløpe kostnader for plunder og heft ved en forsering, vil ved dette stilles svakere enn en entreprenør som først fremmer et slikt krav i etterkant av forseringen, slik som kontrakten punkt 34.1.3 åpner for. Slik lagmannsretten ser det, må den forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter punkt 33.8 også hensynta at EK risikerte både intervensjon og et eventuelt erstatningsansvar, jf. kontrakten punkt 2.7.5 og 2.7.8. Dette tilsier i seg selv at det ikke kan trekkes snevre grenser for retten til å velge å sette i verk forseringstiltak.

Et annet spørsmål er hvilken betydning det skal ha at EKs endelige forseringskrav er høyere enn det maksimale dagmulktkravet, riktig beregnet. Etter lagmannsrettens syn kan ikke punkt 33.8 forstås slik at dagmulktkravet eller de anslåtte forseringskostnadene utgjør en øvre grense for hvilke forseringskostnader en entreprenør kan kreve dekket. Lagmannsretten viser til Hagstrøm/Bruserud «Entrepriserett» (2014) om den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405, på s. 277:

Videre oppstiller standarden en begrensning ved at entreprenøren ikke har adgang til å forsure hvis kostnadene «må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %» Kravet som stilles her retter seg til entreprenørens kalkyle, forut for at forseringen igangsettes, og ikke til de endelige forseringskostnadene. Selv om de endelige forseringskostnadene skulle vise seg å bli høyere, kan entreprenøren kreve samtlige kostnader dekket, forutsatt at den opprinnelige kalkylen var forsvarlig. Ytterligere må det selvfølgelig forutsettes at forseringstiltakene som er satt i verk er forsvarlige.

Tilsvarende legges til grunn i kommentaren til NS 8407 av Nordtvedt mfl. (2013, oppdatert på www.juridika.no) på s. 501. Det avgjørende er om totalunderentreprenøren har foretatt en forsvarlig vurdering av forseringskostnadene sammenholdt med det potensielle dagmulktkravet før forseringen igangsettes. Dersom dette er gjort, virker det å være en utbredt oppfatning i juridisk teori at entreprenøren i utgangspunktet har krav på få dekket samtlige forseringskostnader, selv om de endelige kostnadene skulle bli høyere enn dagmulktkravet og anslaget. I tillegg til den uttalelsen som det er vist til over, kan det vises til Giverholt mfl. i kommentaren til NS 8407 (2012) s. 537. Lagmannsretten slutter seg til denne tolkningen.

Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å konkludere med at det anslaget EK gjorde over forseringskostnadene før forseringstiltakene ble igangsatt fra uke 33 i 2019, var uforsvarlig, selv om de endelige forseringskostnadene som kreves dekket både ble en del høyere enn det som ble anslått i varslet 2. september 2019 og dagmulktkravet tillagt 30 %. I etterkant av det nevnte varslet oppsto det nye forsinkelser, som medførte økte forseringskostnader for EK, jf. drøftelsen nedenfor. Disse forsinkelsene var det etter lagmannsrettens syn BSO som var ansvarlig for.

BSO har videre innvendt at EKs varsel 2. september 2019 gjelder forseringskostnader i perioden fra uke 33, dvs. fra 12. august, og følgelig at EK ikke fremsatte et spesifisert varsel med anslag av forseringskostnadene før forseringstiltakene ble iverksatt, men først flere uker etter at forsering var iverksatt. Slik lagmannsretten oppfatter innvendingen, hevdes det at dette må innebære at forseringskostnader som er påløpt i perioden fra 12. august (uke 33) og frem til EKs varsel i brevet 2. september 2019 uansett er gått tapt, med henvisning til varslingsregelen i siste ledd i punkt 33.8. Av denne bestemmelsen fremgår at:

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Det fremgår av kommentaren til den tilsvarende bestemmelsen i 8407 av Nordtvedt mfl. (2013, oppdatert på www.juridika.no) s. 503 at varslingsplikten i andre ledd ikke er gjort preklusiv, i den forstand at unnlattelse av å varsle ikke betyr at man taper retten til å kreve vederlag for forseringen. Til støtte for dette standpunktet har forfatterne vist til at det samme ble lagt til grunn av Hålogaland lagmannsrett i dom 6. mai 2005 (LH-2004-12799) for den tilsvarende bestemmelsen i NS 3430. Det samme er lagt til grunn i Hagstrøm og Bruseruds «Entrepriserett» (2014) s. 278. Lagmannsretten legger denne rettsoppfatningen til grunn, og kan derfor ikke se at en eventuell unnlatt varsling med angivelse av kostnadene før forsering ble igangsatt, har slik preklusiv betydning for krav om dekning av forseringskostnader som gjelder perioden før 2. september 2019, slik BSO har anført.

6.5.6 Foreløpig oppsummering og overordnet om EKs forseringstiltak

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med EK hadde et berettiget krav om fristforlengelse av det omfang som var krevet i varslet 2. september 2019. Dette betyr at lagmannsretten legger til grunn at EK hadde krav på fristforlengelse med 4,5 måneder, sammenlignet med kontraktens opprinnelige frister, slik at mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og fristen for overlevering ble forlenget til 1. august 2020. Ved å fastholde kontraktens frister, har BSO derfor avslått et berettiget krav om fristforlengelse. Dette gjelder for hele den perioden som er varslet, det vil si fra uke 33, jf. NS 8417 punkt 33.8 første setning.

Lagmannsretten har videre konkludert med at EKs anslag over forseringskostnadene lå innenfor den begrensning i forseringsretten som følger av punkt 33.8 annen setning, og at EK derfor som utgangspunkt hadde rett til å velge å forsere på BSOs regning. Lagmannsretten kan heller ikke se at retten er prekludert på grunn av manglende varsling, verken for hele eller deler av forseringsperioden. Konsekvensen av dette er at EK hadde rett til å velge å iverksette nødvendige og forsvarlige forseringstiltak.

Det er på det rene at EK iverksatte en rekke forseringstiltak i denne perioden og frem mot fristen for mekanisk ferdigstilling, og det er disse kostnadene som kreves dekket av BSO som tilleggsvederlag. Disse forseringstiltakene ble varslet og beskrevet i EKs brev 2. september 2019. Av brevet fremgikk følgende:

Vi ønsker å bistå Backe med å komme i mål med prosjektet uten at Backe blir ilagt dagmulkt av Undervisningsbygg og for at Slemdal skole kan bli klar til skolestart høsten 2020. For å klare å forsere inn ovennevnte forsinkelser, så har vi iverksatt følgende forseringstiltak:

- Ny prosjektlederassistent Sven Windhager fra uke 33 – heltid

- Ekstra ressurs ved prosjektkoordinator Anders Dahl – 2 dager i uken
- Ekstra bas til forseringslaget – heltid
- Ekstra forseringslag med snitt 10 stk. ekstra innleid mannskap
- Overtid
- Benytte midlertidig innleie fra godkjente bemanningsforetak

Det fremgikk av brevet at EK hadde søkt UBF om, og fått godkjent, bruk av innleid mannskap fra bemanningsforetak. Videre skrev EK følgende:

Dersom Backe ikke ønsker at vi skal forsere med et ekstra innleid forseringslag på 10 montører, ekstra bas og prosjektledelse, men isteden innvilger oss fristforlengelse og reviderer fremdriftsplanen må vi umiddelbart få beskjed om det.

Lagmannsretten oppfatter at det ikke er bestridt eller omtvistet at EK faktisk satte i verk de nevnte forseringstiltakene. Det som bestrides fra BSOs side, utover det som allerede er drøftet, gjelder årsakssammenhengen mellom forseringskostnadene og forhold som BSO har risikoen for etter kontrakten, samt flere sider ved utmålingen av tapet. Dette kommer lagmannsretten tilbake til nedenfor.

I tillegg til de rene forseringskostnadene, krever EK dekket ekstra utgifter til plunder og heft i samme periode. I EKs brev 2. september 2019 ble det både varslet om det selskapet mente var pådratte utgifter til plunder og heft, og fremtidige kostnader til dette, som følge av forseringssituasjonen. Vedlagt EKs brev 2. september 2019 lå det også et oppsett med anslag over påløpte og fremtidige forseringskostnader og utgifter til plunder og heft, som lagmannsretten allerede har nevnt i drøftelsen av forholdsmessighetsbegrensningen i punkt 33.8 over. Her fremgikk også de sentrale kostnadspostene for forseringstiltakene, som ligger til grunn for EKs krav om tilleggsvederlag.

6.5.7 Lagmannsrettens syn på EKs krav om tilleggsvederlag for de ulike periodene

6.5.7.1 Innledning – EKs reviderte kalkyle (revisjon 1.3) og bemanningsplan

Lagmannsretten vil i det følgende fra punkt 6.5.7.3 nedenfor drøfte EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft for hver enkelt periode kravene er fremmet.

Før lagmannsretten behandler kravene for de enkelte periodene, vil lagmannsretten knytte noen merknader til EKs reviderte kalkyle og bemanningsplan. Dette har sammenheng med at det er et grunnleggende utgangspunkt etter kontrakten at de merkostnadene som totalunderentreprenøren krever dekket, står i årsakssammenheng med svikt eller forsinkelser ved totalentreprenørens ytelser, eller andre forhold totalentreprenøren har risikoen for. Dersom merkostnadene uansett ville ha påløpt, er det ikke grunnlag for tilleggsvederlag. For forseringskostnader er dette blant annet kommet til uttrykk i avsnitt 108 i HAB-dommen, hvor Høyesterett viser til at det var feil når lagmannsretten i den

påankede dom ikke foretok en konkret vurdering av «[...] hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader HAB Construction ville hatt ved å ta igjen forsinkelsen». For plunder og heft, er det i HAB-dommen, med henvisning til Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen), vist til at merkostnadene som kan kreves dekket skal svare til «[...] forskjellen mellom faktisk påløpte utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de utgifter entreprenøren ville hatt uten byggherreforholdene [...]». Følgelig må det både for forseringskostnader og plunder og heft sammenlignes med et hypotetisk handlingsforløp, hvor man ser bort fra forholdene på totalentreprenørens side.

Lagmannsretten har ved drøftelsen av om EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse, lagt til grunn at forsinkelsene og fremdriftshindringene per 2. september 2019 skyldes forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og ikke svikt eller forsømmelser på EKs side. For EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft i forseringsperioden, må det på bakgrunn av det som er nevnt over likevel vurderes om det er sannsynlig at disse kostnadene ville påløpt uansett. Dette må vurderes mot situasjonen slik den ville vært om 26/11-planen og det produksjonsopplegget EK planla etter hadde vært fulgt, jf. det som er gjengitt fra HAB-dommen i avsnittet over.

Som nevnt i drøftelsen av fremdriftsforutsetningene i kontrakten i punkt 5 ovenfor, legger lagmannsretten til grunn at EK, basert på den omforente 26/11-planen, utarbeidet en bemanningsplan 28. november 2018 og en revidert kalkyle for prosjektet (også omtalt som revisjon 1.3). Prosjektleder Nicolai Laache og prosjektkoordinator Anders Dahl forklarte seg om dette i ankeforhandlingen, og både bemanningsplanen og den reviderte kalkylen ble gjennomgått. Av dette fremgikk at EK la opp til å bruke drøyt 17 000 montørtimer på prosjektet. Videre fremgår det at EK la opp til å benytte opptil 11 montører på det meste, med et tyngdepunkt i produksjonen frem mot sommeren 2019, og de første månedene etter sommeren. Deretter var det lagt opp til gradvis færre montørtimer frem mot slutfasen. Dahl forklarte at Laache skulle være prosjektleder, og ha med seg to baser med hver sine montørslag. Det er denne bemanningsplanen og den reviderte kalkylen (revisjon 1.3) som danner utgangspunktet for beregningen av EKs krav om tilleggsvederlag.

BSO har anført at EKs bemanningsplan og reviderte kalkyle var urealistisk og at EK undervurderte omfanget av arbeidene. BSO hevder at en god del av de kostnadene som kreves dekket ville påløpt uansett. Med andre ord hevdes det at EK ville måtte leid inn mannskaper og utvidet administrasjonen også om de påståtte forholdene på BSOs side tenkes borte. Til støtte for dette har BSO blant annet vist til en rapport innhentet fra Paradigme AS.

Lagmannsretten vil komme tilbake til dette ved vurderingen av kravet om tilleggsvederlag for de enkelte periodene nedenfor. På et overordnet plan vil lagmannsretten likevel bemerke at den etter bevisførselen finner å kunne slutte seg til tingrettens vurdering av EKs

reviderte kalkyle og bemanningsplan. Om dette skriver tingretten følgende under punkt 7.5.4 i dommen (s. 42):

26/11-planen viser etter rettens syn en realistisk og rasjonell produksjonsrekkefølge på EKs aktiviteter. Bemanningsplanen og revisjon 1.3 av kalkylen synes å være godt i samsvar med de ytelser og den produksjonsrekkefølge 26/11-planen legger opp til. EKs kalkyle og bemanningsplan innebærer et gjennomsnitt på drøyt 1,6 montørtimer per kvadratmeter. For nybygg kan dette virke noe høyt, men for rehabilitering/ombygging kan det virke som noe lavt. Samlet gir det ikke noen umiddelbar indikasjon på at beregnet totalt timetall er for lavt. Det er i denne sammenheng også riktig å se på EK sitt opprinnelige tilbud i forhold til konkurrentenes prisnivå. EK sitt tilbud var på ca. 22,80 MNOK. De øvrige tilbyderne innga tilbud på omkring 22,50 MNOK, 24,97 MNOK og 26,66 MNOK. Avvikene er små, og indikerer ikke at EK's tilbudssum var for lav – tvert imot har de etter rettens syn i denne konkurransen kalkulert riktig og faktisk fått tilslag selv om de ikke hadde lavest tilbudspris.

Retten er av den oppfatning at EK pr 28. november 2018 ikke kan kritiseres for sin vurdering av totalt antall montørtimer, men at de kanskje hadde en noe optimistisk flat bemanning som ikke ivaretar en vanlig topp på slutten av byggetiden. Det kan også være et resultat av at tidligarbeider, som normalt burde vært utført før 28. november 2018, allerede på dette tidspunkt var forskjøvet på grunn av manglende prosjekteringsunderlag og tilkomst.

Lagmannsretten er enig i disse vurderingene. Det fremstår for lagmannsretten som det timeforbruket som EK la opp til i bemanningsplanen og den reviderte kalkylen var realistisk, forutsatt at 26/11-planen ble fulgt. Som tidligere nevnt la 26/11-planen opp til at produksjonen av hovedaktivitetene i elektroentreprisen skulle foregå sekvensielt, og at montørene skulle gå fra etasje til etasje, og deretter fra bygg til bygg, noe som også er det normale i en elektroentreprise. At EKs bemanningsplan muligens var noe flat og ikke tok tilstrekkelig hensyn til at det var påregnelig med en bemanningstopp inn mot fristen for mekanisk ferdigstilling, er også påpekt i rapporten som er fremlagt av Paradigme AS.

I likhet med tingretten kan heller ikke lagmannsretten se at EK hadde planlagt med for få administrative ressurser. For lagmannsretten fremstår det som realistisk å planlegge utførelsen med én prosjektleder og to baser med hver sine montørlag. Anders Dahl forklarte i ankeforhandlingen at prosjektet var fullt mulig å gjennomføre med den planlagte bemanningen, om man kunne utført arbeidene som forutsatt i 26/11-planen. Han understreket at det ikke var forhold ved elektroarbeidene som skapte utfordringer med bemanningen, men de stadige og betydelige forsinkelsene og den ekstreme forseringssituasjonen EK ble satt i.

BSO har som nevnt innhentet en rapport fra Paradigme AS ved Helge Solberg, som senere er oppdatert med en tilleggsvurdering. Rapporten løfter frem flere forhold som hevdes å tale for at EK feilvurderte omfanget av elektroentreprisen, og at dette er årsaken til en

vesentlig del av merforbruket av montørtimer. Helge Solberg forklarte seg om dette i lagmannsretten. I rapporten er det blant annet pekt på at bruken av innleid mannskap og stadige utskiftinger av disse har medført ineffektiv drift. Som lagmannsretten kommer tilbake til, bestrider ikke EK at innleid mannskap normalt vil være mindre effektivt enn om arbeidet utføres med egne ansatte. EK anfører imidlertid at innleie var nødvendig for å hente inn de store forsinkelsene, som skyldtes forhold BSO hadde risikoen for. Paradigmes rapport peker videre på at den kurven for bemanning som følger av EKs bemanningsplan skiller seg fra hva som er vanlig i en elektroentreprise, og at det normalt er påregnelig med en bemanningstopp frem mot mekanisk ferdigstilling. Som nevnt er lagmannsretten til en viss grad enig i dette, og lagmannsretten kommer tilbake til dette i behandlingen av kravene for de enkelte periodene. Lagmannsretten vil samtidig påpeke at kurven for bemanning kan bli noe annerledes der en elektroentreprise er fordelt på flere bygg, og entreprenøren har lagt opp til å ta disse sekvensielt, slik tilfellet var her. Lagmannsretten kan for øvrig ikke se at rapporten fra Paradigme AS rokker ved essensen i vurderingen over, om at EKs reviderte kalkyle og bemanningsplan fremstår som realistisk og sannsynlig, dersom 26/11-planen hadde vært fulgt.

6.5.7.2 Forsering og plunder og heft for uke 33 til 41 i 2019

6.5.7.2.1 Forseringskostnader

I brev 26. oktober 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader, som senere ble revidert til kroner 1 536 119. Tingretten kom til at BSOs innsigelser mot kravet var prekludert og tilkjente EK tilleggsvederlag i tråd med kravet. Som nevnt anføres det ikke for lagmannsretten at BSOs innsigelser til kravet er prekludert. EK fastholder likevel kravet. BSO anfører at det ikke er grunnlag for å tilkjenne forseringskostnader for perioden.

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at BSO avslo et berettiget krav på fristforlengelse, og at EK hadde rett til å iverksette forseringstiltak for å overholde kontraktens frister. Tingretten har lagt til grunn at det må være riktig å innrømme EK en nokså romslig margin ved bedømmelsen av de valg som ble gjort ved forseringen, ettersom EK ufrivillig ble satt i en situasjon hvor de måtte hente inn store forsinkelser i løpet av kort tid. Tingretten støttet seg på en uttalelse i en voldgiftsdom 2. august 2012, avsagt av Flock, Engesæth og Kobbe. Lagmannsretten er enig i synspunktet, og legger det samme til grunn for vurderingen nedenfor.

EKs krav for perioden uke 33 til 41 i 2019 på kroner 1 536 119 gjelder merkostnader selskapet skal ha hatt med å hente inn forsinkelsene, fordelt på følgende poster:

2 Forseringskost - mannskap uke 33 til 41 (2019)				1 536 119
2.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110 4631	509 410
2.2	Pålagt overtid 50%	1	300 77	23 100
2.3	Pålagt overtid 100%	1	600 189	113 400
2.4	Prosjektlederassistent Anders Dahl	1	740 376	278 240
2.5	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690 318	219 420
2.6	Prosjektlederassistent Timothy A McParland i uke 37 og 38	1	690 98	67 620
2.6	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640 385	246 400
2.7	Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	1	78529	78 529

Lagmannsretten vil først knytte enkelte overordnede merknader til postene, da dette er poster som kommer igjen også for de senere periodene det kreves tilleggsvederlag:

- Post 2.1 gjelder merkostnader ved at EK har leid inn montører til et ekstra forseringslag som ble satt på prosjektet. EK har for lagmannsretten fremlagt fakturaer og lønns slipper som skal vise at den gjennomsnittlige merkostnaden ved innleid mannskap (inkludert sosiale utgifter) utgjør 120 kroner per timeverk, sammenlignet med egne ansatte. EK har trukket ut kroner 10, som selskapet dekker som egen risiko, slik at differansen som kreves dekket er kroner 110. BSO har innvendinger til både at dette kan kreves dekket, og beregningen, som lagmannsretten kommer tilbake til.

- Post 2.2 og 2.3 gjelder pålagt overtid med henholdsvis 50 og 100 %, som EK har fremlagt timelister for. BSO mener det ikke er sannsynliggjort at overtid var nødvendig som følge av forseringen.

- Post 2.4 til 2.6³ gjelder økte administrative ressurser, i form av ekstra prosjektadministrasjon og baser, som EK satte inn som en del av forseringstiltakene. BSO har flere innvendinger til denne kostnadsposten.

- Post 2.7 gjelder ekstra utstyr og overtidsmat som følge av forseringstiltakene. Det ble i ankeforhandlingen gjennomgått et kostnadsoppsett og faktura for dette. BSO har ikke hatt innvendinger til denne kostnadsposten.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at det følger av NS 8417 punkt 34.2.2 at justering av vederlaget skal skje etter bestemmelsene i punkt 34.3 og 34.4. Kontraktens timepriser skal legges til grunn der de er anvendelige, jf. punkt 34.3.1. Som for tingretten, er det sentrale spørsmålet om det er årsakssammenheng mellom forsinkelsene som ga EK rett til å forserer, og de kostnader som kreves dekket av BSO.

³ Post 2.6 er ført opp to ganger, men det fremgår at post 2.6 gjelder to ulike poster

Lagmannsretten har i punkt 6.5.7.1 ovenfor konkludert med at den bemanningen og det timeforbruket som EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen, var realistisk, forutsatt at den omforente 26/11-planen ble fulgt. På samme måte som tingretten finner lagmannsretten at det er sannsynlig at EK ville klart å gjennomføre prosjektet som forutsatt, dersom de vesentlige forsinkelsene i fremdriften som BSO hadde ansvaret for, tenkes borte. Dette gjelder også de administrative ressurser EK hadde planlagt med i prosjektet, med én prosjektleder og to baser. Dette må likevel nyanseres noe, og lagmannsretten kommer tilbake til dette nedenfor.

BSO har som tidligere nevnt anført at EK har undervurdert egne kontraktsforpliktelser og det timeforbruket som var nødvendig for å utføre elektroarbeidene. BSO har fremhevet at EK manglet erfaring med den tekniske kravspesifikasjonen som gjaldt for UBFs skolebygg, og at rehabiliteringsarbeidene på Slemdal skole var komplekse, og at det er sannsynlig at det er dette som har ført til et høyere timeforbruk enn det EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen. Lagmannsretten kan ikke se at dette har dekning i bevisene. For lagmannsretten fremstår det som solid underbygget at den dominerende årsaken til at timeforbruket ble langt mer omfattende, var forsinkelser og fremdriftshindringer som BSO var ansvarlig for etter kontrakten. Den bevisførselen BSO har støttet seg på for å underbygge det motsatte, er gjennomgående holdt på et overordnet plan, og er lite konkret når det gjelder hvordan EKs feilvurderinger skal ha gitt seg utslag i et høyere timeforbruk. Et unntak her gjelder monteringen av optisk varsling, hvor omfanget av varslingen sprang ut av et særkrav i UBFs kravspesifikasjon som EK feilvurderte. Dette forholdet har ingen betydning i denne sammenhengen.

Når det gjelder merkostnaden som følger av post 2.1 ovenfor, så knytter dette seg til innleie av mannskap. Det er på det rene at EK som en del av forseringstiltakene økte bemanningen og leide inn et stort antall ekstra montører. Lagmannsretten mener dette var både nødvendig og påregnelig i den krevende forseringssituasjonen som oppsto etter sommeren 2019. Som nevnt i drøftelsen over, var konsekvensen av forsinkelsene at produksjonsperioden for elektroarbeidene ble svært komprimert og tilnærmet halvert sammenlignet med det som fremgikk av 26/11-planen. Dette innebar at det ble vesentlig kortere tid til å utføre stort sett alle hovedaktivitetene i elektroentreprisen. I tillegg måtte elektroarbeidene i stor grad utføres parallelt, noe som gjorde arbeidet mindre effektivt.

BSO har som en overordnet innvending til posten som gjelder innleie av mannskap, anført at det ikke er rom for å dekke dette som en merkostnad etter kontrakten. BSO har vist til at EK var forpliktet til å utføre arbeidene med egne ansatte, og at det var avtalt en utvidet endringskompetanse på inntil 35 % av kontraktssummen, jf. kontrakten punkt 2.7.7, som er et tillegg til NS 8417 punkt 31.2 om endringsarbeider. I følge BSO tilsvarer dette en endringskompetanse på totalt ca. 14 593 timesverk. BSO hevder derfor at EK skulle stilt med kapasiteten til å dekke forseringen gjennom egne ansatte, og merkostnaden ville da overhodet ikke oppstått.

Bestemmelsen i punkt 2.7.7 gir riktignok totalentreprenøren adgang til å bestille tilleggsarbeider, som for øvrig kan bestå av både materialer og timesverk, for inntil 35 % av kontraktsummen. Men bestemmelsen regulerer ikke om slike tilleggsarbeider skal utføres med totalunderentreprenørens fast ansatte mannskaper eller på annen måte. Etter lagmannsrettens syn er det uansett vanskelig å se at disse kontraktsforpliktelsene regulerer en situasjon med defensiv forsering, slik BSO anfører. Lagmannsretten kan vanskelig se at EK var forpliktet til å stille med en reservekapasitet av fast ansatte på 35 % for enhver forseringssituasjon, herunder for å hente inn vesentlige forsinkelser som skyldes forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det kan i denne sammenheng vises til at det også etter bestemmelsen i NS 8417 punkt 31.2 om pålagt omlegging og forsering, gjelder et krav om at forseringen må være praktisk mulig uten urimelige oppofrelser for totalunderentreprenøren. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at merkostnad ved innleie på grunn av forsering eller plunder og heft kan dekkes etter kontrakten.

EK har fremlagt timelister for å dokumentere omfanget av innleie. Lagmannsretten finner at det timeantallet på 4631 som ligger til grunn for kostnadspost 2.1 i oppstillingen over, er sannsynliggjort. Så vidt lagmannsretten kan se, har heller ikke BSO hatt innvendinger til timeantallet. Lagmannsretten anser det som sannsynliggjort at det var forsinkelsene og fremdriftshindringene BSO var ansvarlig for, som var årsaken til at det ble nødvendig med innleie av dette omfanget. Et annet spørsmål er om dette gjelder all innleie i perioden. Tingretten tok ikke stilling til om det var sannsynliggjort at all innleie i denne perioden skyldes forhold BSO hadde risikoen for, da tingretten fant at BSOs innsigelser til kravet var prekludert. For den etterfølgende perioden fra uke 42 til 46, tok derimot tingretten stilling til dette. Tingretten fant at det var sannsynlig at deler av innleiebehovet i uke 42 til 46 skyldtes at EK hadde en noe flatere bemanning enn påkrevd, og følgelig at deler av merkostnaden ikke sto i årsakssammenheng med forhold på BSOs side. Om dette skriver tingretten følgende (s. 52):

Etter rettens syn er det ikke sannsynliggjort at all innleie i perioden skyldes forhold BSO har risikoen for. Retten viser til at EK hadde planlagt for en mer flat bemanning enn det som var realistisk, jf. punkt 7.5.4 ovenfor. Retten mener det er sannsynlig at EK i denne perioden hadde undervurdert bemanningsbehovet noe, og at dette har bidratt til antallet innleide montører. Etter rettens syn burde EK, særlig gitt samordningsplikten og den tålegrense som gjelder, ha kunnet stille med en snittbemanning på 12 egne montører i denne fasen. Tall fra BSO viser at snittbemanningen på byggeplassen fra EK i 3. og 4. kvartal 2019 var henholdsvis 18,6 og 24,8 montører totalt, hvorav henholdsvis 8,2 og 8,5 var EKs egne ansatte. En bemanning på 8-9 montører er for så vidt i samsvar med EKs bemanningsplanen 28. desember 2018, men dette ville altså etter rettens syn vært utilstrekkelig selv dersom de forhold BSO har risikoen for tenkes bort. Kravet om tilleggsvederlag må reduseres tilsvarende. EKs krav innebærer at det i uke 42 til 46 i snitt var over 19 *innleide* ukesverk i elektroentreprisen (3 590 timer delt på fem uker à 37,5 timer). Retten mener EK burde ha hatt fire flere faste ukesverk på prosjektet enn det de

hadde, og mener derfor det bare er sannsynliggjort årsakssammenheng for 2 812 timer (15 innleide ukesverk, ganger fem uker à 37,5 timer).

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor, er lagmannsretten enig i at EK har undervurdert bemanningsbehovet noe. Dette har støtte i rapporten fra Paradigme AS. Lagmannsretten mener de synspunkter tingretten legger til grunn for uke 42 til 46 over er overførbare også for perioden fra uke 33 til 41, og følgelig at deler av merkostnadene til innleie i denne perioden skyldes at EK var noe lavere bemannet enn påkrevd, særlig når man hensyntar samordningsplikten og den tålegrensen som gjelder. EK har for øvrig heller ikke påanket tingrettens vurdering for perioden uke 42 til 46. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at EK burde kunne stilt med 12 egne ansatte montører også i uke 33 til 41, det vil si om lag tre flere enn de hadde i snitt. Ut fra de tallene som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, hadde EK i snitt om lag 15 innleide ukesverk med montører i denne perioden. Hensyntatt de tre faste ukesverkene lagmannsretten mener EK må dekke som egen risiko etter kontrakten, er det sannsynliggjort årsakssammenheng mellom de forsinkelser BSO var ansvarlig for, og 3600 timer med innleide mannskaper (12 innleide ukesverk, ganger åtte uker á 37,5 timer).

Lagmannsretten vil i forlengelsen av dette påpeke at BSO har hatt en rekke andre innvendinger til omfanget av EKs innleie, og i hvilken grad denne merkostnaden kan tilbakeføres til forhold BSO er ansvarlig for. Det er anført at EK har hatt for liten kapasitet og at EK har prioritert å sette inn egne ansatte på andre oppdrag. Det er videre anført at EK har hatt hyppige utskiftninger av det innleide mannskapet, med den følge at driften ble enda mer ineffektiv enn den kunne vært. Lagmannsretten oppfatter at det siste både er en innvending til timeforbruket som ligger til grunn for forseringskravet, og til kravet om plunder og heft. Kravet om plunder og heft kommer lagmannsretten tilbake til.

Lagmannsretten kan ikke se at det er dekning for å hevde at EK generelt har hatt for liten kapasitet i organisasjonen, eller at selskapet har prioritert andre oppdrag på bekostning av Slemdal skole. Det fratrukket lagmannsretten har gjort for at selskapet hadde en noe flatere bemanning enn påkrevd, knytter seg til en konkret vurdering av bemanningsbehovet, og skyldes etter lagmannsrettens oppfatning ikke at EK generelt hadde for liten kapasitet eller bortprioriterte Slemdal skole. Når det gjelder utskiftningen av innleid mannskap, mener lagmannsretten at dette må henføres til forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det var BSOs forhold som var den helt dominerende årsaken til behovet for innleie i den forseringssituasjonen som oppsto, og lagmannsretten anser det bevist at EK gjorde hva de kunne for å opprettholde kontinuitet blant de innleide mannskapene.

BSO har fremlagt en rapport fra Sweco ved Thomas Selboe, som selskapet hevder underbygger at en del av merforbruket av timer skyldes at EK har hatt for dårlige arbeidstegninger som underlag for elektroarbeidene. I rapporten legges det til grunn at svakheter ved arbeidstegningene kan ha ført til mye prosjektering på stedet, og økt

timeforbruk og administrasjon, og at denne effekten har tiltatt ved bruk av innleid mannskap. Både Selboe fra Sweco og Prosjektleder Anders Dahl fra EK forklarte seg om dette i ankeforhandlingen. Dahl gikk detaljert inn på hvilke premisser i Swecos notat som er feil, og hvorfor arbeidstegningene var tilstrekkelige som arbeidsunderlag. På bakgrunn av bevisførselen om dette forholdet, kan lagmannsretten ikke se at det Sweco legger til grunn i rapporten er sannsynliggjort.

BSO har også anført at det ikke er sannsynliggjort at innleie av mannskap innebærer en forskjell i gjennomsnittskostnad på kroner 110 per time, slik det er forutsatt under post 2.1 i EKs krav. Slik lagmannsretten forsto anførselen, hevdes det at differansen er kroner 92, og at EKs høyere tall skyldes at selskapet uriktig har tatt med lønn til lærlinger og hjelpemenn i beregningen av gjennomsnittslønnen for egne ansatte. Lagmannsretten viser her til at underlagsdokumentasjonen beregningen bygger på ble grundig gjennomgått i ankeforhandlingen, blant annet gjennom sammenligning av lønns slipper og faktura fra bemanningsbyråene. Lagmannsretten kan ikke se at det var feil å ta med lønn til lærlinger og hjelpemenn i beregningen av gjennomsnittslønnen for egne ansatte, all den tid dette var et kontraktsfestet krav i prosjektet. EK hadde samtidig ikke mulighet til å leie inn eksterne lærlinger og hjelpemenn, og det må derfor være riktig at dette holdes utenfor kostnadsberegningen for innleiemannskapene. Lagmannsretten finner at differansen på kroner 110 per time er sannsynliggjort som en merkostnad som følge av forseringen.

På denne bakgrunn finner lagmannsretten at EK har sannsynliggjort at 3600 timer innleid bemanning kan dekkes som en merkostnad av BSO. De resterende timene for innleid mannskap som EK krever dekket, er det ikke sannsynliggjort at skyldes forhold som BSO hadde risikoen for. Dette innebærer en merkostnad på kroner 396 000 (3600 timer x 110 differanse) for innleid mannskap, som lagmannsretten mener EK kan kreve dekket som tilleggsvederlag.

Når det gjelder post 2.2 og 2.3 i kostnadsoppsettet, gjelder dette merkostnader for pålagt overtid med henholdsvis 50 og 100 %. Omfanget av overtiden, henholdsvis 77 og 189 timer, er dokumentert med timelister som ble gjennomgått i ankeforhandlingen. BSO mener det ikke er sannsynliggjort at overtidsbruken var nødvendig. Lagmannsretten er ikke enig, og kan i all hovedsak vise til drøftelsene ovenfor når det gjelder behovet for å tilføre ekstra ressurser som følge av forseringen. Lagmannsretten kan ikke se at overtidsbruken ville påløpt uten forseringen. Et annet spørsmål gjelder timesatsen som er benyttet. EK har lagt til grunn en timesats på kroner 600 for sin beregning. Tingretten tok ikke stilling til dette for denne perioden som følge av sitt syn på preklusjonsspørsmålet, men behandlet dette for perioden fra uke 42 til 46. Tingretten skriver følgende om dette (s. 53):

Kontraktens timepriser har ikke noen særskilt regulering av overtid, og retten antar at et tilleggsvederlag for overtidsbruk må beregnes i medhold av NS 8417 punkt 30.1, slik at EK skal «*ha betalt for nødvendige kostnader med å utføre arbeidet og et avtalt*

eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste». EK har dokumentert at snittkostnaden for egne ansatte er omkring 320 kroner per time, inkludert sosiale kostnader. Retten antar at et sedvanlig påslag er 19 %, slik at timelønnen inkludert påslag er ca. 380 kroner. Det overtidstillegget EK kan kreve fra BSO utgjør etter dette 190 kroner per time. EK tilkjennes etter dette et tilleggsvederlag for merkostnader ved bruk av overtid med 10 640 kroner

EK har ikke hatt innvendinger til tingrettens beregning ovenfor for perioden uke 42 til 46. Heller ikke BSO har hatt innvendinger til timeprisen for overtid. Lagmannsretten finner å kunne slutte seg til tingrettens vurderinger. For pålagt overtid med 50 % kan derfor EK kreve kroner 190 i overtid, mens det for pålagt overtid med 100 % blir kroner 380. Totalt utgjør dette kroner 86 450.

Lagmannsretten går over til å se på de merkostnadene EK krever dekket som relaterer seg til ekstra administrative ressurser som følge av forseringen, og som er omfattet av postene 2.4 til 2.6 i oppsettet ovenfor.

Det er uomtvistet at EK som en del av forseringstiltakene endret prosjektadministrasjonen, og satte inn langt flere administrative ressurser. Det er redegjort for hva dette innebar i den forseringsrapporten som var vedlagt EKs spesifiserte krav 26. oktober 2019. EK skriver her følgende:

I forbindelse med betydelig økt forseringsbemanning, parallelle aktiviteter og flere fremdriftsfronter må prosjektadministrasjonen økes med kostnadskonsekvens for å kunne klare å holde kvalitet, fremdriftsplan og milepælsdatoer. Det etableres nye rutiner for møtevirksomhet og rollefordeling.

Det utføres følgende endringer i uke 33:

Anders Dahl – ny stilling som prosjektkoordinator.

Sven Windhager – endres fra BAS til prosjektlederassistent.

Timothy A McParland – overtar rollen til Sven som BAS.

Adrian E. Leman – ny stilling BAS forseringslag.

Lagmannsretten mener det var både nødvendig og påregnelig å oppskalere prosjektadministrasjonen i den krevende forseringssituasjonen som oppsto for EK etter sommeren 2019. Administrativt måtte EK håndtere et større antall innleide montører i prosjektet, som fortløpende måtte settes inn i de arbeidsoppgaver som var tilgjengelig, samt koordinere et økende antall parallelle aktiviteter. Dette krevde nødvendigvis en god del mer administrasjon. Prosjektleder Nicolai Laache forklarte i lagmannsretten at han opplevde at de ble tvunget inn i en uholdbar situasjon, hvor prosjektledelsen ble sittende kontinuerlig med planlegging og allokering av ressursene der man fikk tilkomst. Han forklarte at dette skilte seg sterkt fra det man var vant til for en elektroentreprise, og fremhevet forsinkelsene og manglende fremdriftsstyring og koordinering fra BSO som årsaken til dette. For lagmannsretten fremstår denne beskrivelsen fra EKs side som godt forankret i bevisene. Det ble i ankeforhandlingen dokumentert fra forseringsrapporten for

uke 33 til 41 som var vedlagt EKs brev 26. oktober 2019. Etter lagmannsrettens syn underbygger beskrivelsene i rapporten at det var behov for en betydelig oppskalering av administrasjonen, og at dette skyldtes forseringssituasjonen og de forsinkelser BSO hadde ansvaret for. Slik lagmannsretten ser det, ble dette behovet for en betydelig oppskalering av administrasjonen forsterket av tilsvarende svakheter i BSOs administrasjon og fremdriftsstyring. Lagmannsretten viser her til at det i sluttrapporten utarbeidet av UBFs byggeleder Advansia AS ble konkludert med at BSO har hatt en mangelfull og uhensiktsmessig organisering av prosjektet. Det pekes gjennomgående på at det var for få administrative ressurser satt inn fra BSOs side og at prosjektorganisasjonen manglet kompetanse på å produsere gode fremdriftsplaner og sørge for at fremdriften ble fulgt, jf. rapporten side 15-16.

Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at de ressursene som er nevnt over, ble satt inn i administrasjonen på den måten som er beskrevet av EK i brevet 26. oktober 2019, og at dette medførte en merkostnad for EKs del. Det bemerkes at både Anders Dahl og Nicolai Laache forklarte seg om dette i ankeforhandlingen, og deres forklaring samsvarte med den redegjørelsen som fremgår av brevet. Lagmannsretten nevner i tillegg at for Timothy A McParland er det krevd gjort opp for timepris som prosjektlederassistent for uke 37 og 38, da han fungerte i denne rollen i disse ukene. Også dette mener lagmannsretten er sannsynliggjort. Lagmannsretten understreker at den ikke kan se at det er sannsynlig at EK ville hatt disse kostnadene dersom prosjektet hadde fulgt 26/11-planen, selv når det tas hensyn til at samordningsplikten innebar at EK måtte tåle visse forskyvninger i den fremdriften som fulgte av planen.

Et annet spørsmål knytter seg til den timeprisen EK legger til grunn for de administrative ressursene. Partene er enige om at man skal ta utgangspunkt i kontraktens timepriser for regningsarbeider. Kontraktens punkt 1.4 har følgende innhold:

Det er avtalt følgende timepriser for regningsarbeider eksklusiv merverdiavgift:

- | | |
|---|---------------|
| a) Faggruppe: RIE | Timesats: 940 |
| b) Faggruppe: Prosjektleder | Timesats: 740 |
| c) Faggruppe: Elektromontør | Timesats: 600 |
| d) Faggruppe: Lærling | Timesats: 420 |
| e) Faggruppe: ikke viderefakturerbare timer (for eksempel riggarbeider) | Timesats: 500 |
| f) Maskiner belastes i henhold til: Dokumentert kostpris + 20% | |
| g) Transport belastes i henhold til: Dokumentert kostpris + 20% | |

Alle satser som timesatser og endringer med fastpris er inklusive arbeidsledelse, administrasjon, rigg og driftskostnader, fortjeneste og fremdriftskonsekvenser.

Disse satsene og/eller endringer med fastpris skal også dekke inn eventuelle krav iht NS8417 pkt 34.1.

Påslag for materialer (på TUEs netto kostpris) skal være: 20 %.

BSO viser til at det følger av punkt 1.4 annet ledd at alle timeprisene i kontrakten, inklusive montørtimer, er inkludert kostnader til arbeidsledelse, administrasjon og rigg og drift. BSO anfører at EK vil få «dobbelbetalt», om man både erstatter merkostnader til økt administrasjon og arbeidsledelse som følge av forseringen, samtidig som man krever oppgjør etter kontraktens timesatser for montører, hvor det samme allerede er inkludert i timeprisen. EK bestrider dette, og viser til at ekstra forseringsressurser ikke er inkludert i timeprisen for montører.

Spørsmålet er relevant for begge kravene om tilleggsvederlag som er fremmet av EK i saken. Lagmannsretten finner det naturlig å behandle dette allerede ved drøftelsen av EKs forseringskrav, ettersom det også relaterer seg til de økte administrative ressursene som ble satt inn som en del av forseringen.

Lagmannsretten er for så vidt enig med BSO i at ordlyden i kontrakten punkt 1.4 annet ledd *kan* leses slik at timeprisen på kroner 600 for elektromontører omfatter all arbeidsledelse og administrasjon, også de ekstra ressursene som settes på i en forseringssituasjon. Ordlyden i punkt 1.4 utelukker imidlertid ikke den motsatte forståelsen. Tvert imot mener lagmannsretten den fremstår vel så naturlig. For det første omtaler ikke punkt 1.4 ekstra arbeidsledelse og administrasjon i forbindelse med en forsering. For det andre henviser ikke bestemmelsen til kapittel 33 i standarden, eller punkt 33.8 om forsering ved uberettiget avslag. Etter lagmannsrettens syn fremstår det i det hele tatt som noe anstrengt å se det slik at en totalunderentreprenør må prise inn mulige fremtidige ekstrakostnader til arbeidsledelse og administrasjon for enhver forseringssituasjon etter punkt 33.8 i timeprisen, som vil være konsekvensen av BSOs syn.

EK har vist til noe rettspraksis som ser ut til å forutsette at ekstrakostnader for økte utgifter til arbeidsledelse og administrasjon i forbindelse med forsering ikke er dekket av kontraktens timesatser. Lagmannsretten kan likevel ikke se at spørsmålet er behandlet i rettspraksis på en måte som er avgjørende for vår sak. Lagmannsretten har funnet spørsmålet tvilsomt, men har kommet til at det ikke er naturlig å tolke kontrakten slik at timesatsen for montører inkluderer den ekstra arbeidsledelse og administrasjon som er en nødvendig følge av en forsering etter punkt 33.8. Slik lagmannsretten ser det, er den arbeidsledelse og administrasjon som er inkludert i timeprisen for montører i kontraktens punkt 1.4 den ordinære administrasjonen i prosjektet. For EKs del gjelder dette kontraktens baser og rigg og drift, samt prosjektleder Nicolai Laache. Kostnadene for dette inngår i timeprisen, og kreves heller ikke dekket av EK som en ekstrakostnad. Under enhver omstendighet kan lagmannsretten ikke se at kontraktens timepriser dekker den ekstra arbeidsledelse og administrasjon som var nødvendig i en forsering av den karakter vi står overfor i vår sak, hvor det er tale om svært store forsinkelser på stort sett alle hovedaktiviteter i elektroentreprisen, og hvor forsinkelsene måtte hentes inn i løpet av relativt kort tid.

Lagmannsretten konkluderer derfor under en viss tvil med at ekstra administrative ressurser og arbeidsledelse som var en nødvendig følge av forseringen, ikke er inkludert i timeprisen for montører i kontrakten punkt 1.4.

Når det gjelder de timesatsene EK har lagt til grunn for de ekstra administrative ressursene som ble tilført prosjektet som følge av forseringen, så slutter lagmannsretten seg til de vurderinger tingretten gjorde av dette i behandlingen av kravet for den påfølgende perioden fra uke 42 til 46. Tingretten kom til at det måtte være riktig å benytte kroner 740 som timepris for Anders Dahl, da han hadde fungert som prosjektkoordinator, som var sammenlignbart med prosjektleder. Tingretten kom også til at det for Sven Windhager var grunnlag for å bruke en timepris på kroner 690, i samsvar med hva EK har krevd. For Adrian Leman kom tingretten til at det ikke var grunnlag for å benytte mer enn kroner 600 i timesats. EK har ikke påanket tingrettens vurdering av timesatsene. Lagmannsretten slutter seg som nevnt til tingrettens vurdering, og legger derfor dette til grunn for utmålingen også for uke 33 til 41. EK har imidlertid i tillegg krevd dekket en timepris på kroner 690 for Timothy A McParland for den rollen han skal ha innehatt som prosjektlederassistent i uke 37 og 38. Som nevnt over, har lagmannsretten funnet at det er sannsynliggjort at McParland har fungert i denne rollen. Timeprisen for ham legges derfor også til grunn.

På denne bakgrunn kommer lagmannsretten til at tilleggsvederlaget som kreves for Dahl, Windhager og McParland i post 2.4 til 2.6 legges til grunn. For Leman (i den andre posten som kalles post 2.6) benytter lagmannsretten den samme timeprisen som tingretten gjorde for uke 42 til 46, det vil si kroner 600. Samlet sett kommer lagmannsretten etter dette til at det skal utmåles et tilleggsvederlag for disse postene på kroner 796 280.

Når det gjelder post 2.7 og merkostnadene til overtidsutstyr, mat osv., har ikke BSO hatt innvendinger til denne posten. Lagmannsretten finner uansett at kostnadene er sannsynliggjort som en merkostnad som følge av forseringen. Det ligger i sakens natur at det med ekstra innleid mannskap også var behov for ekstra utstyr, og at denne kostnadsposten er en følge av forseringen. Tilsvarende finner lagmannsretten det sannsynliggjort at økt timeforbruk og overtid medførte behov for overtidsmat, og at dette er en følge av forseringen. Lagmannsretten kommer derfor til at EK har krav på kroner 78 529 for dette.

Samlet kommer lagmannsretten til et tilleggsvederlag for forseringskostnader for uke 33 til 41 på kroner 1 357 259.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 29. november 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.2.2 Plunder og heft

I brevet 26. oktober 2019 fremsatte EK i tillegg krav om dekning av merkostnader for plunder og heft i perioden fra uke 33 til 41. Kravet som er fremsatt i brevet er på 1 627 632 kroner. På samme måte som for forseringskravet for perioden, fant tingretten at BSOs innsigelser mot kravet om plunder og heft var prekludert, og tilkjente EK tilleggsvederlag i tråd med kravet. For lagmannsretten anføres ikke at BSOs innsigelser til kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft for perioden er prekludert. EK fastholder likevel kravet, mens BSO anfører at det ikke er grunnlag for å tilkjenne dette.

Når det gjelder det rettslige utgangspunktet, så legger lagmannsretten til grunn følgende: Kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft er som nevnt forankret i NS 8417 punkt 34.1.3 om vederlagsjustering for «økte utgifter på grunn av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2». De sistnevnte bestemmelsene gjelder svikt i totalentreprenørens ytelse, eller andre forhold totalentreprenøren har risikoen for. Disse bestemmelsene, og Høyesteretts avgjørelse i HAB-dommen, viser at det er et grunnleggende krav for å få dekket økte utgifter til plunder og heft at entreprenøren kan sannsynliggjøre at det har inntrådt forhold som byggherren har risikoen for etter kontrakten, og som har gitt redusert effektivitet og merkostnader, sammenlignet med hvordan situasjonen ville vært dersom byggherreforholdene ikke hadde inntrådt. Merkostnader som det er like sannsynlig at skyldes ineffektivitet fra entreprenørens side gir ikke krav på tilleggsvederlag. Entreprenøren kan heller ikke basere et plunder og heft-krav alene på overordnede og skjønnsmessige tilnærminger. Entreprenøren må sannsynliggjøre konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble negativt påvirket av forhold byggherren er ansvarlig for, og hvilke merkostnader dette har medført, jf. HAB-dommen avsnitt 66 og 83.

Etter lagmannsrettens syn er det solid underbygget i tidsnære skriftlige bevis at det i løpet av høsten 2019, herunder også i perioden kravet gjelder, inntrådte forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og som hadde avledede konsekvenser i form av forstyrrelser og nedsatt produktivitet på EKs øvrige arbeid etter kontrakten. Lagmannsretten kan gjennomgående ikke se at det er bevismessig dekning for at disse merkostnadene springer ut av EKs egne forhold. Slik lagmannsretten vurderer bevisene, er det grovt sagt følgende forhold som var hovedårsaken til den ineffektive driften:

- Omfattende bruk av innleide montører, foranlediget av forsinkelsene og forseringen BSO hadde risikoen for, medførte nedsatt produktivitet og økt timeforbruk
- Eksisterende og nye forsinkelser, samt stadige endringer av fremdriftsplaner, medførte forstyrrelser og avledede konsekvenser for annet arbeid, ved at montører fikk hyppige tilbakeganger og økt opp- og nedrigging, og økt timeforbruk

- Mye ad-hoc produksjon og økt timeforbruk, fordi mannskapet måtte flyttes frem og tilbake mellom arbeidsoperasjoner, avhengig av hvor det var tilkomst for elektroarbeidene, noe som forstyrret og reduserte effektiviteten i EKs øvrige arbeid

Som nevnt, mener lagmannsretten at disse forholdene er solid underbygget gjennom ulike tidsnære skriftlige bevis. Sentralt i denne sammenheng er de forseringsrapportene som er utarbeidet av EK fortløpende i prosjektgjennomføringen. En slik rapport er også utarbeidet for perioden fra uke 33 til 41, og var vedlagt EKs spesifiserte krav 26. oktober 2019.

Rapporten beskriver det som er omtalt som «Forseringsutfordringer» uke for uke, men det er slik lagmannsretten ser det, klart at rapporten også beskriver avledede konsekvenser i form av forstyrrelser og nedsatt produktivitet på annet arbeid. Det fremgår for øvrig av rapporten at det parallelt ble sendt avviksmeldinger til BSO for de samme forholdene.

De enkelte forseringsrapportene ble grundig gjennomgått og dokumentert i lagmannsretten. For å synliggjøre hvordan kravet er underbygget i forseringsrapportene, finner lagmannsretten grunn til å gjengi et utdrag fra forseringsrapporten for uke 33 til 41 i 2019, nærmere bestemt det som gjelder uke 41:

Uke 41 07.10.19 til 11.10.19

1197 prosjekttimer.

Prosjektaktiviteter og fremdriftsfront:

HB DEL1 Plan 30 Komplettering

BN Plan 30 Levering og motasje av underfordeling

BN Plan 30 Hovedføringsveier kabelbroer/kanaler

HB Plan 01 Vent.rom Tilkobling av agregat og tekn. Ustyr

HB Plan 01 Varmesentral Lys og stikk

HB Plan 01 Varmesentral Tilkobling av tekn. utstyr

HB Plan 01 Tekn. rom Tilkobling av agregat og tekn. utstyr

Montasje av kanaler BN Plan 30 må avvendes pga endring fra UBF. Oppstart i varmesentral HB Plan 01 må utsettes pga forsinkelse hos RØR tidligere planlagt mannskap må settes på andre oppgaver og tilrettelegging som er gjort i uken før er helt bortkastet da det ikke er klart for våre arbeidere. Planlagt mannskap må flyttes til BN for kabeltrekking. Opplæring må gis. Avvik sendt 07.10.19 HB Dell Plan 01 Trekking av tilførselskabel fra hovedtavle til varmepumpe kan nå startes igjen etter avklaring og ny kabeltype. Det må skaffes igjen trekkestativ og der er behov for flere montører i trekkelaget pga størrelsen av kableen. Montører fra BN må flyttes til HB Plan 01. Kabel kan heller ikke ferdig trekkes pga dårlig tilkomst til varmesentralen. Trekkingen ble planlagt etter at våre arbeid i varmesentralen skulle starte 07.10.10. Kabel trekkes inn i hovedtavle men må legges i andre enden på gulvet i korridoren. Vertikal kabeltrekking i EL-sjakt DEL2. Tilførsler til underfordelinger, nødløyskurser, brannsløyfer, uranlegg, SD kabler osv må trekkes mellom etasjene til Plan 01. Vertikal trekking i IKT sjakt. Fiber trekking mellom datarack. Trenger en montør som kan stoppe med pågående arbeid for å legge rør i grunn for pumpekum på hovedinngang vestsiden av HB. Dette på meget kort varsel. På forseringslag har Szymon Andrzej Burdziej, Grzegorz Andrzej Cieslik, Krzysztof Kaluski oppstart på byggeplass og det går mye tid på opplæring og gjennomgang av rutiner, bygg,

bygningssdeler, etasjer, arbeidsoppgaver og systemer. Vi overskyter 1100 prosjekttimer på en uke i prosjektet, forseringsbehovet gjennomgås ytterligere og det konkluderes med at vi må holde forseringslaget på dette nivået for å klare å utføre produksjonen i henhold til forseringsplanen. Ekstra støvsuging i vårt ansvarsområde pga dårlig oppfølging hos andre fag.

Som det fremgår, er det i rapporten beskrevet hvilke forstyrrelser og påvirkninger som foreligger for de planlagte arbeidsoperasjonene på det aktuelle tidspunktet, og i hvilken del av bygningssmassen det er tale om. Konsekvensene er også konkret synliggjort, eksempelvis ved at det beskrives at det mannskapet som er planlagt brukt for én bestemt arbeidsoperasjon, må settes på andre oppgaver og få ny opplæring, som følge av forsinkelser hos foranliggende fagområder. Det er underbygget at dette skyldes forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten, ved at det blant annet er vist til konkrete forsinkelser og at det arbeidsgrunnlaget EK skal bygge på ikke er klart. Tilsvarende konkrete beskrivelser er utarbeidet for hver enkelt uke perioden gjelder.

Lagmannsretten vil videre nevne at de beskrivelsene som er inntatt i forseringsrapportene, er underbygget gjennom andre tidsnære bevis, herunder fremdrifts- og avviksmeldinger EK har sendt i samme periode, og som det er vist til i forseringsrapportene. For perioden fra uke 33 til 41 er det tale om fremdriftsvarsler 42 til 60. Et utvalg av disse varslene ble gjennomgått i ankeforhandlingen. Vitnene Dahl, Laache og Windhager forklarte seg i tillegg detaljert om disse forholdene i ankeforhandlingen. Lagmannsretten sitter igjen med det samme inntrykket som tingretten av disse forklaringene, som er oppsummert av tingretten ved behandlingen av kravet for uke 42 til 46 på følgende måte (s. 54 i dommen):

Vitnene fra EK har beskrevet utfordringene slik: Både Anders Dahl og Nicolai Laache har forklart at det gjennomgående var svært uklart hvilke områder i prosjektet som var klare for oppstart av forskjellige elektro-aktiviteter. De mener informasjonen fra BSO har vært svært dårlig, og at dette kombinert med stadige revisjoner av fremdriftsplanen har hatt konsekvenser for effektiviteten. EKs Sven Windhager forklarte i retten at han på høsten 2019 gikk daglige runder på hele byggeplassen for å få oversikt over hvor de kunne begynne å jobbe den aktuelle dagen. Dette medførte utfordringer med bemanningsplanlegging og ad hoc-produksjon der mannskap er flyttet rundt etter hvor det til enhver tid har vært mulig å produsere. På grunn av forsinkelser hos foranliggende fag, og for å klare forseringen, var EK nødt til å begynne i deler og etasjer av bygg der foranliggende fag enda ikke var ferdig. Dette medførte tilbakeganger (altså at montører flere ganger må tilbake til områder i bygget de etter planen skulle gjøre seg ferdig første gang). Slike tilbakeganger medfører ineffektiv drift, bl.a. knyttet til opp- og nedrigg, lagring og flytting av utstyr, samt tidsbruk forbundet med opplæring av personell fordi det ikke nødvendigvis er samme montørteam som gjør hele jobben. I tillegg hadde forseringen i seg selv en lignende effekt. Økt parallellitet i oppgavene, og høyere bemanning, førte til økt tidsbruk.

Lagmannsretten slutter seg til denne oppsummeringen, som også gjenspeiler forklaringene fra de sentrale vitnene fra EK slik de var under ankeforhandlingen. De vitner BSO førte,

imøtegikk i liten grad de beskrivelsene som er gitt i forseringsrapporter og i vitneforklaringene fra EKs side. Innvendningene til BSO er holdt på et mer generelt plan, og lagmannsretten behandler dem nedenfor.

På denne bakgrunn mener lagmannsretten EK har sannsynliggjort at det i denne perioden tilkom økte utgifter grunnet plunder og heft som var en følge av forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. EK har gjennom tidsnære bevis underbygget hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret, i hvilke perioder dette har skjedd og hvilke konsekvenser dette hadde i form av redusert produktivitet, jf. HAB-dommen avsnitt 66. Lagmannsretten mener at det er sannsynliggjort at disse forholdene ikke skyldes forhold på EKs side, så som manglende effektivitet eller feilvurderinger, og at situasjonen ikke ville vært den samme dersom forholdene på BSOs side tenkes borte. Lagmannsretten kommer likevel tilbake til dette nedenfor.

BSO har videre anført at EKs krav om tilleggsvederlag for plunder og heft bryter med kontraktens system for fremsettelse av slike krav, og at det av den grunn ikke kan føre frem. BSO hevder at det først må varsles og spesifiseres et særskilt krav for hvert enkelt «byggherreforhold» etter NS 8417 punkt 34.1.2, før det eventuelt kan fremsettes et krav om plunder og heft for avledede konsekvenser av dette i henhold til punkt 34.1.3.

Denne anførselen kan ikke føre frem. Kravet om plunder og heft er i stor grad knyttet til forseringssituasjonen. Forseringen og forseringskravet var varslet og spesifisert i samsvar med kontraktens regler. En avledet konsekvens av forseringen, som EK fortløpende varslet om, var at produksjonen og driftsopplegget ble mer ineffektivt og at dette ledet til merkostnader. Som nevnt ovenfor, oppsto det i tillegg ytterligere fremdriftshindringer og forsinkelser underveis i forseringsperioden. EK har etter lagmannsrettens syn, løpende varslet om disse forholdene etter kontraktens regler, herunder at en avledet konsekvens av byggherreforholdene var merkostnader for plunder og heft. Lagmannsretten kan derfor ikke se at den måten EK har gått frem på, er i strid med kontraktens system for byggherreforhold, slik BSO hevder. Lagmannsretten vil legge til at BSO har pekt på at det allerede i deres brev 10. mai 2019 ble understreket at EK måtte varsle krav om plunder og heft basert på kontraktens system. Dette ble da spesifisert på følgende måte av BSO:

Det vi derimot må se på er hvilke forhold EK fra prosjektstart til nå har varslet som fremdriftshindrende/fremdriftsforstyrrende, for deretter å se hvilke konkrete effekter dette kan ha hatt for de ressurser som er involvert. En slik analyse er fullstendig fraværende.

Lagmannsretten mener EK har oppfylt det kravet som BSO beskriver i sitt eget brev, ved at EK løpende har varslet om fremdriftshindringer og avvik fra det produksjonsopplegget som var forutsatt i fremdriftsplanen, og deretter konkret beskrevet hvilke negative effekter dette har hatt for produktiviteten for de ressursene som har vært involvert. Lagmannsretten kan blant annet vise til eksemplet fra uke 41 i forseringsrapporten, som er gjengitt ovenfor.

Lagmannsretten går etter dette over til å behandle det som i HAB-dommen avsnitt 66 betegnes som det andre trinnet i årsakssammenhengen ved et krav om tilleggsvederlag for plunder og heft: bevis for den konkrete utmålingen av vederlaget.

Det følger av HAB-dommen at entreprenøren har bevisbyrden for at det foreligger merkostnader som følge av forhold på byggherresiden, og at entreprenøren må forankre utmålingen i konkrete bevis. Høyesterett uttaler videre i dommen at utmålingen ikke kan baseres på differansen mellom kalkylen og faktiske kostnader, da dette ikke tar hensyn til feilkalkuleringer eller ineffektivitet ved entreprenørens egen drift, jf. avsnitt 78. Høyesterett legger til grunn at utmålingen ikke «alene» kan baseres på det som omtales som «generelle og overordnede tilnærminger», men derimot at slike analyser kan være viktige supplement til øvrig konkrete bevis, jf. avsnitt 79-80. Høyesterett understreker samtidig at beviskravene ikke kan strekkes så langt at det blir urimelig tyngende å føre bevis for plunder og heft, og at det «ikke generelt kan kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises.», jf. avsnitt 86. Det er derfor i noen grad slik at utmålingen må bygge på et skjønn, jf. avsnitt 68.

Lagmannsretten legger disse utgangspunktene til grunn for sin vurdering av den konkrete utmålingen.

Som nevnt innledningsvis, har EK fremmet et krav om plunder og heft for denne perioden på kroner 1 627 632, som reflekterer 35 % ineffektiv drift (2713 montørtimer) som EK mener skyldes forhold BSO har risikoen for. Den tilnærmingen EK har hatt til utmålingen, og som selskapet omtaler som en «inntjent verdi-analyse», er utførlig beskrevet i brevet 26. oktober 2019, hvor kravet om plunder og heft for uke 33 til 41 er fremsatt. Lagmannsretten finner grunn til å gå noe nærmere inn på grunnlaget for beregningen.

EK har tatt utgangspunkt i den reviderte driftskalkylen (revisjon 1.3) og bemanningsplanen som ble utarbeidet i november 2018, etter at den omforente 26/11-planen forelå. I den reviderte driftskalkylen er hver aktivitet vurdert med et antall timer av prosjektledelsen basert på mengder i prosjekteringen og fremdriftsplanen av 26/11. Av dette underlaget følger at EK la opp til å bruke i overkant av 17 000 timeverk på prosjektet. Deretter har EK løpende målt hvor mye av kontraktsarbeidene som er utført i prosent, og funnet hvor mange «inntjente» timeverk dette tilsvarer, det vil si hvor mange timer dette utgjør av timeforbruket i bemanningsplanen og den reviderte kalkylen. Dette er så sammenholdt med «faktisk forbrukte timeverk», som er antallet timer som faktisk er brukt i perioden. Differansen mellom inntjente timeverk og faktisk forbrukte timeverk utgjør utgangspunktet for målingen av den ineffektive driften. For perioden fra uke 33 til 41 viste denne analysen en ineffektiv drift på 46 %, noe som utgjør til sammen 3048 montørtimer.

EKs prosjektkoordinator Anders Dahl forklarte i ankeforhandlingen at prosjektledelsen i tillegg løpende foretok konkrete målinger av den ineffektive driften basert på eget faglig skjønn. Herunder ble det for hver periode vurdert om det var deler av den ineffektive driften som skyldtes EKs egne forhold, og som ikke kunne tilregnes BSO. Dahl redegjorde for at prosjektledelsen og basene i ukentlige og månedlige møter foretok slike konkrete vurderinger, blant annet basert på de forseringsrapportene og avviksmeldingene som ble utarbeidet. For perioden uke 33 til 41 vurderte EK at 11 % av den ineffektive driften var noe de selv hadde risikoen for, hvilket innebar at 335 av montørtimene i denne perioden ble dekket av EK.

Tilnærmingen over er blant annet redegjort for av EK i et senere brev til BSO 29. november 2019, hvor det fremsettes krav for perioden uke 42 til 46. Lagmannsretten finner grunn til å gjengi EKs egen beskrivelse herfra:

Denne vurderingen/beregningen er underbygget med følgende forskjellige underlagsdokumentasjon:

- En måling av vår ineffektiv drift gjennom en sammenlikning av planlagte montørtimer i.h.t vår bemanningsplan fra november 2018 (som var basert på fremdriftsplan av 26.11.18) (inntjente timer) mot faktisk forbrukte timer, se beregning nedenfor.
- En tilsvarende måling av vår ineffektiv drift gjennom en sammenlikning av planlagte montørtimer i.h.t vår kalkyle nr 3 (etter ferdig detaljprosjektering) mot faktisk forbrukte timer, se beregning nedenfor.
- Prosjektledelsens og basenes løpende faglige vurdering av %-vis ineffektiv drift. For uke 42-46 er vår vurdering 32%.
- Ukesrapporter for forseringen og produksjonen i uke 42-46 der vi beskriver den ineffektive driften for å underbygge den ineffektive driften
- Spesifiserte målinger for enkelte aktiviteter der vi konkret måler den ineffektive driften for disse aktivitetene. Disse viser en ineffektiv drift på over ca. 32% for de aktiviteter vi konkret måler for denne perioden.

Ønsker Backe andre målinger må dere gi oss konkret beskjed om hvordan Backe ønsker den.

På bakgrunn av de tidsnære skriftlige dokumentbevisene, som redegjør for denne tilnærmingen, og vitneforklaringene fra de sentrale personene i EKs prosjektledelse, finner lagmannsretten at det er sannsynliggjort at EK har basert kravet og utmålingen på den tilnærmingen som er beskrevet ovenfor.

Spørsmålet er om denne tilnærmingen, og de bevis EK i den sammenheng har støttet seg på, oppfyller de beviskravene som følger av HAB-dommen. BSO anfører at EKs tilnærming er av generell og overordnet karakter, en såkalt «ovenfra og ned» metode, som er i strid med føringene fra HAB-dommen. BSO hevder derfor at tingretten har grepet feil når den har lagt EKs metode til grunn som et utgangspunkt for utmålingen av kravet. Disse

innvendingene fra BSOs side gjelder alle periodene kravet er fremsatt for, inkludert for uke 33 til 41.

Høyesterett har ikke i HAB-dommen uttalt seg om hvilken metode som skal benyttes for å sannsynliggjøre et plunder og heft-krav. Slik lagmannsretten oppfatter dommen, er det sentrale at tapet ikke «alene» kan baseres på generelle og overordnede tilnærminger, men i hovedsak må sannsynliggjøres ved konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet og som viser at det er pådratt merkostnader som ikke ville oppstått uten byggherreforholdene. Mer generelle metoder kan likevel benyttes når de supplerer andre konkrete bevis, og er egnet til å underbygge en slik årsakssammenheng, jf. avsnitt 79 i dommen. I forlengelsen av dette, vil lagmannsretten bemerke at beviskravene må ta høyde for at det kan være tilnærmet umulig å knytte alle merkostnadene til enkeltstående og spesifiserte byggherreforhold. Dette gjelder særlig i en sak som vår, hvor den påberopte produktivetsnedsettelsen er så tett knyttet til en vedvarende forseringssituasjon. Som Høyesterett understreker i avsnitt 86 og 87 i HAB-dommen, vil det også ofte for plunder og heft-krav være slik at «den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet [står] i forgrunnen.» Det er derfor åpnet for et visst skjønn ved utmålingen.

Lagmannsretten har kommet til at EK gjennom den ovennevnte tilnærmingen, og de bevis som er ført i den forbindelse, på tilstrekkelig vis har sannsynliggjort sitt krav om tilleggsvederlag for plunder og heft i perioden. Det er etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for å hevde at EKs metode er i strid med føringene fra HAB-dommen. For det første er ikke EKs inntjent verdi-analyse en ren ovenfra og ned tilnærming, slik lagmannsretten forstår dette begrepet. Det er heller ikke riktig å jevnføre denne med entreprenørens tilbudskalkyle, som Høyesterett uttrykker at man må være varsom med å benytte ved utmålingen av plunder og heft-krav. Tilnærmingen bygger på en revidert driftskalkyle og bemanningsplan som er utarbeidet lenge etter at prosjektet startet opp, og etter at prosjektaktørene hadde kommet frem til en omforent fremdriftsplan som det kunne detaljplanlegges etter. Det er kvalitativt sett noe annet enn tilbudskalkylen, som utarbeides langt tidligere, og normalt på et langt svakere faktisk grunnlag. Risikoen for at entreprenøren skal få betalt for merkostnader som skyldes egne feilvurderinger, er derfor mindre. Slik lagmannsretten ser det, var inntjent verdi-analysen på denne bakgrunn tjenlig som metode for å sannsynliggjøre omfanget av merkostnader ved ineffektiv drift som skyldes BSOs forhold.

For det andre er EKs konkrete krav i tillegg gjennomgående forankret i tidsnære og konkrete bevis, så som forseringsrapportene og avviksvarsler. I disse bevisene er det løpende beskrevet forhold på BSOs side som har forstyrret EKs driftsopplegg, og hvilke negative konsekvenser dette har hatt for produktiviteten for de ulike arbeidsoperasjonene. Dette er på ingen måte beskrivelser på et overordnet nivå, men gjelder forstyrrelser i produksjonsopplegget på grunn av forsinkelser og manglende tilkomst for konkrete bygg og for bestemte tidsperioder. EKs inntjent verdi-analyse, er følgelig også basert på, og

supplert av, tidsnære bevis som konkret påviser slike forhold i dette prosjektet. Som nevnt, har lagmannsretten funnet det bevist at disse konkrete tidsnære bevisene er benyttet av EK som underlag for de løpende målinger prosjektledelsen og basene gjorde av den ineffektive driften i hver periode, og ved vurderingen av hvilke fradrag som eventuelt skulle gjøres for EKs egne forhold. Det er derfor ikke slik at EKs krav «alene» er basert på overordnede eller generelle tilnærminger, jf. HAB-dommen avsnitt 82. Kravet er underbygget kvalitativt og kvantitativt gjennom de nevnte tidsnære bevisene.

BSO har anført at EK kunne foretatt tidsregistreringer og analyser for hver enkelt arbeidsoperasjon og for de enkelte arbeidslag, og at dette ville vært mer treffsikkert ved utmålingen. Lagmannsretten kan ikke se at beviskravet kan strekkes så langt som BSO forutsetter. De alternative måtene BSO mener kravet kunne vært underbygget på, ville for øvrig krevd ytterligere administrative ressurser fra EKs side, og står i kontrast til BSOs syn om at EK har brukt for mye tid og ressurser på å oversende brev og dokumentasjon underveis i prosjektet. Lagmannsretten nevner i tillegg at EK ved fremsettelsen av kravet for denne perioden, uttrykkelig oppfordret BSO om å gi beskjed dersom det var ønskelig at produktivitetstapet ble målt og dokumentert på en annen måte. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, har ikke BSO på noe tidspunkt respondert på dette. BSO hadde etter lagmannsrettens syn oppfordring til å tilkjenne det dersom de mente dokumentasjonen var for dårlig, og at EK burde igangsatt tidsregistreringer og lignende. Det at BSO ikke ga noen slik tilbakemelding, og EK som følge av dette mistet muligheten til å sikre ytterligere dokumentasjon, taler etter lagmannsrettens syn mot å legge noen større vekt på BSOs innsigelser i ettertid om hvilke andre måter tapet kunne vært dokumentert på.

Det er uansett ikke realistisk eller mulig å komme frem til et nøyaktig tall på hvilke merkostnader for plunder og heft som utelukkende kan henføres til forhold BSO svarer for, og som ikke helt eller delvis skyldes forhold på EKs side. Enhver måling eller beregning av dette vil måtte ha noen svakheter. Lagmannsretten mener at EKs skjønsmessige fradrag på 11 % i perioden fra uke 33 til 41, for å ta høyde for egen ineffektivitet, gir et dekkende og sannsynlig bilde på denne fordelingen mellom EKs og BSOs forhold, som er tilstrekkelig forankret i de konkrete og tidsnære bevis. Det skal i denne sammenheng understrekes at lagmannsretten allerede har konkludert med at den bemanningsplanen og reviderte kalkylen som EK utarbeidet med utgangspunkt i 26/11-planen, var realistisk og ga uttrykk for et produksjonsopplegg som lagmannsretten mener det var sannsynlig kunne vært gjennomført om forholdene på BSOs side tenkes borte. BSO har heller ikke i nevneverdig grad ført bevis som underbygger at de konkrete beskrivelsene av forstyrrelser og nedsatt produktivitet som følger av EKs ulike forseringsrapporter og fremdriftsvarsler, kan tilbakeføres til EKs egne forhold.

En innvending fra BSO har vært at det store antallet innleide montører har hatt negativ innvirkning på effektiviteten, og at mye av merforbruket av timer kan henføres til dette. Lagmannsretten har behandlet denne innvendingen i forbindelse med forseringskravet, og

som nevnt bestrider ikke EK at økt innleie leder til mindre effektiv produksjon. Innleie av mannskap er likevel en konsekvens av den forseringen som ble iverksatt, og som BSO har risikoen for. Slik lagmannsretten oppfatter bevisførselen, har EK så langt som mulig forsøkt å begrense de utfordringer dette har skapt. Dette har likevel blitt vanskeliggjort som følge av nye forsinkelser og manglende tilkomst. Av den forseringsrapporten for uke 41 som lagmannsretten har gjengitt over, fremgår det at innleid mannskap som fikk opplæring i én arbeidsoperasjon, måtte flyttes på grunn av at foranliggende fagområder ikke var ferdige, og dermed måtte settes inn i andre arbeidsoperasjoner. Den opplæringen det innleide mannskapet hadde fått i den planlagte arbeidsoperasjonen, ble derfor bortkastet. Basert på de forseringsrapportene som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, fremstår disse effektivitetsutfordringene som gjennomgående, og som forårsaket av forhold BSO svarte for etter kontrakten.

Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at EK, for perioden fra uke 33 til 41 i 2019, har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft. Kravet er basert på et merforbruk av 2713 montørtimer til en timepris på kroner 600. Når det gjelder timeprisen, viser lagmannsretten til drøftelsen av forseringskravet, hvor det er lagt til grunn at timeprisen ikke inkluderer merkostnaden til ekstra prosjektledelse og administrasjon til forseringen. Det er derfor ikke grunnlag for å nedjustere timesatsen.

Derimot mener lagmannsretten at det ved utmålingen må tas hensyn til at det var et kontraktsfestet krav at det skulle benyttes lærlinger, og at dette faktisk er benyttet. For disse gjaldt det en lavere timepris på kroner 420, jf. kontrakten punkt 1.4. Om dette skriver tingretten følgende ved behandlingen av plunder og heft-kravet for uke 42 til 46 (s. 61):

«Det er imidlertid på det rene at det også har vært enkelte lærlinger involvert i prosjektet, der kontrakten gir anvisning på en lavere timesats på 420 kroner. Det er ikke helt klart for retten hvor mange lærlinger det er tale om. EKs Anders Dahl ga i retten uttrykk for at selskapet hadde hatt 2-3 lærlinger på prosjektet «litt on and off», samt to hjelpemontører. Retten legger til grunn at lærlingsandelen har vært omkring 12,5 %. Vederlaget for 228 av timene skal derfor regnes med en timesats på 420 kroner (det vil si 95 760 kroner), mens de resterende 1 593 timene regnes med en timesats på 600 kroner (det vil si 955 800 kroner).»

Det har ikke i bevisførselen i ankeforhandlingen fremkommet noe som rokker ved det tingretten fant bevist om omfanget av bruken av lærlinger, eller at dette stilte seg annerledes i perioden fra uke 33 til 41, enn for uke 42 til 46. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det også for uke 33 til 41 er riktig å benytte en timesats for lærlinger på 12,5 % av timene. Det betyr et tilleggsvederlag på kroner 142 380 for lærlingetimene (420 x 339) og kroner 1 424 400 for de øvrige montørtimene (600 x 2374). Samlet sett tilkjennes EK et tilleggsvederlag for plunder og heft i perioden fra uke 33 til 41 på kroner 1 566 780.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 29. november 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

Lagmannsretten går i det følgende over til å behandle EKs krav for de øvrige periodene. De fleste av de sentrale problemstillingene, både for forsering og plunder og heft, er likevel drøftet ved behandlingen av kravene for uke 33 til 41. Behandlingen av de øvrige periodene vil derfor bli kortere, og konsentrert om de særspørsmål som reiser seg for disse periodene. Dette henger sammen med at langt på vei er de fleste av BSOs innvendinger til kravene av generell karakter, og gjelder grunnlaget for kravene, og tilnærmingen til utmålingen. Disse innvendingene er i all hovedsak behandlet i drøftelsene ovenfor.

6.5.7.3 Forsering og plunder og heft for uke 42 til 46 i 2019

6.5.7.3.1 Forseringskostnader

I brev 29. november 2019 varslet EK nytt krav om fristforlengelse, på grunn av ytterligere forsinkelser og fremdriftshindringer. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i forbindelse med behandlingen av forseringskravet for uke 47 til 51 nedenfor. I samme brev ble det fremsatt et spesifisert krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader for perioden uke 42 til 46 på kroner 890 640, senere revidert til kroner 885 042. Kravet besto av følgende poster:

3 Forseringskost - mannskap uke 42 til 46 (2019)					885 042
3.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	3590	394 900
3.2	Pålagt overtid 50%	1	300	56	16 800
3.3	Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	215	159 100
3.4	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	194	133 860
3.5	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640	232	148 480
3.6	Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	1	31902		31 902

For dette kravet var det ikke anført at BSOs innsigelser var prekludert, og tingretten realitetsbehandlet derfor kravet. Som lagmannsretten har nevnt i forbindelse med behandlingen av kravet for uke 33 til 41, reduserte tingretten timesatsen til Adrian Leman i post 3.5 til kroner 600. Videre reduserte tingretten overtidssatsen i post 3.2 til kroner 190 per time. Endelig kom tingretten til at ikke all innleie av mannskap i perioden var knyttet til forhold BSO var ansvarlig for, men at noe skyldtes for flat bemanning fra EKs side. Nærmere bestemt la tingretten til grunn at EK selv burde stilt med fire flere faste ansatte på prosjektet. På denne bakgrunn reduserte tingretten timeantallet i post 3.1 til 2 812. Tingretten fant at de øvrige merkostnadene var sannsynliggjort. Samlet tilkjente tingretten EK kroner 784 022 i tilleggsvederlag for forseringskostnader.

EK har ikke påanket tingrettens utmåling av forseringskostnader for perioden, og gjør gjeldende at tingrettens utmåling bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisbedømmelse. BSO har påanket også denne delen av dommen, og gjør gjeldende de samme innsigelsene som for perioden fra uke 33 til 41.

Når det gjelder de rettslige vurderingene av de ulike kostnadspostene, og BSOs innvendinger til disse, nøyer lagmannsretten med å vise til vurderingene av dette som følger av drøftelsen av kravet for uke 33 til 41 ovenfor. Disse er like gyldige for EKs krav for uke 42 til 46. Med hensyn til bevissituasjonen, har tingretten gjort en grundig vurdering av denne i dommen punkt 7.5.8. BSO har ikke hatt innvendinger til tingrettens bevisbedømmelse som gjelder spesielt for denne perioden. Lagmannsretten kan for sin del ikke se at saken bevismessig står i noen nevneverdig annen stilling i denne perioden, enn i den foregående. Lagmannsretten mener det er et solid bevismessig grunnlag for at det også i disse ukene var nødvendig med en utvidet administrasjon og arbeidsledelse, samt pålagt overtid. Lagmannsretten finner det bevist at dette var en direkte konsekvens av forseringen, som BSO bar risikoen for, og at disse merkostnadene ikke ville vært pådratt uten forseringen.

Det har ikke vært reist konkrete innvendinger til timeantallet for kostnadspostene for overtid og administrasjon fra BSOs side, utover de generelle innvendingene som er drøftet for kravet for den foregående perioden. Lagmannsretten finner at begge deler er sannsynliggjort som nødvendige merkostnader som følge av forseringen.

Når det konkret gjelder omfanget av innleid mannskap for denne perioden, er dette grundig drøftet av tingretten på s. 52-53 i dommen. Lagmannsretten har i drøftelsen for uke 33 til 41 lagt til grunn at EK hadde planlagt med noe flatere bemanning enn det som var påkrevd med det driftsopplegget som var planlagt, og at EK burde hatt fire flere faste ansatte på prosjektet. Lagmannsretten kan ikke se at det er konkrete holdepunkter for at dette stiller seg annerledes for uke 42 til 46, og slutter seg til tingrettens vurdering.

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet ikke fører frem, og at EK har sannsynliggjort merkostnader som følge av forseringen i denne perioden i tråd med det som tingretten har lagt til grunn, på kroner 784 022.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for forseringskravet for perioden fra 28. desember 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.3.2. Plunder og heft

I samme brev av 29. november 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for uke 42 til 46 på kroner 1 092 600. Kravet er basert på den samme tilnærmingen som for det tilsvarende kravet for uke 33 til 41, hvor EK har beregnet merkostnadene ved ineffektiv drift som følge av forhold BSO har risikoen for etter kontrakten. Det er redegjort for beregningsmåten i drøftelsen ovenfor, og lagmannsretten viser til dette. For denne perioden gjorde EK gjeldende at det forelå en ineffektiv drift på 32 % som BSO var ansvarlig for, og som ga seg utslag i et merforbruk på 2046 montørtimer.

Tingretten kom til at kravet var sannsynliggjort, men at kravet måtte reduseres noe for å ta hensyn til at deler av arbeidene var utført av lærlinger, hvor timeprisen var lavere enn for montører. Tingretten tilkjente samlet kroner 1 051 560 i tilleggsvederlag.

EK har ikke påanket tingrettens utmåling, og gjør gjeldende at dommen bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisbedømmelse. BSO har påanket også denne delen av dommen, og har gjort gjeldende de samme innsigelsene som de gjør for kravet for uke 33 til 41.

Lagmannsretten legger til grunn de samme rettslige utgangspunktene som for avgjørelsen av kravet i foregående periode. For øvrig anser lagmannsretten at bevisituasjonen i det alt vesentlige står i samme stilling for denne perioden, som for uke 33 til 41. EK har underbygget plunder og heft-kravet på samme måte i denne perioden. Det er dokumentert gjennom forseringsrapporter fra perioden hvordan forsinkelser, forstyrrelser og andre forhold som BSO er ansvarlig for har påvirket driftsopplegget og ført til nedsatt produktivitet. Det er dokumentert at det er foretatt en konkret beregning av ineffektiv drift basert på en inntjent verdi-analyse, samt at det er foretatt løpende faglige vurderinger av den ineffektive driften. Som et eksempel på det sistnevnte, viser lagmannsretten til det som er beskrevet for uke 44 i forseringsrapporten for denne perioden, hvor det står følgende:

Det er høy grad av urasjonell drift i forhold til produsert. Faglig vurdering fra basmontører, prosjektleder og prosjektlederassistent er at det brukes fortsatt godt over 40% i ekstra tidsforbruk på aktiviteter grunnet parallelle aktiviteter og gjentakende flytting av mannskap til nye oppgaver og manglende tilkomst. Avvik sendt 29.10.19. Komplettering HB DEL4 Plan 10 må utsettes. Det gjenstår lukking og montasje av fast-og systemhimlinger, ferdigstillelse av toaletter, lukking av sjakter, maling, spilehimling i AKS Avvik sendt 30.10.19 Komplettering i HB DEL4 Plan 20 må utsettes. Det gjenstår lukking og montasje av fast- og systemhimlinger, ferdigstillelse av toaletter, lukking av sjakter, maling. Avvik sendt 29.10.19. Komplettering i HB DEL1 alle etasjer kan ikke ferdigstilles. Det gjenstår å montere og koble underfordelinger i EL-sjakt akse 3-4 Plan 01 og 30 pga manglende tilkomst i sjakt.

Det er også tilsvarende konkrete beskrivelser av situasjonen i de øvrige ukesrapportene, som er tidsnære bevis som dokumenterer hvordan EK har gjort faglige vurderinger av ineffektiv drift underveis, i tillegg til de øvrige målinger og vurderinger som er nevnt over.

Lagmannsretten kan for øvrig vise til tingrettens grundige bevisvurdering når det gjelder den faktiske situasjonen, jf. dommen punkt 7.5.8.2. For denne perioden er det også gjort et skjønnsmessig fradrag på 11 % for forhold EK selv bærer risikoen for, slik som for uke 33 til 41. Lagmannsretten er enig med tingretten i at EK har fremlagt vektige bevis som underbygger at det effektivitetstapet selskapet har hatt i perioden som følge av forhold BSO har risikoen for er på 32 %, som tilsvarer 1821 montørtimer. Som understreket av Høyesterett i HAB-dommen, vil bevisbyrden skifte og gå over til byggherresiden dersom entreprenøren har fremlagt vektige bevis for sitt krav, jf. avsnitt 74. BSO har ikke hatt innvendinger som knytter seg spesielt til tingrettens bevisvurdering for denne perioden, og har heller ikke ført bevis som konkret imøtegår de beskrivelser EK har støttet seg på fra forseringsrapporter og andre tidsnære bevis. Innvendingene fra BSO har vært på et mer overordnet plan, og lagmannsretten viser til behandlingen av disse over.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag med kroner 1 051 560. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for kravet på plunder og heft for perioden fra 28. desember 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.4 Forsering og plunder og heft for uke 47 til 51 i 2019

6.5.7.4.1 Forseringskostnader

I brev 23. desember 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader for uke 47 til 51 med kroner 791 973, som senere ble revidert til kroner 844 362, basert på ytterligere dokumentasjon. Kravet besto av følgende poster:

4 Forseringskost - mannskap uke 47 til 51 (2019)						844 362
4.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	1904		209 440
4.2	Pålagt overtid 50%	1	300	68		20 400
4.3	Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	225		166 500
4.4	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	202		139 380
4.5	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640	208		133 120
4.6	BAS forseringslag Gjermund Volden	1	640	312	68 %	135 782
4.7	Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	1	39739			39 739

På samme måte som for foregående periode, kom tingretten til at timesatsen til Adrian Leman i post 4.5 måtte reduseres til kroner 600. Videre reduserte tingretten overtidssatsen i post 4.2 til kroner 190. Tingretten la også her til grunn at ikke all innleie av mannskap var knyttet til forhold BSO var ansvarlig for, men at noe skyldtes for flat bemanning fra EKs side. Tingretten la til grunn at EK burde hatt 12 egne montører på byggeplassen i perioden,

mens EK i snitt hadde hatt 8,5 montører. Basert på denne differansen, nedjusterte tingretten timeantallet i post 4.1 til 1 773. Tingretten fant at de øvrige merkostnadene var sannsynliggjort som direkte følge av forseringen, som BSO var ansvarlig for. Samlet tilkjente tingretten EK kroner 805 664 i tilleggsvederlag for forseringskostnader.

EK har ikke påanket tingrettens utmåling, og gjør gjeldende at dommen bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisbedømmelse. BSO har påanket også denne delen av dommen, og har gjort gjeldende de samme innsigelsene til kravet som for de foregående periodene.

Som lagmannsretten har nevnt i drøftelsen for foregående periode, varslet EK i brev 29. november 2019 at det i løpet av oktober og november var inntrådt ytterligere betydelige forsinkelser. EK gjorde derfor i brevet gjeldende at det var behov for å trappe opp forseringen for å klare kontraktens frister. Dette er behandlet av tingretten, og lagmannsretten gjengir følgende om dette fra dommen (s. 62):

Retten vil gå nærmere inn på fremdriftsavvikene nedenfor i punkt 7.5.9.3, men det er etter rettens syn sannsynlig at de forhold som er beskrevet, sammenholdt med det som fremkommer i EKs brev 12. og 25. november 2019, har ført til ytterligere forsinkelser i prosjektet. Det fremgår at ventilasjon og rør er forsinket i forhold til den dagjeldende fremdriftsplanen, og fremdriftsavvikene viser med bilder at foranliggende fag er forsinket målt mot fremdriftsplanen fra juli 2019. Den 22. november 2019 ble det utarbeidet en ny revisjon av fremdriftsplanen, som viser ytterligere utsatt oppstart av EKs arbeider, for eksempel slik at arbeidene i kjelleren i Bygg Nord ble utsatt med 17 arbeidsdager, og arbeidene i første og andre etasje av Hovedbygget del 4 med 21 arbeidsdager.

BSO har ikke ført bevis for at EKs fremstilling av fremdriften i den nevnte perioden avviker fra dette, og etter rettens syn er det sannsynliggjort at det forelå en slik ytterligere forsinkelse på dette tidspunkt.

Denne beskrivelsen av ytterligere forsinkelser mot reviderte fremdriftsplaner, ble underbygget av vitneforklaringene fra de sentrale personene i EKs prosjektorganisasjon. Det ble i ankeforhandlingen også gjennomgått et brev og varsel om fristforlengelse fra 12. november 2019, hvor det var vedlagt fremdrifts- og avviksmeldinger med beskrivelser og bilder av ulike bygningsmessige forsinkelser. Lagmannsretten gjengir et utdrag fra det som ble dokumentert fra dette brevet:

Etter 26.10.19 har vi registrert og oversendt flere og hyppigere alvorligere avvik på manglende tilkomst og befarer selv de bygningsmessige forsinkelsene på arealer som vi snart skal ha oppstart på etter gjeldende forseringsplan. I dagens særmøte (12.11.19) innledet vi møte med at store endringer på våre aktiviteter i forseringsplanen vil få ytterligere fremdrifts og økonomiske konsekvenser for EK da vi har en ekstremt forsert bemanning og administrasjon med stram tidslinje imot en allerede komprimert/forsert slutfase av prosjektet.

Heller ikke for lagmannsretten har BSO ført bevis som viser at EKs fremstilling av de ytterligere forsinkelsene som oppsto i løpet av oktober og november 2019 er feilaktig. Lagmannsretten anser det sannsynliggjort at det i løpet av den perioden som behandles tilkom ytterligere forsinkelser som hindret fremdriften i EKs elektroarbeider. Det følger av de fremdrifts- og avviksmeldinger som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, at forsinkelsene i all hovedsak knyttet seg til manglende tilkomst og at foranliggende fagområder ikke hadde ferdigstilt sine arbeider. Lagmannsretten er enig med tingretten i at forsinkelsene gjaldt forhold BSO var ansvarlig for etter kontrakten, jf. NS 8417 punkt 22.3 og punkt 34.1.2. Lagmannsretten er videre enig med tingretten, når den legger til grunn at de samlede forsinkelsene i prosjektet var langt utenfor den tålegrensen som kan utledes av EKs samordningsplikt, jf. kontrakten punkt 2.7.4.

Det er noe uklart om tingretten har tatt stilling til om de forsinkelsene og fremdriftshindringene som oppsto i løpet av denne perioden, ga grunnlag for ytterligere fristforlengelser etter kontrakten punkt 33.1, *i tillegg til* den fristforlengelsen det allerede var lagt til grunn at EK hadde krav på. Bevisene tilsier at EK hadde krav på ytterligere fristforlengelse, men dette er det strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til. Det sentrale for lagmannsretten er at de ovennevnte forhold sannsynliggjør at det også i denne perioden var nødvendig med de forseringstiltakene som EKs krav for perioden bygger på, og at dette hadde sammenheng med forhold BSO hadde risikoen for.

Når det gjelder de konkrete postene i forseringskravet, finner lagmannsretten at det er sannsynliggjort merkostnader til økt administrasjon og overtid i tråd med det som er krevet i post 4.2 til 4.6. Lagmannsretten mener EK kunne gjennomført prosjektet i denne perioden med de administrative ressursene som var planlagt, og at det var fremdriftsutfordringene og forseringen som var årsaken til merkostnaden ved økte administrative ressurser og overtid. EK har ikke påanket tingrettens reduksjon av timesatser for overtid og for basen Adrian Leman, og BSO har heller ikke hatt særskilte innvendinger til timesatsene. Lagmannsretten anser at de samme timesatsene må legges til grunn for denne perioden.

I denne perioden er det også krevet dekket 312 timer for Gjermund Volden som ekstra administrativ bas på forseringslaget, sammen med Adrian Leman. I lys av de ytterligere fremdriftshindringene som oppsto, er lagmannsretten enig med tingretten i at det er sannsynliggjort at det var behov for dette som følge av forhold BSO var ansvarlig for. Det er i kravet lagt til grunn at 68 % av Voldens oppgaver besto av administrative oppgaver, som er det som kreves dekket som en merkostnad. Lagmannsretten finner at det er sannsynliggjort at Volden hadde slike administrative oppgaver. EK har ikke påanket tingrettens reduksjon av Voldens timesats til kroner 600, og BSO har heller ikke hatt særskilte innvendinger til denne timesatsen. Lagmannsretten legger derfor samme timesats til grunn.

Når det gjelder innleie av mannskap, så var kravet for denne perioden i utgangpunktet dekning av merkostnader ved innleie for til sammen 1904 timer, jf. post 4.1. Tingretten reduserte som nevnt timeantallet ut fra den betraktning at EK burde hatt en egen bemanning på 12 montører. EK har ikke påanket dette. Lagmannsretten viser til sine tidligere vurderinger av EKs egen bemanning, som gjelder tilsvarende for denne perioden. Lagmannsretten mener det er sannsynliggjort at behovet for innleie av mannskap som følge av de nye forsinkelsene var like nødvendig i denne perioden, som i foregående perioder, og lagmannsretten slutter seg derfor til tingrettens vurdering.

Tingretten tilkjente også tilleggsvederlag for ekstrakostnader, jf. post 4.7. Det har ikke vært særskilte innvendinger til tingrettens vurdering, og lagmannsretten finner at også dette er sannsynliggjort som en ekstrakostnad ved forseringen.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for forseringskostnader for perioden med kroner 805 664. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for forseringskostnader for perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.4.2 Plunder og heft

I brevet 23. desember 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for uke 47 til 51. Kravet er basert på den samme tilnærmingen som for de foregående perioder, hvor EK har beregnet merkostnadene ved plunder og heft som følge av forhold BSO har risikoen for. EK gjorde gjeldende at det forelå en ineffektiv drift på 11 % som BSO var ansvarlig for, og som ga seg utslag i et merforbruk på 298 montørtimer. EK gjorde for denne perioden ikke noe fradrag for egne forhold, og krevde samlet et tilleggsvederlag på kroner 178 800.

Tingretten fant at EK hadde fremlagt vektige bevis som underbygget kravet, men kom til at det var riktig å gjøre et skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %, slik at utgangspunktet blir 268 timer. I tillegg ble kravet nedjustert for å ta hensyn til at en del av timeforbruket gjaldt lærlinger med lavere timesats, slik som for tidligere perioder. Tingretten la til grunn 33,5 timer á kroner 420 og 134,5 timer á kroner 600, til sammen kroner 94 770. Lagmannsretten bemerker at tingretten har foretatt en feilregning ved utmålingen, da det mangler 100 timer basert på de forutsetninger tingretten legger til grunn (268 timer – 33,5 timer = 234,5 timer). EK har ikke påanket utmålingen for denne perioden. Lagmannsretten kommer tilbake til betydningen av dette nedenfor. BSO har

derimot påanket denne delen av dommen, og bestridt at det er grunnlag for å utmåle tilleggsvederlag for plunder og heft.

Det ble i ankeforhandlingen dokumentert fra forseringsrapporter utarbeidet for perioden, og de beregninger av ineffektiv drift som er utarbeidet. Disse bevisene sannsynliggjør etter lagmannsrettens oppfatning at det både besto forhold, og inntrådte nye, som BSO var ansvarlig for etter kontrakten, og som førte til forstyrrelser og nedsatt produktivitet i EKs arbeidsoperasjoner. For denne perioden er det dokumentert at EK varslet om både forsinkelser og fristforlengelse som følge av fremdriftshindringer. Som nevnt er EKs konkrete krav i perioden basert på samme tilnærming til utmålingen som for foregående perioder. Basert på bevisførselen i ankeforhandlingen, mener lagmannsretten det er sannsynliggjort at EK er påført merkostnader i den størrelsesorden som er krevet, og at disse ikke ville oppstått dersom de forhold BSO er ansvarlig for tenkes borte. BSO har heller ikke for denne perioden ført bevis, som motbeviser de forhold på byggeplassen som ligger til grunn for EKs krav.

Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å gjøre ytterligere fradrag for EKs egne forhold, enn det fradraget som er gjort av tingretten. Lagmannsretten nevner i den forbindelse at det ble dokumentert at EKs egne faglige vurderinger av ineffektiv drift i perioden var på 11-18 %. Det er på denne bakgrunn vanskelig å se at tingrettens fradrag skulle vært større.

Lagmannsretten kan etter dette ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EKs krav for perioden er sannsynliggjort. Som nevnt over, har imidlertid tingretten gjort en regnefeil, da det i regnestykket som ligger til grunn for utmålingen har forsvunnet 100 timer á kroner 600. Ingen av partene kommenterte dette i ankeforhandlingen. Lagmannsretten mener dette skyldes en klar feil fra tingrettens side. Etter lagmannsrettens syn kan det korrigeres for denne regnefeilen innenfor rammen av ankesaken. Selv om utmålingen av denne posten ikke er påanket særskilt, er kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft påanket og er en del av ankesaken. Den korreksjonen lagmannsretten foretar, innebærer heller ikke at det beløpet som utmåles går utover det som ble tilkjent av tingretten, jf. tingrettens domsslutning punkt 2. Lagmannsretten kommer på denne bakgrunn til at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag med kroner 154 770. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for kravet på plunder og heft for perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.5 Forsering og plunder og heft for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020

6.5.7.5.1 Forseringskostnader

I brev 12. februar 2020 fremsatte EK et spesifisert krav om dekning av forseringskostnader pådratt for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020 med kroner 768 120. Dette ble senere revidert til kroner 753 463 basert på ny underlagsdokumentasjon. Det fremgår av brevet at EK samtidig varslet om nye forsinkelser, og det ble påpekt at BSO hadde avslått selskapets tidligere krav om fristforlengelse. Lagmannsretten kommer tilbake til dette straks nedenfor. Av brevet fremgikk følgende kostnadsposter som ble krevd dekket av BSO:

5 Forseringskost - mannskap uke 52 (2019) til uke 5 (2020)					753 463
5.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	1976	217 360
5.2	Pålagt overtid 50%	1	300	134	40 200
5.3	Pålagt overtid 100%	1	600	14	8 400
5.4	Projektkoordinator Anders Dahl	1	740	209	154 660
5.5	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	206	142 140
5.6	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640	155	99 200
5.7	BAS forseringslag Gjermund Volden	1	640	170	70 % 76 160
5.8	Overtidsmat (forseringskost for stillas, gardintrapp mm medtatt i post 1.4)	1	15343		15 343

Tingretten fant at kravet om tilleggsvederlag for merkostnader var sannsynliggjort også for denne perioden, med unntak av post 5.8 overtidsmat. Tingretten viste ellers til tidligere drøftelser av det som gjaldt timesatser og administrative kostnader, og foretok en viss nedjustering av kravet ut fra dette. Totalt ble det tilkjent kroner 709 340 som tilleggsvederlag for forseringskostnader i perioden.

EK har ikke gjort gjeldende at tingrettens utmåling av tilleggsvederlaget er feil, med unntak av det som gjelder post 5.8 for overtidsmat. BSO har påanket også denne delen av dommen, og har vist til de samme innvendinger som for øvrige perioder.

Lagmannsretten er i likhet med tingretten kommet til at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for merkostnader som følge av forseringen også for denne perioden. Lagmannsretten vil for sin del legge til at det er sannsynlig at de ytterligere forsinkelsene som oppsto i løpet av oktober og november 2019, forplantet seg inn i denne perioden. På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen mener lagmannsretten det er sannsynliggjort at det i denne perioden besto en svært krevende forseringssituasjon for EK, hvor forholdene på byggeplassen fremsto uoversiktlig og preget av manglende fremdriftsstyring og koordinering fra BSOs side. Dette underbygges av forklaringene til både Anders Dahl og Nicolai Laache, samt forklaringen til Sven Windhager. Som nevnt over, er situasjonen beskrevet i EKs brev til BSO 12. februar 2020. Lagmannsretten finner grunn til å gjengi utdrag fra dette brevet:

I henhold til gjeldende fremdriftsplan (rev 43 av 03.12.19) skal det etter planen nå i februar kun være de tekniske fagene som skal utføre produksjon, innregulering, test og kontroll i hovedbygget og bygg nord samt montering av himlingsplater i grid, belegg i trapp og vasking i Bygg nord. Dette er langt fra realiteten på byggeplassen. Den 05.02.20 sendte Backe ut en 3 ukersplan som viser noen av de bygningsmessige

forsinkelsene i prosjektet. Det er pr. 10.02.20 registret over 95 håndverkere på byggeplassen. Dette vises hvor tett opp til mekanisk ferdigstilling forangående bygningsmessige fag til Backe er, og hvor krevende det er for oss å produsere rett etter og samtidig med forangående aktiviteter så tett opp til milepælen. Dette er ikke rasjonelt på noen som helst måte at man går så mange oppå hverandre og hele tiden venter på at forangående fag skal bli ferdig for selv raskt å kunne komme i gang.

En av årsakene til forsinkelsene er at Backe har hatt alt for lite stedlig byggeledelse på prosjektet gjennom høsten til å klare styre, koordinere samt følge opp den reviderte fremdrifts- / forseringsplanen som ble utarbeidet 09.07.19 og som senere har blitt revidert gjentatte ganger. Forholdene har blitt tatt opp med Backe ved gjentatte anledninger der vi har anmodet Backe om å øke deres stedlige byggeledelse, uten at det er gjort.

[...]

Som følge av at Backe pr 11.02.20 ikke gir berettigede fristforlengelse øker presset ytterligere på prosjektleder, prosjektlederassistent, baser og montører med spesifikke ansvarsområder. Strikken er allerede strukket langt og vi varsler nå bekymring for helse, miljø og sikkerhet på prosjektet. Det har blitt gjennomført samtaler på plassen for å ivareta våre prosjektdeltakere. Tilbakemeldingene vi får er at prosjektet begynner nå å bli en stor belastning på familieliv og helse da det stilles nesten uoppnåelige krav fra Backe.

De fremdriftshindringene og forsinkelsene som er beskrevet i dette brevet fra EK, er underbygget gjennom forseringsrapporten for samme periode, som ble gjennomgått i ankeforhandlingen. Slik lagmannsretten ser det, har EK sannsynliggjort at det i denne perioden besto en krevende forseringssituasjon, som i tillegg ble ekstra krevende som følge av ytterligere fremdriftshindringer. De ovennevnte bevisene taler videre for at BSO i denne perioden hadde for liten stedlig byggeplassledelse, og ikke på forsvarlig vis utførte plikten som totalentreprenør til å koordinere aktørene og styre fremdriften. Det siste har også støtte i rapporten utarbeidet av UBFs byggeleder Advansia, som lagmannsretten har gjennomgått tidligere.

Lagmannsretten mener det er klart sannsynliggjort at det som følge av disse forholdene var behov for ekstra ressurser til administrasjon og arbeidsledelse, samt fortsatt innleie av mannskap i det omfang som ble gjort. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det for denne perioden ikke er bevismessig grunnlag for å si at EK burde hatt en høyere bemanning med egne ansatte montører. Merkostnadene ved innleie kan fullt ut tilbakeføres til forhold BSO er ansvarlig for. Det er etter lagmannsrettens syn ingen holdepunkter for at de nevnte merkostnadene i denne perioden ville oppstått med det produksjonsopplegget EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen, selv med slike endringer som EK hadde måttet akseptere.

I likhet med tingretten, finner lagmannsretten at overtidsbruken i perioden var nødvendig. For øvrig legges de samme justeringer av timesatser og overtidssatser til grunn som for foregående perioder, da dette står i samme stilling rettslig sett.

På ett punkt er lagmannsretten likevel uenig med tingretten. Tingretten fant at det ikke var sannsynliggjort merkostnader til overtidsmat for perioden, og trakk derfor ut kostnadspost 5.8 på kroner 15 343. For lagmannsretten ble underlagsdokumentene for betaling av overtidsmat gjennomgått, og lagmannsretten finner at også denne kostnadsposten er sannsynliggjort som en nødvendig følge av forseringen.

På denne bakgrunn kommer lagmannsretten til at EK har sannsynliggjort at de har krav på tilleggsvederlag for perioden med samlet kroner 724 683. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører derfor ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for forseringskostnader for denne perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.5.2 Plunder og heft

I det samme brevet 12. februar 2020 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020 på kroner 624 000. Kravet er beregnet på samme måte som lagmannsretten har redegjort for tidligere, og er basert på et effektivitetstap på 36 %, eller 1040 montørtimer, som hevdes å knytte seg til forhold BSO er ansvarlig for.

Tingretten fant at EK hadde fremlagt vektige bevis som underbygget kravet, og at BSO ikke hadde ført bevis som tilsa et annet resultat. Tingretten fant samtidig at det var riktig å gjøre et skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %, og tilkjente på denne bakgrunn kroner 540 540 i samlet tilleggsvederlag. Samtidig ble kravet for denne perioden nedjustert for å ta hensyn til at en del av timeforbruket gjaldt lærlinger med lavere timesats, slik som for tidligere perioder.

EK har ikke påanket utmålingen, og har følgelig akseptert den nedjusteringen av kravet tingretten foretok. BSO har påanket også denne delen av dommen, og bestrider at det er grunnlag for å utmåle tilleggsvederlag for plunder og heft. BSO har imidlertid heller ikke her gjort gjeldende innvendinger som knytter seg spesielt til denne perioden, men viser til innvendingene for tidligere perioder.

Tingretten har funnet det bevist at «problemene med forsinkelser hos foranliggende fag i denne perioden ble verre sammenlignet med perioden før jul 2019», og har støttet seg på

beskrivelsen i EKs brev og de underliggende forseringsrapportene, jf. dommen s. 67-68. Lagmannsretten er enig i dette, og viser for sin del til bevisvurderingen for forseringskravet ovenfor. De forhold som er fremhevet der, underbygger at det inntrådte nye forsinkelser og avvik fra produksjonsopplegget, noe BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det er sannsynliggjort at en avledet konsekvens av dette var nedsatt produktivitet for EKs arbeidsutførelse, og at dette gjaldt både faste montører og innleid mannskap. Det ble i ankeforhandlingen dokumentert fra forseringsrapporten fra perioden, og lagmannsretten finner grunn til å gjengi fra noe av det som ble dokumentert for uke 3 i 2020:

Uke 03 13.01.20 til 17.01.20

1110 prosjekttimer.

Prosjektaktiviteter og fremdriftsfront:

HB DEL2 Plan 30 Komplettering

HB DEL3 Trapp Komplettering

HB DEL1 Trapp Komplettering

GS Plan 10 Komplettering

Tilbakeganger på arealer hvor vi ikke tidligere har hatt tilkomst. Komplettering i HB DEL1 trapp kan ikke påstartes, da 40mms plater er ikke montert. Vi er avhengig av himlingsmontasje for å komplettere. Komplettering i HB DEL3 trapp startes, selv om maleren er ikke helt ferdig. Utsparinger i himling for lamper er delvis for stort eller for lite. Det brukes ekstra tid for å varsle BSO og tømmer. Istedenfor å komplettere ferdig i en etasje/repo må det flyttes videre til neste etasje/repo for å gjøre det som kan gjøres. Stiger og utstyr må flyttes unødvendig. Det går flere dager før utsparinger er utbedret og montøren må settes til andre arbeidsoppgaver. Ingen av etasjene i HB DEL4 kan 100% ferdigstilles da det er fortsatt mindre arealer som er ikke klargjort fra foregående fag. Flere arealer i HB DEL4 alle etasjer har blitt klart i romjulen og vi må komplettere i hver etasje samtidig. Likevel er det fortsatt mindre arealer ikke klart som gjør at komplettering i en etasje ikke kan 100% fullføres. Det har blitt vanlig på prosjektet med tilbakeganger, utfordrende logistikk, lagring, orientering, trange forhold med mange folk i samme områder. Oppfølging av BSO er ikke tilstede og vi må henvise igjen over områder som er forsinket. Det avholdes internt forseringsmøte med prosjektstab 14.01.20 og 16.01.20 det blir brukt mye tid i møtene for å evaluere ny forseringsplan. Hvis den urasjonelle driften fortsetter må vi ytterligere pålegge mer overtid. [...]

Faglig vurdering og måling i perioden er 30-36% ekstra tidsforbruk på forskjellige aktiviteter grunnet parallelle aktiviteter og gjentakende flytting av mannskap til nye oppgaver og manglende tilkomst. I tillegg pålegges det overtidsarbeider.

Dette er et tidsnært bevis som etter lagmannsrettens syn underbygger hvordan både forseringssituasjonen og de stadige forsinkelsene hos foranliggende fagområder medførte produktivitetsnedsettelse for EK. Tilsvarende forhold fremgår også av de øvrige ukesrapportene som ble gjennomgått i lagmannsretten. BSO har som tidligere nevnt, ikke ført konkrete bevis som imøtegår disse beskrivelsene av forholdene på byggeplassen i den aktuelle perioden.

EK har som tidligere nevnt beregnet den ineffektive driften for perioden på samme måte som for de øvrige periodene. Basert på bevisførselen i ankeforhandlingen, mener

lagmannsretten det er sannsynliggjort at EK er påført merkostnader for plunder og heft i den størrelsesorden som er krevet, og at disse merutgiftene ikke ville ha oppstått dersom de forhold BSO er ansvarlig for tenkes borte. Tingretten kom til at det var riktig å gjøre et skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %. Dette er ikke påanket av EK. Lagmannsretten kan ikke se at det for denne perioden er bevismessig grunnlag for å gjøre noe større fradrag.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft for perioden med kroner 540 540, som er samme beløp som tingretten kom til. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.6 Forsering og plunder og heft for uke 6 til uke 12 i 2020

6.5.7.6.1 Forseringskostnader

EKs krav om forseringskostnader for denne perioden ble fremsatt i brev 7. mai 2020, og hensyntatt senere revisjon på grunn av ny underlagsdokumentasjon var kravet kroner 1 158 316. Av brevet fremgikk følgende poster som merkostnader ved forseringen som ble krevet dekket som tilleggsvederlag:

6 Faktisk forseringskost - mannskap uke 06-12 (2020)						1 158 316
6.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	2293	100 %	252 230
6.2	Pålagt overtid 50% (+ 39 timer for uke 52-05) (Fratrukket -68 timer covid 19)	1	300	245	100 %	73 500
6.3	Pålagt overtid 100% (+ 22,5 timer for uke 52-05) (Fratrukket -3 timer covid 19)	1	600	358,5	100 %	215 100
6.4	Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	246	100 %	182 040
6.5	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	351	100 %	242 190
6.6	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman - Avsluttet basrollen uke 08	1	640	32	100 %	20 480
6.7	BAS forseringslag Gjermund Volden	1	640	312	70 %	139 776
6.8	Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	22	1500			33 000

Som det fremgår av kostnadsoppstillingen, gjelder kravet en del av perioden etter utbruddet av covid-19. EK har trukket ut en del overtidstimer som selskapet mener relaterer seg til denne situasjonen og som BSO ikke har risikoen for etter kontrakten.

Tingretten fant at kravet om tilleggsvederlag for merkostnader ved forseringen var sannsynliggjort også for denne perioden, med unntak av kostnader til overtidsmat og ekstra utstyr, jf. post 6.8. Tingretten viste ellers til tidligere drøftelser av det som gjaldt timesatser og administrative kostnader, og foretok en nedjustering av kravet ut fra dette. Totalt ble det tilkjent kroner 1 009 670 som tilleggsvederlag for forseringskostnader i perioden.

EK har ikke gjort gjeldende at tingrettens utmåling av tilleggsvederlaget er feil, med unntak av det som gjelder post 6.8 for overtidsmat og ekstra utstyr. BSO har derimot påanket denne delen av dommen, og har vist til de innvendinger som er gjort gjeldende for de øvrige perioder.

Om denne perioden skriver tingretten følgende:

Etter rettens syn er det sannsynliggjort at forseringssituasjonen fortsatt besto, og at den var særlig krevende i denne fasen. Fasen omfatter den siste innspurten før mekanisk ferdigstilling for samtlige bygg. Den omfatter videre deler av slutfasen, som på grunn av BSOs forhold var blitt redusert fra fire måneder til to måneder. Slutfasen, som innebærer innregulering, test og idriftsettelse av samtlige anlegg, er krevende i en elektroentreprise. Det er sannsynlig at den svært reduserte slutfasen innebar en stor utfordring for EK, og at det var nødvendig å sette inn betydelige ressurser for å få den gjennomført innen de frister som gjaldt.

Lagmannsretten kan slutte seg til denne vurderingen. Bevissituasjonen om disse forholdene står ikke i noen nevneverdig annen stilling for lagmannsretten, enn for tingretten. Både Nicolai Laache og Anders Dahl forklarte i lagmannsretten at det som var særskilt komplisert i denne perioden, var at man som følge av forsinkelsene og forseringssituasjonen også måtte utføre arbeider som normalt skulle vært utført i slutfasen. Dette er underbygget gjennom de brev EK skrev til BSO i denne fasen, og i forseringsrapportene. I forseringsrapporten for uke 8 skriver EK følgende:

Det jobbes pålagt overtid for å bli ferdig. Kommer først nå i gang med komplettering i HB DEL4 Plan 01. Arealet er flere måneder forsinket pga vannlekkasjer og dårlig oppfølging i fremdrift av Backe. Pga nærstående mekanisk ferdigstilling blir alle fag pålagt å ferdigstille arealet og det er meget krevende og urasjonell å jobbe på et lite areal med flere forskjellige faggrupper. Arealet blir også igjen delvis stengt pga gulvlegging og meget dårlig samordning/planlegging fra Backe sin side. Det må også jobbes med prosjektering da det nå begynner å komme avklaringer fra RØR/VENT/Automatikk på over 87 installasjoner som det er gitt fristforlengelse på. Arbeidet er meget krevende for automatikkbas og det må settes opp flere montørslag for å påstarte arbeider etterhvert som avklaringer kommer. Det må åpnes himlinger og vegger for kabling av nye HLS/SD komponenter. Byggeplassen oppleves denne uken som ekstremt kaotisk alle fag jobber for å bli ferdig uten at Backe har kontroll og koordineringsevnen eller viljen grunnet alt for lite ressurser på byggeplassen. [...] Det avholdes internt forseringsmøte med prosjektstab 18.02.20 og 20.02.20 det besluttes at det også denne helgen må jobbes pålagt overtid hverdager og helg for å kunne å klare milepæl mekanisk ferdigstilling.

Dette er et tidsnært bevis som dokumenterer situasjonen på byggeplassen i perioden, og det underbygger at forseringssituasjonen var krevende i denne fasen. Riktignok er dette en beskrivelse fra EKs side, men BSO har etter lagmannsrettens syn ikke ført bevis som tilbakeviser beskrivelsen i rapportene, eller i EKs brev i perioden. Lagmannsretten anser

det derfor sannsynliggjort at det påløp merkostnader som følge av forseringen og fremdriftshindringer som BSO var ansvarlig for i denne perioden, og at det kravet som er fremmet av EK ikke går utover det som kan tilbakeføres til dette. Lagmannsretten er følgelig enig med tingretten i at de ekstra ressursene til administrasjon som kreves dekket for denne perioden, ikke ville ha påløpt dersom forseringssituasjonen tenkes borte. Dette inkluderer kostnaden for de administrative oppgaver Gjermund Volden gjorde i denne perioden, som også lagmannsretten mener er sannsynliggjort.

Lagmannsretten slutter seg videre til tingrettens vurdering av at det var nødvendig og påregnelig med innleie av mannskap i det omfang som ble gjort i denne perioden, og at det var som følge av forseringssituasjonen. Det samme gjelder overtidsbruken, og lagmannsretten viser på dette punktet til det som er beskrevet om nødvendigheten av overtid i forseringsrapporten. Det anses sannsynliggjort at det i denne perioden ble satt inn ekstra ressurser for å nå kontraktens tidsfrister for mekanisk ferdigstillelse, samtidig som det ble nødvendig å utføre arbeider som normalt ville vært utført i slutfasen. Heller ikke lagmannsretten finner at det er grunnlag for å gjøre noe fradrag for at EK burde hatt en høyere andel egne ansatte i denne perioden. For øvrig legger lagmannsretten til grunn at det må gjøres de samme justeringer i timesatser og overtidssatser som er gjort for foregående perioder.

I motsetning til tingretten, finner derimot lagmannsretten at kostnadene til overtidsmat og ekstra utstyr i post 6.8 på kroner 33 000 er sannsynliggjort.

Lagmannsretten kommer derfor til at EK har krav på tilleggsvederlag for forseringskostnader for denne perioden på kroner 1 042 670.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for denne perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.6.2 Plunder og heft

I samme brev 7. mai 2020 fremsatte EK krav om kroner 945 744 i tilleggsvederlag for plunder og heft. Kravet er beregnet på samme måte som lagmannsretten har redegjort for tidligere, og er i utgangspunktet basert på et effektivitetstap på 45 % i perioden, eller 1882 montørtimer, som hevdes å knytte seg til forhold BSO er ansvarlig for. EK gjorde i tillegg et fradrag på 306 montørtimer for forhold knyttet til covid-19, som selskapet mente ikke hadde årsakssammenheng med BSOs ansvar etter kontrakten.

Tingretten fant at EK hadde fremlagt vektige bevis som underbygget kravet, og at BSO ikke hadde ført bevis for noe annet. Tingretten kom imidlertid til at det var riktig å gjøre et ytterligere skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %. I tillegg korrigererte

tingretten for lavere timepris for lærlinger, og tilkjente etter dette samlet kroner 801 750 i tilleggsvederlag for perioden.

EK har ikke påanket utmålingen. BSO har påanket også denne delen av dommen, og bestrider at det er grunnlag for å utmåle tilleggsvederlag for plunder og heft. BSO har heller ikke her gjort gjeldende innvendinger som knytter seg spesielt til denne perioden, men viser til innvendingene for tidligere perioder.

På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen, mener lagmannsretten EK har sannsynliggjort kravet for perioden. Det er fremlagt og gjennomgått forseringsrapport for perioden som underbygger at det forelå forhold som BSO svarer for etter kontrakten, og som i stor grad ledet til nedsatt produktivitet og forstyrrelser i EKs arbeidsutførelse og produksjonsopplegg. Lagmannsretten har ovenfor ved behandlingen av forseringskravet trukket frem forseringsrapporten for uke 8, og dette tidsnære beviset underbygger også at det i stor utstrekning inntrådte forhold som var BSOs risiko etter kontrakten, og som hadde avledede og negative innvirkninger på EKs produktivitet. Lagmannsretten gjengir som et illustrativt eksempel, et utdrag fra denne:

Faglig vurdering og måling i perioden er 40-50% ekstra tidsforbruk på forskjellige aktiviteter grunnet meget høy grad av parallelle aktiviteter og gjentakende flytting av mannskap til nye oppgaver og manglende tilkomst. Det medgår mye tid til forflytninger, opprigga og nedrig av verktøy og stiger. Det medgår prosjektets største timeforbruk pr uke med 1 447 timer, grunnet så god planlegging som mulig av prosjektstab holdes den urasjonelle driften så lav som det er mulig basert på antall timer som produseres. Det forespørres også om det kan åpnes for arbeider på søndag 22.02.20.

Forseringsrapporten for denne uken, og de øvrige ukene som ble gjennomgått, viser at en betydelig andel av EKs arbeidsoperasjoner i denne perioden fikk fremdriftshindringer og forsinkelser. Det er etter lagmannsrettens syn godt underbygget at følgene av dette var at EKs øvrige arbeidsoperasjoner ble forstyrret og fikk nedsatt produktivitet. Mannskap måtte flyttes inn og ut av oppgaver, og utstyr måtte rigges opp og ned, avhengig av hvor man fikk tilkomst. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering av at det er ført vektige bevis for at EK er påført et vesentlig effektivitetstap i perioden, og at dette i all hovedsak knytter seg til forhold BSO har risikoen for etter kontrakten. Det er ikke sannsynlig at dette uansett ville inntruffet med det produksjonsopplegget EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen. Lagmannsretten mener videre at det er sannsynliggjort at omfanget av dette er i den størrelsesorden som kreves dekket. Lagmannsretten bemerker at tingretten har gjort et fradrag på 10 % for forhold som ifølge tingretten relaterer seg til «eventuelle andre egne forhold» hos EK. Lagmannsretten har ikke innvendinger til dette, og mener det i alle fall ikke er sannsynlig at EK bærer risikoen for noen større andel av effektivitetstapet. For øvrig er lagmannsretten enig i at en andel av timene må korrigeres for lavere timesats for lærlinger, slik som for tidligere perioder.

Lagmannsretten kommer på denne bakgrunn til samme konklusjon som tingretten, og finner at EK har krav på tilleggsvederlag for plunder og heft for denne perioden på kroner 801 570.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.6 Særlig om kravet om plunder og heft fra uke 2 til uke 32 i 2019

I brevet 2. september 2019, hvor EK fremsatte krav om fristforlengelse med 4,5 måneder, ble det også fremsatt krav om tilleggsvederlag for merkostnader som følge av plunder og heft i perioden fra uke 2 til 32 i 2019. Kravet er beregnet med utgangspunkt i den inntjent verdi-analysen lagmannsretten har redegjort for tidligere. For denne perioden mente EK at det forelå et effektivitetstap på 30 %, noe som tilsvarte 2333 tapte montørtimer og kroner 1 399 516 i tilleggsvederlag. EK mente å kunne sannsynliggjøre at hele produktivitetstapet skyldtes forhold BSO har risikoen for etter kontrakten, og gjorde ikke fradrag for egne forhold.

Tingretten fant at BSOs innsigelser til kravet for perioden var prekludert og tilkjente kravet fullt ut, jf. punkt 7.5.6 i dommen. BSO har påanket dette, og anfører at det ikke er grunnlag for preklusjon av deres innsigelser, men at det er EKs krav som er prekludert. Videre anføres at det uansett ikke er materielt grunnlag for kravet. EK fastholder preklusjonsinnsigelsen, men hevder i alle tilfelle at det er materielt grunnlag for kravet.

Kravet for denne perioden skiller seg på flere punkter fra de øvrige plunder og heft-kravene. For det første gjelder det merkostnader pådratt *før* forseringstiltakene ble iverksatt. For de øvrige periodene har EK gjennomgående argumentert med en sammenheng mellom forseringssituasjonen og produktivitetsnedsettelsen. Slik sammenheng foreligger ikke for plunder og heft-kravet for denne perioden. I forlengelsen av dette påpeker lagmannsretten at bevissituasjonen stiller seg annerledes, ved at det i denne perioden ikke foreligger forseringsrapporter eller løpende effektivitetsmålinger fra EK. Det er også andre forskjeller, som lagmannsretten kommer tilbake til.

Lagmannsretten behandler først preklusjonsspørsmålene.

BSO anfører prinsipalt at EKs krav er prekludert etter NS 8417 punkt 34.1.3.

Bestemmelsen lyder som følger:

Dersom TUE vil kreve justering etter første eller annet ledd [krav om plunder og heft], må han varsle totalentreprenøren særskilt uten ugrunnet opphold etter han blir eller burde ha blitt klar over at utgifter ville påløpe. Gir han ikke slikt varsel, taper

han retten til å påberope seg påløpte utgifter som grunnlag for krav på vederlagsjustering

Lagmannsretten anser at «uten ugrunnet opphold» normalt skal forstås som en meget kort frist, og at det må handles raskt etter at totalunderentreprenøren blir eller burde blitt klar over at slike utgifter ville påløpe. I kommentaren til den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405 i Marthinussen mfl. (2006) på s. 318 står det i tråd med dette at «Fristen er kort og entreprenøren vil bare ha noen få dager på seg.». I HR-2020-2254-A la Høyesterett til grunn at ordlyden «uten ugrunnet opphold» måtte forstås som om lag to uker i den konkrete saken for en reklamasjonsbestemmelse i NS 8401, jf. avsnitt 49 og 54. Høyesterett understreket samtidig at tidsbruken må vurderes konkret, blant annet hensett til kravets kompleksitet og entreprisens omfang. Lagmannsretten ser det slik at det normalt må varsles innen noen få dager, og at to uker ligger i ytterkant av varslingsfristen etter punkt 34.1.3.

Et annet spørsmål er hvilke krav som kan stilles til varslingsfristen og dets innhold. Ordlyden sier ikke annet enn at det må gis et «særskilt [...] varsel» om at det vil kreves vederlagsjustering for slike utgifter. Det er ikke naturlig å forstå dette dithen at varslingsfristen må begrunnes på noen inngående måte, eller at det må fremsettes et spesifisert krav. Lagmannsretten mener likevel det er naturlig å forstå ordlyden slik at det kreves at det er gitt et eget varsel som gjør det rimelig klart at totalunderentreprenøren mener slike utgifter vil påløpe, og at dette vil kunne danne grunnlag for et krav om vederlagsjustering fra hans side. Alminnelige lojalitetsbetraktninger underbygger denne tolkningen, da det er først ved et slikt varsel totalentreprenøren får oppfordring til å reagere og eventuelt sette inn tiltak.

BSO gjør gjeldende at et varsel som oppfyller bestemmelsens krav til varsel først er fremsatt i EKs brev 14. mai 2019 og at dette er for sent, ettersom EKs krav gjelder utgifter helt tilbake til uke 2, noe som betyr at selskapet må ha blitt kjent med utgiftene allerede tidlig i 2019. EK anfører derimot at særskilt varsel om krav om plunder og heft ble gitt første gang 28. januar, og deretter på nytt 16. april og 14. mai 2019.

Når det gjelder det påberopte varslingsfristen 28. januar 2019, så knyttet dette seg til en endringsmelding fra EK som primært gjaldt forsinket prosjekteringsunderlag fra rådgivende ingeniør og rørlegger. I endringsmeldingen er det også knyttet enkelte kommentarer til den omforente fremdriftsplanen, og det nevnes at det vil bli nødvendig å foreta tilbakeganger på grunn av forsinket prosjekteringsunderlag, men at omfanget av dette er uklart. I meldingen står det videre følgende om konsekvensene av dette:

Vi er bekymret over at vi nå er i en situasjon hvor vi vil få utfordringer med å holde frister i omforent fremdriftsplan samtidig som vi skal utføre nødvendige tilbakegangsarbeider. Det varsles herved at vi er hindret i å ferdigstille alle våre produksjonsprosesser iht. gjeldende fremdriftsplan. Det er med stor sannsynlighet at andre fag vil få følgerrelaterte konsekvenser. For eksempel montering av

systemhimling, spilehimling, luker, lukking av vegger, mm. De økonomiske og fremdriftsrelaterte konsekvensene vedrørende fristforlengelse/forlenget byggetid, urasjonell drift, tilbakegang og eventuell forsering av våre arbeider er ikke mulig for oss å beregne på det nåværende tidspunkt da underlag ikke foreligger.

Riktignok sies det i meldingen at det vil bli nødvendig med tilbakeganger, og det antydes økonomiske konsekvenser, herunder urasjonell drift. Samtidig står det at det ikke er mulig å beregne økonomiske eller fremdriftsrelaterte konsekvenser, og det er heller ikke fremmet noe eksplisitt krav om dette.

Lagmannsretten har kommet til at det EK skriver i endringsmeldingen 28. januar 2019 ikke oppfyller kravet til et «særskilt [...] varsel» etter NS 8417 punkt 34.1.3 tredje ledd. Som nevnt gjelder det neppe strenge krav til innholdet av et varsel etter bestemmelsen. Det må imidlertid kreves at det er rimelig klart at det påberopes økte utgifter grunnet plunder og heft, slik at totalentreprenøren får oppfordring til å reagere. Lagmannsretten kan ikke se at det er tilfelle for den nevnte endringsmeldingen. Lagmannsretten mener for øvrig at EK hadde oppfordring til å gi et tydelig varsel på dette tidspunktet, ettersom de merkostnadene EK krever dekket som plunder og heft går tilbake til uke 2. Det fremgår også av senere varsel, som lagmannsretten kommer tilbake til, at EK har regnet på produktivitetstapet helt tilbake fra uke 2. Det måtte derfor være klart for EK at det påløp nokså store utgifter grunnet plunder og heft på dette tidspunktet, og at det var grunn til å varsle tydelig om dette.

Det er ikke fra EKs side påberopt at det er gitt noe ytterligere varsel, før ved endringsmelding 014 som ble fremsatt 16. april 2019. Av dette varslet fremgår det som nevnt at EK har regnet på et tap som følge av plunder og heft tilbake til uke 2. Et eventuelt krav om tilleggsvederlag som gjelder perioden frem mot varslet 16. april 2019, må etter lagmannsrettens syn derfor uansett anses prekludert som følge av at det ikke er varslet uten ugrunnet opphold, jf. siste setning i punkt 34.1.3 tredje ledd.

Varslingsregelen i punkt 34.1.3 kan ikke forstås slik at totalunderentreprenøren ved dette mister retten til å kreve tilleggsvederlag for utgifter som ennå ikke er pådratt. Det følger av punkt 34.1.3 at det som prekluderes er retten til å påberope seg «påløpte utgifter» som grunnlag for vederlagsjustering, ikke retten til å kreve vederlagsjustering for utgifter som påløper etter dette. Denne tolkningen følger ikke bare av ordlyden, men er også lagt til grunn i juridisk teori, jf. Nordtvedt mfl. i kommentaren til den tilsvarende bestemmelsen i NS 8407 (1. utg.) s. 522.

Som nevnt påberoper EK også at det i endringsmelding 014 fra 16. april 2019 ble varslet om økte utgifter som følge av plunder og heft i tråd med punkt 34.1.3. Av meldingen fremgår at EK varslor om forsinkelser som følge av forhold BSO har ansvaret for, og at det vil være nødvendig å forsere for å hente inn forsinkelsene. Videre redegjøres det for at forsinkelsene har medført et produktivitetstap sammenlignet med det

produksjonsopplegget som var planlagt etter 26/11-planen. Det er også kort beskrevet hvordan EK har beregnet produktivitetstapet, i form av tapte montørtimer. Det nevnes i tillegg at det ved en forsering fremover vil påløpe ytterligere utgifter grunnet urasjonell drift. Selv om det ikke uttrykkelig fremmes et krav om vederlagsjustering grunnet plunder og heft, mener lagmannsretten det på en tilstrekkelig tydelig måte varsles om at det både har påløpt, og vil påløpe, slike utgifter fremover. Lagmannsretten legger derfor til grunn at meldingen oppfyller kravet til varsling i punkt 34.1.3, og at EK ikke har tapt retten til å påberope seg økte utgifter på grunn av plunder og heft som grunnlag for vederlagsjustering for perioden etter 16. april 2019. Lagmannsretten vil legge til at det under enhver omstendighet er varslet i henhold til kontraktens regler i EKs senere brev 16. mai 2019 fra advokat Markussen.

Som følge av dette legger lagmannsretten til grunn at EKs rett til å kreve tilleggsvederlag for økte utgifter grunnet plunder og heft i perioden fra uke 2 frem til uke 15 er prekludert, men derimot ikke for utgiftene som er pådratt fra uke 16 til 32.

EK fremsatte første gang et spesifisert krav om tilleggsvederlag som følge av plunder og heft i brevet 2. september 2019. Kravet var som nevnt på kroner 1 399 516. I brevet er det nevnt at grunnlaget for kravet er:

Forsinkelser med forangående bygningsmessige fag har medført at vi ikke har fått en normal produksjonseffektivitet med våre aktiviteter, i stedet har manglende tilkomst, forsinkelser og manglende reelle fremdriftsplaner å kunne styre etter, ført til et lavere produksjonstempo, tilbakegang med ekstra opp- og nedrigg, ad-hoc arbeid med mye flytting av montører. Dette har ført til en betydelig differanse mellom inntjente timer og forbrukte timer i dette prosjektet.

Kravet er beregnet på grunnlag av en inntjent verdi-analyse av samme karakter som den lagmannsretten har redegjort for i forbindelse med behandlingen av de øvrige periodene.

BSO anfører at det uansett ikke er materielt grunnlag for kravet for denne perioden. Innvendingene gjelder både det bevismessige grunnlaget og beregningsmåten. I hovedtrekk anføres at det ikke er tidsnære bevis som underbygger at det har påløpt økte utgifter som følge av plunder og heft, og at måten kravet er beregnet på uansett ikke er holdbar.

Lagmannsretten minner innledningsvis om de rettslige utgangspunkter som er lagt til grunn ved drøftelsen av plunder og heft-kravene for de øvrige periodene, jf. særlig punkt 6.5.3 og 6.5.7.1 ovenfor.

Som lagmannsretten har nevnt innledningsvis, skiller plunder og heft-kravet for denne perioden seg fra de øvrige periodene ved at det ikke er knyttet til forseringen. På dette tidspunktet sto ikke EK i en situasjon med utstrakt grad av parallelle aktiviteter og et stort omfang av innleid mannskap. Det er i tillegg andre sentrale forskjeller når det gjelder

bevissituasjonen. I motsetning til de andre periodene, er det ikke løpende utarbeidet forseringsrapporter som beskriver fremdriftshindringene uke for uke i de ulike delene av byggene, og hvordan dette har medført nedsatt produktivitet og forstyrrelser på de øvrige arbeidsoperasjonene hos EK. Det EK derimot først og fremst har støttet seg på, er en rekke fremdriftsvarsler (fremdriftsvarsler nr. 2-48). Disse fremdriftsvarslene er ikke på samme måte som forseringsrapportene tidsnære bevis, som etter rettspraksis har særlig tyngde i bevisvurderingen. Fremdriftsvarsel nr. 1-24 er først utarbeidet 14. mai 2019, mens de øvrige er utarbeidet 5. juli 2019. Videre er det slik at fremdriftsvarslene, som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, først og fremst dokumenterer at det forelå betydelige forsinkelser. Etter hva lagmannsretten kan se, fremgår det bare i begrenset grad av disse varslene hvilke konsekvenser dette hadde i form av redusert produktivitet for EK i denne perioden. Lagmannsretten minner om at det ikke besto en forseringssituasjon, og det var derfor i liten grad parallelle aktiviteter og heller ikke så mange montører på byggeplassen i denne perioden, som er en av hovedårsakene til den ineffektive driften fra høsten 2019. Vitnene fra EK har riktignok forklart seg i ankeforhandlingen om hvordan forsinkelsene i første halvår i 2019 hadde konsekvenser i form av redusert produktivitet, og det er også lagt frem en rekke hjelpedokumenter som skal illustrere dette. Disse bevisene har likevel ikke samme vekt som tidsnære bevis.

Lagmannsretten mener i og for seg det er sannsynlig at de stadige forsinkelsene og fremdriftshindringene som inntrådte utover vinteren og våren 2019 hadde konsekvenser i form av redusert produktivitet for EKs elektroarbeider. Lagmannsretten har likevel kommet til at EK ikke har oppfylt beviskravene for årsakssammenheng mellom byggherreforhold og økte utgifter som følge av plunder og heft i denne perioden. Det er ikke på tilstrekkelig måte sannsynliggjort hvilke arbeidsoperasjoner som ble negativt påvirket av forhold BSO var ansvarlig for etter kontrakten, i hvilke perioder dette har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet dette har medført, jf. HAB-dommen avsnitt 66.

Lagmannsretten legger til at EK heller ikke har underbygget den konkrete utmålingen av kravet på tilleggsvederlaget med like konkrete bevis for denne perioden. Av HAB-dommen følger at det også gjelder krav til bevisene for den konkrete utmålingen av vederlaget, og det må godtgjøres en årsakssammenheng mellom de merutgiftene som kreves dekket og den ineffektive driften som har inntrådt. EK har ikke for denne perioden underbygget at prosjektledelsen og basene har foretatt løpende faglige vurderinger av prosentvis ineffektiv drift, og at dette igjen er sammenholdt med det som følger av inntjent verdi-analysen, slik EK gjorde for senere perioder. Det er heller ikke opplyst om, eller dokumentert, at EK har foretatt spesifiserte målinger for enkelte aktiviteter der man konkret har målt den ineffektive driften for disse aktivitetene, slik det følger av dokumentbevisene at man gjorde for de øvrige periodene. Tilsvarende er det ikke dokumentert at man har foretatt løpende vurderinger av om det er forhold i denne perioden som tilsier at en andel av den ineffektive driften skyldes EKs egne feil eller ineffektivitet, slik som man ellers gjorde.

Ettersom lagmannsretten ovenfor har konkludert med at det første trinnet i kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt, slik dette er omtalt i HAB-dommen, er det strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til om EK også har sannsynliggjort de konkrete merkostnadene som kreves dekket, altså det andre trinnet i årsakssammenhengen. På bakgrunn av det som er redegjort for ovenfor, anser likevel lagmannsretten at heller ikke dette kravet er oppfylt for denne perioden.

Lagmannsretten konkluderer derfor med at det ikke er grunnlag for å tilkjenne EK tilleggsvederlag for økte utgifter til plunder og heft for perioden fra uke 2 til 32 i 2019. På dette punktet får derfor BSO medhold i anken.

6.7 Oppsummering

Som det vil fremgå av drøftelsene ovenfor, slutter lagmannsretten seg i all hovedsak til de vurderinger tingretten har gjort av EKs krav om tilleggsvederlag for forsering og plunder og heft. På noen punkter har imidlertid lagmannsretten utmålt et noe lavere beløp, og på andre punkter er det utmålt et noe høyere beløp. For perioden fra uke 2 til 32 har lagmannsretten kommet til at det ikke er grunnlag for tilleggsvederlag for økte utgifter til plunder og heft. For å oppsummere, har lagmannsretten konkludert med følgende

I tilleggsvederlag for forseringskostnader har lagmannsretten kommet til at EK har krav på totalt kroner 4 714 298 med tillegg av forsinkelsesrenter, fordelt på følgende perioder (alle beløp ekskl. mva.):

- 1 357 259 for uke 33 til 41, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 29. november 2019
- 784 022 for uke 42 til 46, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 28. desember 2019
- 805 664 for uke 47 til 51, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 724 683 for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 1 042 670 for uke 6 til 12 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020

I tilleggsvederlag for merkostnader som følge av plunder og heft har lagmannsretten kommet til at EK har krav på totalt kroner 4 115 220 med tillegg av forsinkelsesrenter, fordelt på følgende perioder (alle beløp ekskl. mva.):

- 1 566 780 for uke 33 til 41, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 29. november 2019
- 1 051 560 for uke 42 til 46, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 28. desember 2019
- 154 770 for uke 47 til 51, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 540 540 for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 801 570 for uke 6 til 12 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020

7. EKs krav om tilleggsvederlag for forlenget kontraktperiode – rigg og drift

7.1 Innledning

EK har videre krevet tilleggsvederlag med kroner 218 451 som følge av at kontraktperioden ble forlenget fra 24. april 2020 til 13. juli 2020, jf. NS 8417 punkt 34.1.2. Nærmere bestemt gjelder det krav om tilleggsvederlag for økte kostnader til prosjektledelse, baser og rigg og drift. EK hevder forlengelsen av fristen for overtakelse skyldes forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og at det derfor var grunnlag for fristforlengelse og tilleggsvederlag etter NS 8417 punkt 33.1 og 34.1.2. BSO hevder derimot det er forhold på EKs side som er årsaken til at kontraktperioden ble forlenget.

Tingretten tilkjente kroner 87 758 for forlenget kontraktperiode, basert på den formel som følger av punkt 2.7.10 i kontrakten mellom UBF og BSO. Partene var for tingretten enige om at denne formelen skulle benyttes, men var uenige om hvilke kostnader som skulle tas med i beregningen, i tillegg til at det var uenighet om årsaken til forlenget kontraktperiode.

BSO påanket tingrettens dom, da selskapet mener det ikke er grunnlag for tilleggsvederlag. EK innga avledet anke over tingrettens dom, da selskapet mener tingretten har utmålt et for lavt beløp i tilleggsvederlag.

7.2 BSOs anførsler

De forhold som danner grunnlag for kravet om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft, er ikke relevant for kravet om tilleggsvederlag for forlenget kontraktperiode. Forseringskravet knyttet seg til forhold til og med uke 12 i 2020, og kan ikke brukes «på nytt» ved dette kravet. Spørsmålet her er om det har inntrådt forhold etter uke 12 som gjør at EK hadde krav på fristforlengelse iht. NS 8417 punkt 33 hva gjaldt fristen for overtakelse 24. april 2020. Dersom årsaken til at fristen for overtakelse ble forlenget til 13. juli gjelder forhold EK har risikoen for, er det ikke grunnlag for tilleggsvederlag.

EK hadde ikke krav på fristforlengelse. At fristen for overtakelse ble forlenget til 13. juli 2020 skyldes forhold EK har risikoen for, så som undervurdering av prosjektets kompleksitet, kontraktsstridig bruk av innleie osv. EK hadde også ansvaret for forsinkelser grunnet feil ved dørmiljø og mangelfull leveranse når det gjaldt optisk varsling.

Subsidiært anføres at EKs krav er for høyt. BSO mener det er tilbudskalkylens beløp på kroner 860 000 som må legges til grunn ved formelberegningen, slik tingretten har gjort, og ikke 2 995 903 kroner, slik EK anfører. Det er ikke sannsynliggjort at det var kalkulert kostnader til rigg og drift utover dette.

7.3 EKs anførsler

EK hadde krav på fristforlengelse også etter den opprinnelige fristen for overtakelse 24. april 2020 og frem til overtakelsen skjedde 13. juli 2020, jf. NS 8417 punkt 33.1. EK skal derfor kompenseres for økte utgifter til prosjektledelse, baser og rigg og drift som følge av forlenget kontraktperiode, jf. NS 8417 punkt 34.1.2.

Årsaken til at fristen for overtakelse ble utsatt er forhold BSO hadde risikoen for, og ikke forhold på EKs side. EK var i praksis ferdig med sine arbeider innen fristen 24. april 2020, med unntak av systemtesting og integrerte tester med enkelte andre fagområder, som var forsinket. Dette er forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det var etter kontrakten BSO som styrte når overtakelse kunne skje, og EK var klar til å overlevere lenge før 13. juli 2020.

Manglene ved optisk varsling var ikke av en slik karakter at UBF kunne nektet overtakelse. Dette var en mangelssak. Det er derfor uriktig å holde EK ansvarlig for forsinkelsen den tiden det tok å utbedre optisk varsling, slik tingretten gjorde. Det kan uansett bare være snakk om maksimalt 7 dager som EK var ansvarlig for, og ikke 18 dager, slik tingretten la til grunn.

Tingretten har utmålt et for lavt beløp i tilleggsvederlag. De kalkulerte utgiftene til rigg og drift er i realiteten kroner 2 995 903. Økte utgifter til rigg og drift beregnet etter kontraktens formel gir et samlet krav på kroner 218 451.

7.4 Lagmannsrettens vurdering

Det er uomtvistet at fristen for overtakelse i utgangspunktet var 24. april 2020, men at denne fristen ble forlenget til 13. juli 2020. Kontraktperioden ble følgelig forlenget med drøyt 2,5 måned. Begge parter har tatt utgangspunkt i at det avgjørende for om EK har krav på tilleggsvederlag i henhold til kontraktens formel for forlenget byggetid, er om EK hadde krav på fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.1. At dette er avgjørende følger også av reguleringen av krav om tilleggsvederlag for forlenget byggetid i punkt 2.7.10 i kontrakten mellom UBF og BSO. Partene er enige om at denne skal legges til grunn.

Etter NS 8417 punkt 33.1 har totalunderentreprenøren krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av

- a) endringer, jf. punkt 31 og 32, eller
- b) forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23, 24 eller
- c) andre forhold totalentreprenøren har risikoen for

EK anfører at årsaken til at kontraktperioden ble forlenget etter 24. april 2020 gjelder forhold BSO har risikoen for, så som forsinkelser knyttet til rørleggerarbeider, SD-/Automatikk, dørleveranser og andre bygningsmessige forhold, herunder

utenomhusarbeider. EK hevder dette medførte at selskapet ikke fikk overlevert sine arbeider, selv om de var ferdige. BSO anfører derimot at det er forhold på EKs side som er årsaken til at kontraktperioden ble forlenget, og at EK ikke hadde krav på fristforlengelse.

Lagmannsretten nevner for sammenhengens skyld at det fulgte av punkt 2.7.10 i kontrakten at overtakelse i forholdet mellom EK og BSO skulle skje samtidig som BSOs overlevering til UBF. Dette innebar at BSO som totalentreprenør styrte når overlevering skulle skje, og at EK ikke kunne overlevere sine arbeider selv om disse var ferdige.

På bakgrunn av bevisførselen som har vært om slutfasen, legger lagmannsretten til grunn at EK i all hovedsak var ferdig med egen produksjon og systemtesting per 24. april 2020, med unntak av enkelte tverrfaglige tester opp mot VVS, rørlegger og SD-/Automatikkleverandører. Dette er underbygget av de slutfaseplanene som er fremlagt, herunder slutfaseplanen 2. april 2020, som er oppdatert for det som er ferdigstilt per 30. april 2020. Lagmannsretten kan ikke se at det er bevismessige holdepunkter for at årsaken til at denne tverrfaglige systemtestingen ikke var ferdig, knyttet seg til forhold EK hadde risikoen for. Tvert imot mener lagmannsretten det er sannsynliggjort at dette knyttet seg til forhold BSO hadde risikoen for. Det kan blant annet vises til e-post 19. mars 2020 fra UBF til BSO, hvor det er listet opp en rekke forhold som ikke var ferdig per 16. mars 2020, som var fristen for mekanisk ferdigstilling. Ingen av disse forholdene gjaldt, etter hva lagmannsretten kan se, det som var EKs ansvarsområde i kontrakten. Det er videre på det rene at BSO i første halvdel av april 2020 utsatte fristen for overtakelse til 20. mai 2020. Dette fremgår av revisjon 11 av slutfaseplanen fra 2. april 2020, jf. ID-nr. 190 i denne planen. Etter hva lagmannsretten kan se, er det ingen tidsnære bevis som understøtter at denne utsettelsen skyldes forhold EK hadde risikoen for. Derimot er det fremlagt et brev fra EK av 7. mai 2020, som også tingretten har vist til, hvor EK fremhever at de har vært klare til å overlevere siden opprinnelig frist for overtakelse 24. april 2020. I samme brev skrev EK følgende om et eventuelt tilleggsvederlag for forlenget kontraktperiode:

Vi registrerer da at det er innvilget fristforlengelse til 20.05.20 og at våre merkostnader på prosjektledelse, rigg og drift med ytterligere 1 måned dekkes av Backe.

Det er ikke lagt frem noe tidsnært svarbrev fra BSO hvor det er imøtegått at EK hadde krav på fristforlengelse til 20. mai 2020, eller at denne utsettelsen skyldes forhold EK hadde risikoen for. Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at utsettelsen av fristen for overtakelse fra 24. april 2020 til 20. mai 2020 skyldes forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og at EK hadde krav på fristforlengelse i samme periode.

Det er på det rene at det etter dette ble ytterligere forlengelser av kontraktperioden, frem til overtakelse skjedde 13. juli 2020. Om disse forlengelsene skriver tingretten følgende:

Bakgrunnen for utsettelsen er ikke godt belyst for tingretten. Det ligger en del korrespondanse om dette i faktisk utdrag, men ingenting av dette synes å ha vært ført som bevis under hovedforhandlingen. Basert på det begrensede bevisgrunnlag retten har, mener retten det er mest sannsynlig at bakgrunnen for at EKs ytelser ikke fullt ut var levert skyldes forsinkelser knyttet til teknisk underlag og arbeider fra rørlegger/RIV og automatikkleverandør, jf. punkt 13 nedenfor, samt andre forhold som er BSOs risiko.

Heller ikke i ankeforhandlingen brukte partene mye tid på grunnen til at fristen for overtakelse ble utsatt helt til 13. juli 2020. De tidsnære dokumentbevisene som ble gjennomgått, taler likevel for at årsaken til forlengelsene skyldes forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og ikke forhold på EKs side. Et unntak gjelder optisk varslings, som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor. Lagmannsretten viser blant annet til at det ble gjennomgått møtereferater hvor det fremgår at varmesentral hos rørlegger var forsinket, og at disse først ble igangsatt for drift 15. mai 2020. Videre ble det gjennomgått varsel fra automatikkleverandør 19. mai 2020, hvor det fremgikk at SD-anlegg ikke ble ferdig med test og igangkjøring i henhold til avtalte tidsfrister, og at det var en følge av forsinkelser hos andre fagområder. Det ble også gjennomgått en oppstilling som viste reviderte automatikkskjemaer fra VVS i månedene mars, april, mai og juni 2020. Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at disse forholdene også forsinket den tverrfaglige systemtestingen som EK skulle utføre i slutfasen. Ingen av de ovennevnte forholdene lå under EKs ansvarsområde i kontrakten.

Av e-post 21. mai 2020 fra BSO fremgår det videre at BSO denne dagen utsatte overtakelse til etter gjennomført fullskalatest og teknisk kontrollbefaring, som var planlagt til 16. juni 2020. EK sendte 18. juni 2020 en e-post med krav om fristforlengelse og varsel om kostnader i forbindelse med forlenget kontraktsperiode. Av e-posten fremgår det følgende:

Vi viser til fullskalatest 16.06.20 som ble godkjent av Undervisningsbygg. Denne fullskalatesten har blitt skjøvet på av Backe flere ganger pga. forhold som ikke har med EK å gjøre. Vi har blitt informert om at Backe og Undervisningsbygg vil gjennomføre overtakelse 03.07.20, basert på deres epost 27.05.20 ønsker Backe dette som overleveringsdato mot EK også. Vi varsler fortsatt fristforlengelse på dagsmulktbelagte frister tilsvarende forskjøvet overtakelse, fullskalatest, mekanisk ferdigstillelse (bygningmessig og teknisk ferdigstillelse) og øvrige tester/befaringer som det er Backe som har styrt tidspunkter for. Det varsles fortsatt kostnader i forbindelse med forlenget byggetid på prosjektet. Gjelder overlevering 03.07.20 også for utomhusarbeider? Vil Backe bli ferdig med alt av utomhusarbeider i tide?

Etter hva lagmannsretten kan se, ble e-posten ikke besvart av BSO. Det ble i ankeforhandlingen også gjennomgått en e-post EK sendte BSO 3. juli 2020. I e-posten påpekte EK at det var uheldig at den planlagte overleveringen til UBF samme dag ble avlyst, og fremhevet at det var ingen forhold på EKs side som tilsa at overtakelse ikke

kunne gjennomføres den dagen. EK krevde samtidig fristforlengelse som følge av forsinkelsen. Heller ikke denne e-posten ser ut til å ha blitt besvart av BSO.

Lagmannsretten kan ikke se at det er dekning i bevisene for at noen av disse forholdene skyldes svikt eller forsinkelser fra EKs side. Tvert imot etterlot bevisførselen et klart inntrykk av at det i perioden frem mot 13. juli 2020 var forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten som førte til at fristen for overtakelse ble utsatt i flere omganger, og helt frem til 13. juli 2020. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at EK i utgangspunktet hadde krav på fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.1 fra 24. april 2020 og frem til 13. juli 2020. Følgelig foreligger det også grunnlag for å kreve tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode.

Som nevnt over, er det imidlertid grunn til å knytte noen særlige merknader til det som gjelder optisk varsling. Det er på det rene at det 8. mai 2020 ble avdekket at EK ikke hadde levert optisk varsling i skolebyggene av det omfanget som kontrakten krevde. Dette ble det reklamert på fra UBFs side, og BSO videreførte denne reklamasjonen mot EK. Av senere korrespondanse fremgår det at EK hadde utbedret mangelen ved optisk varsling 29. mai 2020. Slik lagmannsretten forstår det, anfører BSO at dette var en så alvorlig feil at det ville gitt grunnlag for å nekte overtakelse dersom dette hadde blitt avdekket før den opprinnelige fristen 24. april 2020 ble utsatt til 20. mai 2020. BSO anfører på denne bakgrunn at EK må bære risikoen for den forsinkelsen som knytter seg til selskapets mangelfulle levering av optisk varsling. EK anfører derimot at dette ville blitt håndtert som et mangelskrav, og ikke gitt grunnlag for å nekte overtakelse. EK mener derfor dette ikke kan ha betydning for kravet om tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode.

Det følger av NS 8417 punkt 37.3 at arbeidene skal være ferdigstilt for at overtakelse skal finne sted. Videre fremgår det at «Overtakelse skal likevel finne sted dersom det kun påvises mindre mangler, og manglene eller utbedringen av dem har liten praktisk betydning for den forutsatte bruken av kontraktsgjenstanden.». Spørsmålet er derfor om manglene ved optisk varsling hadde «liten praktisk betydning for den forutsatte bruken av kontraktsgjenstanden.»

Lagmannsretten er i noe tvil om dette spørsmålet, men har for det første kommet til at mangelen ved optisk varsling var av en slik karakter at det ville gitt rettslig grunnlag for å nekte overtakelse etter punkt 37.3. Optisk varsling er et brann- og rømningstiltak som berører sikkerheten til brukerne, herunder skolens elever. I kravspesifikasjonen til UBF var det stilt strenge krav til omfanget av dette varslingssystemet, og lagmannsretten mener dette underbygger at dette var et viktig forhold for byggherren. Ettersom dette angår brukernes sikkerhet mener lagmannsretten det er lite naturlig å se dette som et forhold av «liten praktisk betydning» for bruken av skolen. Lagmannsretten har videre kommet til at det er sannsynliggjort at dette ville ført til nektelse av overtakelse og utsettelse av fristen for overtakelse dersom feilen hadde blitt avdekket før den opprinnelige fristen 24. april

2020. Dette har også støtte i vitneforklaringen fra UBFs seksjonsleder Magnar Skår, som forklarte at dette var et krav som angikk sikkerheten i skolebygget og at det ville vært til hinder for overtakelse. Dette forholdet må derfor hensyntas i vurderingen av fristforlengelsen EK hadde krav på i denne perioden. Ettersom fristen for overtakelse allerede var utsatt fra 24. april til 20. mai 2020 grunnet forhold som var BSOs risiko etter kontrakten, må det etter lagmannsrettens syn være den tiden det tok EK å utbedre optisk varsling etter 20. mai 2020 som skal trekkes inn. Som nevnt over ble forholdet utbedret av EK innen 29. mai 2020. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det er 9 dager hvor den forlengede kontraktperioden skyldes forhold EK hadde risikoen for etter kontrakten. Denne perioden skal derfor ikke inngå i beregningen av tilleggsvederlaget for forlenget kontraktperiode. Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at EK har krav på tilleggsvederlag for 2,4 måneder forlenget kontraktperiode, når man tar hensyn til de 9 dagene EK hadde ansvaret for på grunn av mangelfull levering av optisk varsling.

Som nevnt i punkt 7.1 over, er partene enige om at tilleggsvederlaget for forlenget kontraktperiode skal beregnes etter den formelen som følger av punkt 2.7.10 i kontrakten mellom UBF og BSO. Den aktuelle bestemmelsen i kontrakten mellom UBF og BSO lyder som følger:

Regulering i forlenget byggetid

Har totalentreprenøren krav på fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1 skal vederlagsjustering for kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging kompenseres etter følgende formel:

$$\frac{0,7 AZ}{Y}$$

A= Avtalt pris på opprinnelig rigg- og driftskapittel eks. mva.

Y= Opprinnelig byggetid

Z= Forlengelsen utover opprinnelig byggetid

Dersom fristforlengelse kun er gitt for deler av arbeidene, skal A reduseres forholdsmessig.

Med hensyn til faktor Y er det for lagmannsretten enighet om at opprinnelig byggetid var 24 måneder. Lagmannsretten har ovenfor lagt til grunn at forlengelsen utover opprinnelig byggetid som BSO svarer for (hensyntatt 9 dager for optisk varsling som er EKs ansvar) er på 2,4 måneder, og dette legges derfor til grunn for faktor Z.

Partene er imidlertid uenig om hva som skal legges til grunn for faktor A = Avtalt pris på opprinnelig rigg- og driftskapittel eks. mva. Dette skyldes at det ikke er avtalt noen særskilt pris for rigg- og drift. Denne kostnaden er heller ikke nøyaktig angitt i verken kontrakten eller EKs tilbud. Tingretten fant at det var riktig å trekke inn det som i EKs prosjektregnskap var omtalt som «kalkulert administrasjon» på kroner 860 000 og

«kalkulert andre kostnader» på kroner 193 516, i tillegg til et påslag for bruttofortjeneste på 19 %. På denne bakgrunn kom tingretten til at rigg og driftsbeløpet i faktor A i formelen var kroner 1 253 681 inklusive påslaget for bruttofortjeneste.

EK har anført at den kalkulerte rigg og driftsposten for elektroarbeidene er langt høyere enn det tingretten har lagt til grunn, og at riktig beløp er kroner 2 995 903. For å underbygge at dette er riktig beløp for rigg og driftskostnader, har EK fremlagt et hjelpedokument hvor det var laget en oppstilling av ulike kostnadsposter. Summeringen av disse postene stemmer imidlertid ikke overens med beløpet på kroner 2 995 903. Det er heller ikke vist til andre tidsnære bevis som kan sannsynliggjøre det EK hevder skal legges til grunn som kalkulert kostnad for rigg og drift, så som internkalkyler eller internregnskap. Lagmannsretten slutter seg derfor til tingrettens bevisbedømmelse, som kom til at det var sannsynliggjort at det som i EKs prosjektregnskap var omtalt som «kalkulert administrasjon» og «kalkulert andre kostnader» inngikk i kalkulert kostnad for rigg og drift, samt et påslag for bruttofortjeneste på 19 %, jf. NS 8417 punkt 30.1.

På denne bakgrunn kommer lagmannsretten til følgende beregning ut fra formelen ovenfor:

$$0,7 \times 1\,253\,684 \times 2,4 / 24 = \text{kroner } 87\,758 \text{ eks. mva.}$$

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at EK er berettiget til et tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode på kroner 87 758 eks. mva. Beløpet er det samme som tingretten kom frem til, noe som skyldes at tingretten feilaktig baserte seg på 20 måneders byggetid i beregningen. Ettersom lagmannsrettens utmåling bygger på litt andre premisser enn tingretten gjorde, utformes det et eget punkt i domsslutningen for beløpet.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

8. EKs krav om tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning på grunn av forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode

8.1 Innledning

EK har videre krevet tilleggsvederlag for å dekke merkostnader til lønns- og prisstigning som følge av at kontrakts- og produksjonsperioden ble forskjøvet, jf. NS 8417 punkt 34.1.2. Kravet er på kroner 322 278. Tingretten kom til at det var grunnlag for dette, og tilkjente tilleggsvederlag i tråd med den såkalte «tyngdepunktsmetoden», jf. punkt 4 i domsslutningen i dommen 21. januar 2021.

BSO har påanket dommen på dette punktet. BSO anfører at EK ikke har krav på tilleggsvederlag, og følgelig at tingretten har foretatt feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse. EK gjør gjeldende at tingrettens dom er riktig.

8.2 BSOs anførsler

EK har ikke krav på tilleggsvederlag, da det er inngått en fastpriskontrakt, hvor det er avtalt at kontraktssummen ikke skal reguleres for lønns- og prisstigning, jf. kontrakten punkt 1.3. Det foreligger heller ingen forsinkelser eller svikt i BSOs ytelser som totalentreprenør som gir grunnlag for et krav etter kontraktens regler om vederlagsjustering. Eventuelle forskyvninger i kontrakts- og produksjonsperioden skyldes utelukkende forhold EK bærer risikoen for. Det vises til sakene om adgangskontroll, optisk varsling, manglende samordning osv.

Når det gjelder utmålingen, anføres at EKs krav bygger på 26/11-planen, noe det ikke er grunnlag for. EK hadde ingen berettiget forventning etter kontrakten for at tyngdepunktet for elektroarbeidene ville være juni 2019, som er utgangspunktet for EKs utmåling.

Prosjektleder Laache fra EK forklarte at for om lag halvparten av de innkjøpte materialene var det avtalt fast pris. Det kan derfor uansett ikke være grunnlag for å dekke prisstigning som også omfatter dette, jf. vilkåret om økonomisk tap.

8.3 EKs anførsler

Det er sikker rett at en totalunderentreprenør har krav på å få dekket lønns- og prisstigning grunnet forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode, når dette skyldes forhold som totalentreprenøren har risikoen for. I denne sammenheng er det ikke avgjørende at partene har inngått en fastpriskontrakt, da det dreier seg om en merkostnad som er en følge av forsinkelse og svikt på BSOs side, jf. NS 8417 punkt 34.1.2.

Tapet må utmåles etter tyngdepunktsmetoden, hvor det kompenseres for lønns- og prisstigningen fra da tyngdepunktet i arbeidet skulle vært utført etter den omforente fremdriftsplanen, til arbeidet faktisk er utført. EK har tatt utgangspunkt i SSBs indeks for boligblokker, som viser en lønns- og prisstigning på 1,3 % fra det forutsatte tyngdepunktet i juni 2019, til det faktiske tyngdepunktet i november 2019. Gitt kontraktssummen på kroner 24 965 864, gir dette et krav på kroner 322 278.

Kravet er varslet i samsvar med kontraktens frister.

8.4 Lagmannsrettens vurdering

Det følger av kontrakten punkt 1.3 at det er inngått en fastpriskontrakt og at «Kompensasjon for pris- og lønnsendringer i byggetiden er inkludert i kontraktssummen». BSO har med utgangspunkt i dette anført at det ikke er adgang til å kreve tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning overhodet.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Den naturlige forståelsen av punkt 1.3 er at den sikter til pris- og lønnsendringer der prosjektgjennomføringen blir i henhold til kontraktens forutsetninger om fremdrift. I slike tilfeller må totalunderentreprenøren bære den fulle risikoen for eventuelle pris- og lønnsendringer. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at den utelukker vederlagsjustering for lønns- og prisstigning der kontrakts- og produksjonsperioden blir vesentlig forskjøvet sammenlignet med kontraktens fremdriftsforutsetninger, og dette skyldes forsinkelser eller svikt på totalentreprenørens side. Det følger av NS 8417 punkt 34.1.2 at totalunderentreprenøren kan kreve tilleggsvederlag der han påføres merkostnader som følge av forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser. Slik lagmannsretten ser det, må det være adgang til å kreve tilleggsvederlag for merkostnader i form av lønns- og prisstigning som er en følge av forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode, også i en fastpriskontrakt. Forutsetningen må naturligvis også her være at de forsinkelsene og fremdriftshindringene som totalentreprenøren har risikoen for, ligger utenfor den tålegrensen som følger av totalunderentreprenørens samordningsplikt.

BSO har i tillegg anført at det er grunnleggende feil å basere tilnærmingen på fremdriftsforutsetningene i 26/11-planen. Videre bestrider BSO at det foreligger forsinkelser eller svikt ved deres ytelser som totalentreprenør.

Lagmannsretten har i drøftelsene ovenfor lagt til grunn at 26/11-planen var den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, som EK hadde rett til å varsle avvik og forsinkelser mot. Lagmannsretten har videre lagt til grunn at det i løpet av 2019 oppsto betydelige forsinkelser og avvik fra den fremdriften og det produksjonsopplegget som var forutsatt for elektroarbeidene i 26/11-planen, og at EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse med flere måneder. Også kontraktsperioden ble forlenget som følge av forhold BSO bærer risikoen for etter kontrakten. Konsekvensen av disse forsinkelsene var at de fleste hovedaktivitetene for elektroarbeidene ble forskjøvet med flere måneder. Den helt dominerende årsaken til dette var forsinkelser og svikt i ytelsene fra BSOs side som totalentreprenør. Etter lagmannsrettens syn, er det ikke grunnlag for å konkludere med at forsinkelsene skyldes forhold som EK hadde risikoen for etter kontrakten. Lagmannsretten finner derfor at det i utgangspunktet er grunnlag for tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning, jf. NS 8417 punkt 34.1.2. BSO har ikke gjort gjeldende at kravet er prekludert, og lagmannsretten anser at EK har varslet om dette kravet i henhold til kontraktens regler.

Kontrakten gir ikke anvisning på hvordan utmålingen av et slikt krav skal foretas. Lagmannsretten kan heller ikke se at det foreligger høyesterettspraksis som avklarer dette. Det sentrale må være å benytte en metode for utmålingen som kompenserer for det faktiske tapet som følge av de forsinkelsene i kontrakts- og produksjonsperioden BSO er ansvarlig for. EK har ved utmålingen tatt utgangspunkt i den såkalte tyngdepunktsmetoden. Metoden

innebærer at man kompenserer for den lønns- og prisstigningen som har vært i perioden fra forutsatt tyngdepunkt i arbeidene etter kontraktens fremdriftsforutsetninger, til det faktiske tyngdepunktet. Denne metoden er blant annet lagt til grunn for utmålingen i avgjørelsen i LA-2013-175355.

Lagmannsretten vurderer det slik at tyngdepunktsmetoden er en egnet og relevant måte å finne det faktiske tapet på. De andre metodene som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, herunder det EK omtalte som «forsinket oppstartsmetoden», har andre svakheter. BSO hadde for øvrig heller ikke særskilte innvendinger til tyngdepunktsmetoden som sådan. Lagmannsretten legger etter en samlet vurdering denne til grunn.

EK har tatt utgangspunkt i at tyngdepunktet i elektroarbeidene etter 26/11-planen var i juni 2019, men at det faktiske tyngdepunktet som følge av forsinkelsene og fremdriftshindringene ble i november 2019. Konsekvensen av dette var ifølge EK at innkjøpet av materiell og lønnskostnader ble dyrere på grunn av den mellomliggende prisstigningen. EK har ikke beregnet dette konkret, men har benyttet SSBs indeks for boligblokker (for elektroarbeider) som viser en lønns- og prisstigning på 1,3 % fra juni til november 2019. Gitt kontraktsummen på kroner 24 965 864, gir dette et krav på kroner 322 278.

Vurderingen av det hva som er det faktiske tyngdepunktet for elektroarbeidene må nødvendigvis bero på et skjønn. Lagmannsretten har i forbindelse med drøftelsen av forseringskravet lagt til grunn at det er sannsynliggjort vesentlige forsinkelser sammenlignet med 26/11-planen i alle bygg, og i alle fall tilsvarende EKs krav om fristforlengelse på 4,5 måneder. For en del av hovedaktivitetene var forsinkelsene opp mot 6 måneder, og stedvis også enda lengre. Det fremgår av timeregistreringer som ble gjennomgått i ankeforhandlingen at det har medgått klart flest montørtimer i tredje og fjerde kvartal 2019. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at det er sannsynliggjort at det har vært en forskyvning av tyngdepunktet for elektroarbeidene fra juni 2019 til november 2019, og at dette har påført EK merkostnader til lønn og materiale.

BSO har i tillegg anført at det ikke kan være riktig å utmåle et tilleggsvederlag som dekker prisstigning på materialer, dersom det faktisk ikke har vært merkostnader som følge av prisstigning på dette. BSO viser til at prosjektleder Laache hos EK forklarte at det for om lag halvparten av materialene var avtalt fast pris.

Lagmannsretten er enig i BSOs innvending. Som BSO har påpekt, forklarte Laache at det for om lag halvparten av materialet som skulle inngå i elektroentreprisen var avtalt fastpris. Da er det vanskelig å se at det har vært en prisstigning og en merkostnad på dette materialet som kan gi grunnlag for tilleggsvederlag. Det riktige må derfor være at dette trekkes ut fra beregningen. Det var lite bevisførsel om materialkostnadene i ankeforhandlingen, men det fremgår av EKs reviderte kalkyle (revisjon 1.3) at

materialkostnadene er angitt til kroner 13 487 521. Dersom halvparten av dette beløpet (6 743 760) trekkes ut fra kontraktssummen (24 965 864 – 6 743 760), får man et beløp på kroner 18 222 104. Gitt en prisstigning på 1,3 % i henhold til SSBs indeks for boligblokker, ender man opp med kroner 236 887 i lønns- og prisstigning for perioden.

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at EK er berettiget til et tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning på kroner 236 887 eks. mva. Ettersom det utmåles et annet vederlag enn det tingretten kom til, utformes det et eget punkt i domsslutningen om dette.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 11. desember 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

9. BSOs krav om dagmulkt

9.1 Innledning

BSO har fremmet et motkrav, som går ut på at EK må betale dagmulkt med kroner 2 153 283. Kravet er basert på at den dagmulksbelagte fristen for overlevering av prosjektet 24. april 2020 ble forsinket til 13. juli 2020. BSO hevder at det er EK som er ansvarlig for forsinkelsen, og at EK derfor må betale dagmulkt etter kontraktens bestemmelser. Tingretten frifant EK fra dagmulktkravet i dommen 26. februar 2021, og BSO har påanket denne delen av dommen.

9.2 BSOs anførsler

Tingrettens dom er basert på feil tolkning av kontrakten. EK har aldri hatt noe berettiget krav på fristforlengelse, og det vises til tidligere anførsler. Kontrakten punkt 1.9 kan ikke forstås slik at det er et absolutt krav om fire måneders slutfase etter byggetiden, slik at dagmulkt først kunne kreves fra 16. juli 2020 (4 måneder etter mekanisk ferdigstillelse for Gamleskolen). Kontrakten opererer ikke med et absolutt krav om en slutfase på fire måneder, og BSO må ha full anledning til å gi fristforlengelse på en delfrist, uten at dette ga krav på en tilsvarende utsettelse av fristen for overtakelse.

BSO mener det er feil og mangler ved EKs ytelser som er hovedårsaken til at overtakelsen ble utsatt og først kunne gjennomføres 13. juli 2020, og følgelig må EK ilegges dagmulkt for store deler av perioden. I tillegg til at den mangelfulle leveransen av optisk varsling medførte en vesentlig forsinkelse, forelå det også andre svakheter ved EKs ytelser som forsinket overtakelse.

Kontraktens back-to-back bestemmelse i punkt 2.13 er ikke til hinder for dagmulktkravet, ettersom UBF ila BSO dagmulkt. At BSO og UBF forlikte dagmulktkravet har i denne sammenheng ingen betydning.

9.3 EKs anførsler

Tingrettens dom er korrekt, og EK kan fullt og helt slutte seg til tingrettens vurdering.

Prinsipalt anføres at det ikke er grunnlag for dagmulkt, ettersom EK hadde rett på fristforlengelse fra 24. april 2020 til 13. juli 2020 som følge av svikt og forsinkelser ved BSOs ytelser som totalentreprenør. Det bestrides at det er forhold hos EK som er årsaken til at overtakelse først kunne skje 13. juli. Derimot er det forhold som BSO bærer risikoen for, herunder mangler ved varmesentralen, sprinkleranlegget, dørmonteringen mv.

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for dagmulkt, ettersom det fulgte av kontraktens punkt 1.9 om dagmulksbelagte tidsfrister at prosjektet skulle ha en slutfase på 4 måneder etter byggetiden på 20 måneder. Ettersom byggetiden og mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 16. mars 2020 (Gamleskolen), kunne ikke dagmulkt ilegges før tidligst 16. juli 2020. En eventuell dagmulkt ble følgelig avbrutt ved overtakelsen 13. juli 2020.

Atter subsidiært anføres at kontraktens back-to-back bestemmelse i punkt 2.13 medfører at EK ikke kan ilegges dagmulkt, ettersom BSO ikke er ilagt dagmulkt av UBF.

9.4 Lagmannsrettens vurdering

Etter NS 8417 punkt 40.1 kan totalentreprenøren kreve dagmulkt dersom arbeidet ikke er overtatt innen de dagmulktbelagte frister som gjelder i kontrakten, eventuelt justert for krav på fristforlengelse etter punkt 33. Det følger videre av punkt 40.2 at sluttfristen er dagmulktbelagt. Ved vurderingen av om det er grunnlag for BSOs krav om at EK må ilegges dagmulkt, må utgangspunktet tas i kontraktens bestemmelser om tidsfrister. Lagmannsretten finner det naturlig å først behandle det som har vært fremholdt som EKs subsidiære anførsel, da denne anførselen bygger på en tolkning av kontrakten som gjør det unødvendig å gå nærmere inn på om det forelå grunnlag for fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.

Etter kontrakten punkt 1.9.1 var følgende avtalt:

Byggetid for TUE gjelder med samme vilkår som for TE. Det er 20 mnd byggetid fra mottatt og godkjent rammetillatelse. Byggetiden inkluderer også IG søknad som først kan søkes etter at rammetillatelse er gitt.

Etter byggefasen vil prosjektet gå over i slutfasen som har en varighet på 4 mnd. For mer detaljer rundt slutfasen henvises det til kontraktsunderlaget. [...]

Det er for lagmannsretten uomtvistet at kontraktens frister skal regnes fra 24. april 2018. Med en byggetid på 20 måneder og en slutfase på 4 måneder, innebar dette at byggetiden

gikk til 24. desember 2019 og at den dagmulktbelagte sluttfristen var 24. april 2020. Det er videre på det rene at fristen for mekanisk ferdigstilling (og dermed byggetiden) senere ble forlenget til 23. februar 2020 for Hovedbygget og Bygg Nord, og til 16. mars 2020 for Gamleskolen. Sluttfristen 24. april 2020 ble ikke utsatt. Spørsmålet er om denne forlengelsen av byggetiden må innebære en tilsvarende forskyvning av den dagmulktbelagte sluttfristen, ettersom noe annet ville innebære at sluttfasen ble kortere enn de 4 månedene som fulgte av kontrakten. BSO anfører at kontrakten må forstås slik at det var anledning til å forlenge byggetiden og fristen for mekanisk ferdigstilling, uten at den dagmulktbelagte sluttfristen ble forskjøvet tilsvarende. Tingretten fant at kontrakten var til hinder for dette, ettersom den forutsetter en slutfase på 4 måneder.

Det fremgikk av ordlyden i kontrakten punkt 1.9.1 at prosjektet skulle ha en slutfase med varighet på 4 måneder etter byggetiden. Ordlyden åpner ikke for at en av partene ensidig kunne forkorte sluttfasen. Lagmannsretten er derfor ikke enig med BSO når selskapet anfører at det må være anledning til å ensidig forlenge byggetiden, uten konsekvenser for den sluttfasen som fulgte av kontrakten. Slik lagmannsretten ser det, må det antas at det var gode grunner til at varigheten av sluttfasen ble særskilt fastsatt til 4 måneder. Slik lagmannsretten har forstått det, er sluttfasen viktig i en elektroentreprise av denne karakter. Sluttfasen omfatter blant annet innregulering og funksjonstesting av mange systemer, inkludert tverrfaglig testing som sikrer at systemene fra de forskjellige prosjektaktørene fungerer sammen. Prosjektkoordinator Anders Dahl fra EK forklarte i tråd med dette at han ikke ville signert kontrakten med BSO om det ikke var avsatt tilstrekkelig med tid til sluttfasen. Dahl forklarte videre at en slutfase på to måneder – som ville være konsekvensen av det syn som BSO forfekter – var altfor lite for dette prosjektet. Denne forklaringen underbygges av at EK på et langt tidligere tidspunkt i prosjektgjennomføringen, blant annet i e-post 25. juni 2019, ga uttrykk for at en forkortet slutfase ville gjøre det svært krevende å foreta den nødvendige systemtestingen.

På denne bakgrunn anser lagmannsretten at en forkorting av den fastsatte sluttfasen i kontrakten, ville kreve en aksept fra EKs side. Det er på det rene at det ikke forelå en slik aksept.

På samme måte som tingretten, legger derfor lagmannsretten til grunn at den dagmulktbelagte sluttfristen i kontrakten først inntrådte 4 måneder etter den avsatte byggetiden. Ettersom NS 8417 punkt 37.1 forutsatte en samlet overtakelse av kontraktsgjenstanden, og fristen for mekanisk ferdigstilling av Gamleskolen ble fastsatt til 16. mars 2020, må det legges til grunn at den dagmulktbelagte sluttfristen i kontraktsforholdet mellom BSO og EK først inntrådte 16. juli 2020. Overtakelse av kontraktsgjenstanden skjedde 13. juli 2020, og det er derfor ikke grunnlag for dagmulkt.

Det er av denne grunn ikke nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på de øvrige anførselene til EK for hvorfor det ikke er grunnlag for dagmulktkravet.

BSOs krav om dagmulkt tas etter dette ikke til følge, og anken over domsslutningen punkt 1 i dommen 26. februar 2021 forkastes, så langt den gjelder dagmulktkravet.

10. BSOs krav om erstatning for brudd på samordningsplikten

BSO har i tillegg til dagmulktkravet fremmet et motkrav som går ut på at EK plikter å betale erstatning med kroner 937 810 for brudd på samordningsplikten. Som grunnlag for erstatningskravet er det vist til erstatningsbestemmelsen i NS 8417 punkt 41 og alminnelige erstatningsregler i kontraktsforhold. Tingretten frifant EK fra erstatningskravet i dommen 26. februar 2021, og BSO har påanket denne delen av dommen. BSO gjør gjeldende at det foreligger feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse. EK bestrider at det er grunnlag for erstatning, og slutter seg til tingrettens vurderinger.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i erstatningsbestemmelsen i punkt 41 i NS 8417. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

TUE skal erstatte totalentreprenøren de utgifter denne påføres ved at sideentreprenører eller andre av totalentreprenørens kontraktsmedhjelpere blir forsinket, så langt årsaken er at TUE har forsømt sin samordningsplikt etter 21.4. Totalentreprenøren kan ikke kreve erstatning dersom han kan kreve dagmulkt etter punkt 40 for samme forhold. Erstatningsansvaret for slikt brudd på samordningsplikten er begrenset til 10 % av kontraktssummen, med mindre plikten er forsømt ved forsett eller grov uaktsomhet.

Som grunnlag for erstatningskravet har BSO gjort gjeldende at de er påført nødvendige merkostnader til advokat, sakkyndig og kostnader i egen administrasjon som følge av at EK underveis i prosjektgjennomføringen har fremsatt krav om fristforlengelse og dekning av kostnader til forsering og plunder og heft, uten at det har vært kontraktsrettslig grunnlag for dette. EK bestrider at det er grunnlag for erstatning, under henvisning til at det ikke foreligger et kontraktsbrudd.

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at EK hadde krav på fristforlengelse, og at BSO har avslått et berettiget krav om dette, jf. kontrakten punkt 33.8. Videre har lagmannsretten konkludert med at EKs krav om dekning av forseringskostnader og økte utgifter som følge av plunder og heft hadde rettslig grunnlag i kontrakten. Lagmannsretten har ikke funnet grunnlag for å konkludere med at EK har opptrådt i strid med samordningsplikten på en måte som kan anses rettsstridig. Det er derfor ikke grunnlag for å holde EK erstatningsansvarlig, verken etter NS 8417 punkt 41 eller etter alminnelige erstatningsregler i kontraktsforhold. Dette innebærer at BSOs anke over domsslutningen punkt 1 i dommen 26. februar 2021 forkastes, også hva gjelder kravet om erstatning.

11. EKs krav om utbetaling av resterende kontraktssum

BSO har tilbakeholdt et restbeløp på kontraktssummen på kroner 1 272 439, til sikkerhet for motkravene om dagmulkt og erstatning. Tingretten kom i dommen 26. februar 2021 til at det ikke var grunnlag for tilbakehold av restbeløpet, ettersom BSO ikke fikk medhold i motkravene, jf. tingrettens domsslutning punkt 2. BSO har påanket også denne delen av tingrettens dom, mens EK har tatt til motmæle og lagt ned påstand om at anken over domsslutningen punkt 2 forkastes.

Lagmannsretten har i likhet med tingretten kommet til at BSOs motkrav ikke fører frem. Det er derfor ikke grunnlag for å tilbakeholde restbeløpet på kontraktssummen. Anken over domsslutningens punkt 2 må derfor forkastes, i tråd med EKs påstand.

12. Sakskostnader

Selv om lagmannsretten har utmålt et noe lavere beløp i tilleggsvederlag enn tingretten gjorde, må EK likevel anses i det vesentlige å ha fått medhold for lagmannsretten. EK har derfor vunnet saken og har som utgangspunkt krav på å få dekket sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven 20-2 første ledd, jf. annet ledd.

For lagmannsretten har EK fremlagt en sakskostnadsoppgave på kroner 1 722 500, som i sin helhet er advokatsalær. Ettersom EK har rett til fradrag for merverdiavgift, er dette ikke tatt med. I tillegg er det krevd at BSO dekker godtgjørelsen til de fagkyndige meddommerne, som lagmannsretten vil ta stilling til i en egen avgjørelse. BSO har ikke hatt innvendinger til sakskostnadsoppgaven. Lagmannsretten finner at de pådratte kostnadene er både nødvendige og rimelige, jf. tvisteloven § 20-5.

BSO har anført at de må fritas for sakskostnadsansvaret med grunnlag i tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen kan en motpart helt eller delvis fritas for erstatningsansvar for sakskostnader «hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig». BSO har påberopt momentene i bokstav a og b, hvoretter det skal legges «særlig vekt på»:

- a) om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget,
- b) om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud, eller [...]

BSO har for det første pekt på at EK kan bebreides for sin tilnærming til sakens rettslige spørsmål, og videre at EK har avslått et rimelig forlikstilbud. Det ble i ankeforhandlingen gjennomgått et forlikstilbud BSO fremsatte i mai 2021. Essensen i tilbudet var at BSO utbetalte restbeløpet av kontraktssummen, frafalte kravet om dagmulkt og erstatning, og i tillegg utbetalte et beløp på kroner 3 000 000 som en rund sum erstatning for EKs

tilleggskrav og forsinkelsesrenter. Det ble i tillegg tilbudt et beløp på i underkant av kroner 400 000 for øvrige tilleggskrav.

Lagmannsretten kan ikke se at dette medfører at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta BSO for sakskostnadsansvaret. Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, er lagmannsretten ikke enig i at EK kan bebreides for tilnærmingen de har hatt til sakens rettslige spørsmål. Når det gjelder betydningen av BSOs forlikstilbud, viser lagmannsretten til at det følger av ordlyden at det må være tale om et «rimelig» forlikstilbud. Av lovkommentaren til Schei mfl. (2. utg.) s. 708, følger at forlikstilbudet «bør i iallfall ligge nær opp til domsresultatet» for at det skal anses som «rimelig» og kunne begrunne fritak for sakskostnader. I vår sak er det stor avstand mellom det tilleggsvederlaget lagmannsretten har kommet til, og BSOs forlikstilbud. I tillegg er EK frifunnet fra begge BSOs motkrav.

BSO har for det andre pekt på at EK har unnlatt å etterkomme BSOs gjentatte bevisprovokasjoner om kalkyler og prosjektregnskap da saken sto for tingretten, noe selskapet har knyttet til momentet i § 20-2 tredje ledd bokstav a om at saken «først ble bevismessig avklart etter saksanlegget». BSO har på samme grunnlag påberopt bestemmelsen i § 20-4 bokstav c, hvor det følger at en part uavhengig av sakens utfall helt eller delvis kan tilkjennes sakskostnader «i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser».

Lagmannsretten har vurdert om disse forholdene tilsier at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig at BSO fritas fra sakskostnadsansvaret, eller at BSO kan tilkjennes sakskostnader, men har kommet til at det ikke er grunnlag for dette. Lagmannsretten kan ikke se at sakskostnadene BSO har pådratt seg skyldes forsømmelser fra EKs side på de punktene som er fremhevet. Når det særlig gjelder § 20-2 tredje ledd, forutsetter denne bestemmelsen at det skal gjøres en helhetsvurdering av om det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta en part fra kostnadsansvaret. Lagmannsretten kan ikke se at forholdene knyttet til bevisavklaringen er av en slik karakter at det tilsier at BSO skal fritas for sakskostnadsansvaret.

Lagmannsretten har vurdert om det er andre grunnlag for å fritta BSO fra sakskostnadsansvaret, men har kommet til at det ikke er tilfelle.

Når det gjelder sakskostnadene for tingretten, skal lagmannsretten legge sitt resultat til grunn for avgjørelsen, jf. tvisteloven § 20-9. I tingretten ble EK tilkjent fulle sakskostnader, både i dommen 25. januar 2021 og dommen 26. februar 2021. Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, er det ikke grunnlag for å gjøre endringer i dette.

* * * * *

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Dette skyldes sakens kompleksitet, samt fravær og permisjon hos noen av dommerne.

DOMSSLUTNING

1. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 4 714 298 – firemillionersjuhundreogfjortentusentohundreognittiåtte – eksklusive merverdiavgift for krav om dekning av forseringskostnader, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - av 1 357 259 fra 29. november 2019,
 - av 784 022 fra 28. desember 2019, og
 - av 2 573 017 fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
2. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 4 115 220 – firemillioneretthundreogfemtentusentohundreogtjue – eksklusive merverdiavgift for krav om dekning av plunder og heft, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - av 1 566 780 fra 29. november 2019,
 - av 1 051 560 fra 28. desember 2019, og
 - av 1 496 880 fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
3. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 87 758 – åttisjutusensjuhundreogfemtiåtte – eksklusive merverdiavgift for forlenget kontraktsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
4. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 236 887 – tohundreogtrettisekstusenåttehundreogåttisju – eksklusive merverdiavgift for lønns- og prisstigning i forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 11. desember 2020 og til betaling skjer.
5. For øvrig forkastes Backe-Stor Oslo AS' anke over tingrettens dom 25. januar 2021 og dom 26. februar 2021.
6. Oppfyllelsesfristen for domsslutningen punkt 1 til 5 er to uker fra forkynnelsen av dommen.
7. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Backe-Stor Oslo AS kroner 1 722 500 – enmillionsjuhundreogtjuetotusenfemhundre – til Elektro-Kontakten AS innen to uker fra forkynnelsen av dommen. I tillegg kommer godtgjøring til de fagkyndige meddommerne, som fastsettes i egen avgjørelse.

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold i e-poster av 26. og 27. april 2022, jf. signaturforskriften § 4 andre og tredje ledd.

Helge Røstum

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Ingerid Helene Sandberg (signert elektronisk)

Kendelse afsagt den 18. marts 2008 af Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed i sag nr. C-8689. [Note 1]

Entreprenør havde krav på fristforlængelse og godtgørelse - men ikke erstatning - som følge af projektmangler. Godtgørelsen udmålt, så kun sikkert tab blev dækket. Ingen bonus, idet fristforlængelse ikke udskød »bonusdato« tilsvarende.

Sagsnummer: C-8689

Domstol: VNAEVN

Sagsnummer: C-8689

Afgørelsesdato: 2008-03-18

I sommeren 2002 indgik bygherre BH med hovedentreprenør HE aftale om udvidelse af BH's domicil for en samlet entreprisenum på over 222 mio. kr. Iht. kontrakten skulle aflevering finde sted den 13. februar 2004, og denne dato fremgik også af den første hovedtidsplan, HE udarbejdede. Der opstod under byggeriet en lang række forsinkelser, og ved et forlig af 5. september 2003 aftalte parterne bl.a., at aflevering skulle finde sted den 15. juni 2004, at denne dato var afgørende for dagbod (maksimeret til 5 mio. kr.), at aflevering pr. denne dag ville udløse en bonus på 5 mio. kr. til HE, at HE efter opfyldelse af visse betingelser modtog 3,5 mio. kr. ekskl. moms for nogle angivne forhold, og at BH afstod fra at kræve dækning for meromkostninger af HE i anledning af forsinkelserne. HE udarbejdede efterfølgende en tidsplan af 12. december 2003, hvori afleveringstidspunktet var fastsat til den 15. juni 2004. Aflevering fandt sted den 11. oktober 2004. - Den 26. november 2004 anlagde HE voldgiftssag mod BH. I tiden mellem forliget og sagsanlægget havde HE hhv. BH opgjort antallet af såkaldte »afvigerrapporter« vedrørende byggeriet til 1.124 hhv. 1.190. I slutningen af 2005 gik HE konkurs, men boet indtrådte i sagen. Voldgiftssagen blev i første omgang begrænset til at angå krav i anledning af forsinkelse, idet HE's krav om betaling for ekstraarbejder blev udskudt til senere afgørelse. Påstanden i HE's klageskrift vedrørende forsinkelse var på ca. 62 mio. kr., men blev senere nedsat til 40 mio. kr. og til slut til 25 mio. kr. BH nedlagde selvstændig påstand om betaling af ca. 29 mio. kr. i anledning af forsinkelse, hvilket senere blev nedsat til 5 mio. kr. - Voldgiftsretten fandt, at HE havde krav på tidsfristforlængelse for hele perioden mellem den 15. juni og den 11. oktober 2004, selv om det stod klart, at HE fra 12. december 2003 og indtil afleveringen havde haft betydelige organisatoriske, koordinerende og styringsmæssige problemer, der vanskeliggjorde færdiggørelsen af byggeriet. [Note 2] Tidsfristforlængelsen blev begrundet med henvisning til det meget betydelige antal afvigerrapporter, som var begrundet i mangler ved projektet. Voldgiftsretten fandt ikke, at HE havde krav på erstatning, men kun på godtgørelse, [Note 3] og fastsatte denne til 3 mio. kr. (mod krævet 9 mio. kr.), som skulle dække følgende poster: øgede administrationsudgifter, øgede byggepladsudgifter og forsinkelseserstatning til underentreprenører. Voldgiftsretten bemærkede i den forbindelse, at »[u]dmålingen af en sådan skønsmæssig godtgørelse må ske med betydelig forsigtighed, således at godtgørelsen med sikkerhed ikke overstiger det tab, som [HE] i perioden har haft på de nævnte poster«. [Note 4] Specielt om posten vedrørende erstatning til underentreprenørerne bemærkede voldgiftsretten, at den nærmere sammenhæng mellem disse krav og forsinkelsen ikke var påvist. [Note 5] Uanset at HE fik indrømmet fristforlængelse indtil den faktiske aflevering, fandt voldgiftsretten »i mangel af sikre holdepunkter for en anden fortolkning [...] ud fra en ordlydsfortolkning af forliget af 5. september« ikke, at HE havde krav på bonus. [Note 6]

Voldgiftsnævnet

1. Indledning.

Advokat E. Vinther Andersen har ved klageskrift af 26. november 2004, modtaget s.d., anmodet Voldgiftsnævnet om at nedsætte en voldgiftsret til afgørelse af en tvist mellem hovedentreprenør HE og bygherre BH i anledning af udvidelsen af BH's domicil på - - , hvor HE i hovedentreprise opførte en 5-etagers kontorbygning, ombyggede de 2 nederste etager i det eksisterende højhus og renoverede facaden på højhuset.

Voldgiftsretten har i den anledning vedtaget at nedsætte en voldgiftsret i henhold til »Regler for behandling af sager ved de af Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed nedsatte voldgiftsretter« bestående af civilingeniør, cand. jur. Jørgen Egholm, civilingeniør Povl Erik Hansen og højesteretsdommer Hugo Wendler Pedersen med sidstnævnte som formand.

HE er gået konkurs med den 13. oktober 2005 som fristdag. Konkursboets kurator, advokat Henrik Groos, har på et forberedende møde den 1. december 2005 i Voldgiftsretten om sagen meddelt, at boet ønsker at indtræde i sagen, jf konkurslovens § 136, stk. 1.

Klageren, HE, nu HE under konkurs (i det følgende klageren eller HE) har i tillæg af 15. juni 2005 til klageskriftet nedlagt påstand om, at indklagede, BH, (i det følgende indklagede eller BH) skal betale i alt 114.233.923,85 kr. inkl. moms med tillæg af nærmere angivne renter.

Af klagerens samlede påstandsbeløb vedrører 62.128.881,25 kr. inkl. moms krav om tidsfristforlængelse (forsinkelseskrav). Beløbet er opgjort således:

Punkt	Overskrift	Beløb
a) Øgede udgifter til administration på byggepladsen	kr.	7.700.000,00
a1) Klagers krav for perioden 5.9.2003-15.6.2004	kr.	8.000.000,00
b) Øgede udgifter til administration på hovedkontoret	kr.	2.000.000,00
c) Ekstra kørselsudgifter, udgifter til kontor m.m.	kr.	15.000,00
d) Øgede byggepladsudgifter	kr.	6.000.000,00
e) Mistet dækningsbidrag	kr.	5.930.193,00
f) Ekstraudgifter til garanti- stillelse	kr.	57.912,00
g) Godtgørelse i forbindelse med udskudte arbejder	kr.	2.000.000,00
h) Krav på bonus	kr.	5.000.000,00
i) Krav på forsinkelseserstatning for underentreprenører	kr.	8.000.000,00
j) Uberettiget tilbagehold for dagbøder	kr.	5.000.000,00
Moms	kr.	12.425.776,25
I alt inkl. Moms	kr.	62.128.881,25

I påstandsdokument af 23. oktober 2007 har HE nedsat forsinkelseskravet til 40.000.000 kr. med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg, og til betaling sker. I brev af 29. oktober 2007 har HE yderligere nedsat

forsinkelseskravet til 25.000.000 kr. med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg, og til betaling sker. Beløbet på 25.000.000 kr. er opgjort således:

a) Øgede udgifter til administration på byggepladsen	kr.	4.000.000
a1) Klagers krav for perioden 5.9.2003-15.6.2004	kr.	1.000.000
d) Øgede byggepladsudgifter	kr.	3.000.000
e) Mistet dækningsbidrag	kr.	1.000.000
h) Krav på bonus	kr.	5.000.000
i) Forsinkelseserstatning til underentreprenører	kr.	2.000.000
I alt	kr.	16.000.000
Moms af kr. 16.000.000	kr.	4.000.000
j) Uberettiget tilbagehold for dagbøder	kr.	5.000.000
I alt inkl. moms og dagbøder	kr.	25.000.000

BH har i svarskrift II af 19. juni 2007 påstået frifindelse.

BH har endvidere i svarskrift II nedlagt selvstændig påstand om, at HE under konkurs til BH skal betale 51.120.486,54 kr. inklusive moms med tillæg af sædvanlig procesrente af 29.174.556,32 kr. fra den 4. oktober 2005 og af 21.945.930,22 kr. fra den 19. juni 2007, til betaling sker.

Af dette krav vedrører 29.174.556,32 kr. tidsproblematikken.

BH har i duplik I af 23. september 2007 nedlagt påstand om frifindelse.

BH har endvidere i duplik I nedlagt påstand om, at HE under konkurs til BH skal betale 26.945.930,30 kr. inklusive moms med sædvanlig procesrente af 5.000.000,00 kr. fra den 4. oktober 2005 og af 21.945.930,22 kr. fra den 19. juni 2007, og til betaling sker.

Af dette krav vedrører 5.000.000 kr. BH's krav om betaling af dagbod.

I påstandsdokument af 19. oktober 2007 har BH gentaget sin påstand fra duplik I.

Det fremgår af sagen, at rådgiver R på vegne BH foretog tilbagehold for et dagbodsbeløb på 5.000.000 kr. i forbindelse med acontobetaling 26 af faktura 2509471, idet R af det fakturerede beløb på 8.437.500 kr. inkl. moms anviste 3.437.500 kr. inkl. moms. BH har i svarskrift II af 19. juni 2007 under position 3.7.3 anført, at BH i stedet gør dagbøden på 5.000.000 kr. gældende som modkrav og derfor anerkender at skyldte 5.000.000 kr. på den nævnte faktura.

I dagene 5. november til 22. november 2007 og i dagene 29.-30. januar og 6.-7. februar 2008 fandt delforhandling sted vedrørende forsinkelsesspørgsmålet.

2. Parternes påstande.

HE har under den mundtlige forhandling om forsinkelsesspørgsmålet nedlagt påstand om, at BH til HE skal betale 25.000.000 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg, og til betaling sker.

BH har under den mundtlige forhandling om forsinkelsesspørgsmålet gentaget sin påstand i duplik I af 23. september 2007.

3. Aftalegrundlaget.

3.1. Hovedpunkter.

Udbudsbrev med udbudsmateriale blev sendt til bl.a. HE den 8. april 2002. Udbudsmaterialet indeholdt bl.a. Fællesbetingelser (April 2002), Særlige Betingelser (April 2002), Miljøforhold ved bygge- og anlægsarbejder (- - - Kommune, 20. januar 2001), Regulativ, Særlige Bestemmelser, Erhvervsaffald (- - - Kommune, 1998), Regulativ, Råden over vejareal (- - - Kommune, 1999), Plan for sikkerhed (April 2002) og Udbudstidsplan af 8. april 2004.

Udbudsmaterialet var tilvejebragt af R (i det følgende kaldet R), der var BH's totalrådgiver, og som underrådgiver havde UR.

HE's tilbud, der er dateret den 24. maj 2002, lyder på 261.208.995 kr. ekskl. moms. Med tilbuddet fulgte Komplet Tilbudsliste af 29. maj 2002. Accept er underskrevet den 2. juli 2002 af HE og den 3. juli 2002 af BH. Med fradrag for leverance af granitbeklædning og variable ydelser blev entreprisesummen på 222.382.238 kr. ekskl. moms.

3.4. Udbudstidsplan.

Ifølge udbudstidsplanen af 8. april 2002 var afleveringstidspunktet og starttidspunktet for dagbod fastsat til den 23. januar 2004. Denne dato blev i forbindelse med kontraktforhandlingerne ændret til den 13. februar 2004, således som det også fremgår af hovedtidsplan af 18. november 2002, der er den første hovedtidsplan udarbejdet af HE.

I notat af 18. november 2002 fra R hedder det i tilknytning hertil:

»Vedr. Hovedudførelsestidsplan

1. Grundlag.

Dette notat er sammen med HE's Hovedudførelsestidsplan af 18.11.2002, grundlag for BH's accept af hovedudførelsestidsplan med tilhørende dagbodsterminer.

Notat omfatter de betingelser som er tilknyttet BH's accept af hovedudførelsestidsplan.

Med accept af HE's Hovedudførelsestidsplan af 18.11.02 udgår udbudstidsplan af 08.04.02 med tilføjelser ...

2. Betingelser

...

2.5 Fastsættelse af hovedudførelsestidsplan

Hovedudførelsestidsplan kan kun ændres hvis både BH og HE er enige derom.

2.6 Detailtidsplaner

HE skal indenfor de enkelte fag og aktivitetsområder udarbejde detailtidsplaner som løbende og i god tid formidles videre til byggeledelse til orientering og kommentar.

Forberedende aktiviteter såsom fremskaffelse af prøver til godkendelse, udarbejdelse af arbejdstegninger og beregninger til godkendelse som skal foreligge før produktion på pladsen, skal også fremgå af detailtidsplaner.

2.7 Kritisk vej

Kritisk vej for arbejdet er ikke angivet i hovedudførelsestidsplan. Det forudsættes at HE i god tid før udførelsen af arbejdet, oplyser kritiske veje både for hovedudførelsestidsplanen og for detailarbejdstidsplanerne.«

4. Forliget af 5. september 2003.

I en forligsaftale, der er underskrevet på vegne BH den 5. september 2003 og på vegne HE den 8. september 2003 hedder det bl.a.:

»Forligsaftale

Imellem

BH og HE

er indgået følgende forligsaftale på byggesagen - - -.

- Afleveringsdatoen fastsættes til den 15. juni 2004, ekskl. - - - og forplads, fra hvilken dato dagbod regnes.
- Der ydes en økonomisk kompensation til HE på kr. 3,5 mio. ekskl. moms til fuld og endelig afregning af de i bilag 1 listede forhold. Beløbet udbetales mod faktura, når betingelserne i nærværende forligsaftale er opfyldt.
- Herudover ydes en bonus til HE på kr. 5 mio. ekskl. moms, såfremt afleveringsforretning uden væsentlige mangler kan afholdes til det aftalte tidspunkt den 15. juni 2004. Beløbet udbetales mod faktura, når afleveringsforretning er gennemført.
- Denne bonus aftrappes lineært, såfremt aflevering sker mellem den 15. juni 2004 og den 1. august 2004. Herefter udgør bonusbeløbet 0 kr.

Øvrige krav, fremsat af HE ... er ikke omfattet af nærværende forligsaftale.

- BH afstår fra at fremsætte krav over for HE om dækning af meromkostninger som følge af de opståede forsinkelser.

HE forpligter sig til at søge småforsinkelser af 1-2 dages varighed indarbejdet i produktionen, således at disse forsinkelser ikke forskyder afleveringsdatoen.

- En gang om måneden frem til afleveringsdatoen afholdes et opfølgingsmøde med deltagelse af den hidtidige forhandlingsgruppe suppleret med projektchef - - -, HE.

- Bilag 3 vedrørende organisatoriske forhold er en del af nærværende forlig.

- Uoverensstemmelser vedrørende denne forligsaftale afgøres efter de regler, der er aftalt i den indgåede kontrakt.«

Bilag 3 til forligsaftalen lyder således:

»Organisatoriske forhold

- Revideret tidsplan, dateret 25. august 2003, danner grundlag for afslutningen af sagen.

- Organisationsplan, dateret 1. september 2003, er gældende.

- På byggemøderne registreres løbende stadi for afklaring af ekstrakrav. Der afholdes produktions-, projekt- og økonomimøder hver uge som aftalt i arbejdsgruppen.

- Udgiften til trafikvagt fordeles ligeligt mellem BH og HE i hele byggeperioden. Der søges i fællesskab etableret en billigere ordning der kan tilgodese kravet fra - - - kommune og der arbejdes i fællesskab på helt at eliminere behovet for trafikvagt.«

I tilslutning til forliget udarbejdede HE en tidsplan af 1. oktober 2003, hvor afleveringstidspunktet var fastsat til den 15. juni 2004.

HE udarbejdede efterfølgende en tidsplan af 12. december 2003, hvor afleveringstidspunktet den 15. juni 2004 blev fastholdt. Denne tidsplan blev imidlertid aldrig accepteret af BH.

Aflevering fandt sted den 11. oktober 2004.

5. Afviger rapporter.

I et notat fra R af 21. juni 2002 med revision af 23. august 2002 med titlen »Overordnet tilsynsplan og plan for projektopfølgning« vedrørende BH's nye domicil hedder det bl.a.:

»...

6 Projektopfølgning dokumentation og system

...

6.4 Afviger rapport

Orientering vedr. projektrevisioner og evt. præciseringer vedr. projekt angives på »Afviger rapport«. Rapport, som er vedlagt i bilag 3, anvendes.

Liste med opdateret oversigt over afviger rapporter føres af de respektive fagansvarlige. Angives i byggemødereferat.

Det aftales mellem byggeleder, entreprenør og den fagansvarlige om evt. smårevisioner af projekt i form af afviger rapportersedler og notater har et omfang, som begrunder en projektrevision (hhv. beskrivelse eller tegninger).

Grundlæggende må der ikke være for mange projektrevisioner og projektændringer som ikke fremgår af de autoriserede tegninger og beskrivelser. Omvendt er det ikke hensigtsmæssigt at revidere projektmateriale for tit, begrundet i smårevisioner, idet dette giver signalforvirring.

7.4 Påtale fra tilsyn overfor entreprenør (tilsynsrapporter)

Der anvendes tilsynsrapporter til påtale overfor entreprenør, hvis tilsynets kontrol afslører fejl og mangler i udførelse. Påtale vil indeholde krav om, at fejl og mangler bliver rettet.

Tilsynsrapport er vedlagt som bilag 3.

Entreprenør skal melde tilbage til tilsyn og bekræfte, at fejl er afhjulpet.

Fagtilsyn vil derudover kontrollere stikprøvevis, at anvisninger i tilsynsrapport er fulgt. Dette vil blive anført i tilsynsrapport.

Fagtilsyn er ansvarlig for at føre lister over udleverede tilsynsrapporter.

Disse vil blive anført i byggemødereferater.

Tilsynssedler nummereres iht. overordnet systematik, se nedenfor.

...«

Der er ikke enighed mellem parterne om, hvor mange afvigerapporter der er udfærdiget fra forliget den 5. september 2003, og indtil HE indgav klageskrift den 26. november 2004. HE har opgjort tallet til 1.124 afvigerapporter, BH til 1.190 afvigerapporter.

6. De udvalgte positioner.

Parterne har til den mundtlige behandling i dagene 5. november 2007 til 22. november 2007 udvalgt positionerne 22, 42, 24, 10, 27, 6, 9, 35, 33, 11, 12, 13, 28, 19, 21, 44, 2b, 31, 29, 5, 2b, 25, 41, 15, 43, 8, 18, 23. Til den mundtlige forhandling i dagene 29.-30. januar og 6.-7. februar 2008 har parterne udvalgt positionerne 37, 3, 1, 2, 20 og 34. - - -.

HE har efter anmodning fra voldgiftsretten udarbejdet en oversigt over HE's krav om tidsfristforlængelse for den enkelte position og for dennes indvirkning på slutterminer for de krav, der behandlede i november 2007. Voldgiftsretten har modtaget oversigten den 22. november 2007. HE har endvidere efter anmodning fra Voldgiftsretten udarbejdet en oversigt over de krav, der behandlede i januar og februar 2008. Voldgiftsretten har modtaget denne oversigt den 7. februar 2008.

Kravene behandlet i november 2007:

Position	Tidsfristforlængelse for aktiviteten	Tidsfristforlængelse for slutterminen
22	2 måneder	2 måneder
42	3 måneder	1 måned
24	2 uger	2 uger

Position	Tidsfristforlængelse for aktiviteten	Tidsfristforlængelse for slutterminden
6	3 måneder	6 uger
10	6 måneder	2 måneder
27	3 uger	3 uger
35	3 måneder	1½ måned
9	3 måneder	2 uger
33	2½ måned	1 måned
11	2 måneder	2 måneder
12	1 måned	1 måned
13	2 måneder	2 måneder
28	2 måneder	1½ måned
19	2 måneder	3 uger
21	1½ måned	1 uge
31	2 uger	2 uger
44	1½ måned	1½ måned
29	2 måneder	2 måneder
5	2 måneder 7 dage	6 uger
25	22 dage	17 dage
41	3 måneder	6 uger
15	3 måneder 10 dage	1½ måned
43	3 måneder	3 måneder
8	2 måneder	2 måneder
18	2 3/4 måned	2 3/4 måned
23	2 uger	1-2 uger

Kravene behandlet i januar og februar 2008:

Position	Tidsfristforlængelse for aktiviteten	Tidsfristforlængelse for slutterminden
37	6 måneder	3 måneder
3	3½ måned	3 måneder
2	4½ måned	2 måneder
1	5 måneder	2 måneder
20	4 måneder	2 måneder
34	82-91 dage	1 måned

FAC.KON-035 Ikke noteret

FAC.KON-036 15 dage

FAC.KON-037 8 dage

FAC.KON-038 Ikke noteret

FAC.KON-039 Ikke noteret

FAC.KON-040 3 dage

FAC.KON-041 3 dage

FAC.KON-042 2 dage

FAC.KON-043 1 dag

FAC.KON-044 2-3 dage

FAC.KON-045 3 dage

FAC.KON-046 3 dage

FAC.KON-048 1-2 dage

FAC.KON-049 10 dage

FAC.KON-050 2 dage

FAC.KON-051 2 dage

FAC.KON-052 4 dage

FAC.KON-053 2-4 dage

FAC.KON-054 4-7 dage

FAC.KON-055 1 dag

FAC.KON-059 5 dage

FAC.KON-060 2 dage

FAC.KON-061 6-7 dage

FAC.KON-062 1-2 dage

FAC.KON-063 2 dage

BH har gjort gældende, at HE i ingen af positionerne har krav på tidsfristforlængelse for aktiviteten eller slutterminen.

Med henblik på mere overordnet at belyse byggesagens forløb er der afgivet forklaring af - - -.

6.4. Position 10 - VVS - diverse VVS- og ventilationsarbejder i plan 0.

Voldgiftsretten finder, at en del af det arbejde, som HE kræver fristforlængelse for under denne position, vedrører arbejde med tilknytning til sprinkler- og ventilationsarbejde og køkken, der var udbudt som funktionsudbud. Andet arbejde vedrører tilpasninger og justeringer, der må forventes ved et så omfattende byggeri som det foreliggende. Voldgiftsretten kan ikke give HE medhold i kravet om tidsfristforlængelse for arbejde af denne karakter og omfang.

Det er imidlertid voldgiftsrettens opfattelse, at projekteringsarbejdet i motionsrum først blev færdiggjort ved afvigerapporterne - - -. Voldgiftsretten finder, at HE har krav på tidsfristforlængelse for den heraf følgende forsinkelse. Voldgiftsretten finder endvidere, at HE har krav på tidsfristforlængelse for den pågældende aktivitet for øvrige forsinkelser i anledning af andre projektændringer i afvigerapporter, der er initieret af rådgiver efter den aftalte afleveringsdag den 15. juni 2004.

6.5. Position 27 - VVS - rørføring til UV-brønde.

Voldgiftsretten bemærker, at ifølge tidsplan af 1. oktober 2003 skulle der være lukning af hus den 24. oktober 2003, hvilket efter voldgiftsrettens opfattelse er en kritisk aktivitet. Voldgiftsretten lægger til grund, at lukning af hus ikke kunne ske, før UV-brønde med rørføring var udført.

Afløbsbrøndene ved atrierne var projekteret med UV-brønde med lodret afgang, som af pladsmæssige grunde ikke var anvendelige. Voldgiftsretten lægger til grund, at HE efter møder på byggepladsen den 15. og 16. oktober 2003 fik udleveret en skitse, der viste en UV-brønd med vandret afgang, men at endelig afklaring vedrørende rørføring først skete ved afvigerapport KON-STÅL-53. Det er på denne baggrund voldgiftsrettens opfattelse, at der foreligger en forsinkelse, der berettiger HE til tidsfristforlængelse for den pågældende aktivitet. Voldgiftsretten finder imidlertid, at det ved fastsættelse af længden af tidsfristforlængelsen bør tages i betragtning, at forsinkelsen kunne have været begrænset, hvis parterne var indgået i en hensigtsmæssig dialog.

6.9. Position 33 - ARK - montage af natursten under atriumtag, tilpasning/levering af ekstra udvendige natursten.

Voldgiftsretten finder det ikke bevist, at de beskrevne problemer med hensyn til tilpasning og levering af sten har et omfang, der overstiger, hvad der må forventes ved et byggeri af det omhandlede omfang. Voldgiftsretten kan derfor ikke på dette punkt give HE medhold i krav om tidsfristforlængelse herfor.

Det er efter voldgiftsrettens opfattelse en mangel ved projektet, at det ikke angiver, at der gennem natursten i atrium skal bores huller til el, varme og sprinkler. En sådan mangel er efter sin karakter egnet til at forsinke den pågældende aktivitet.

6.10. Position 11 - ARK - spejlbasiner.

Voldgiftsretten finder, at projektet fremstår som et detailprojekt. Det er efter voldgiftsrettens opfattelse en mangel ved projektet, at pilhøjdeproblematikken ved de forspændte dækelementer ikke er taget tilstrækkelig i betragtning. De efterfølgende tilretninger (40 mm højde og 3 mm bundplade) er nødvendige foranstaltninger som følge af den lave indbygningshøjde.

Voldgiftsretten finder, at denne projektmangel har medført en ikke ubetydelig forsinkelse af den pågældende aktivitet.

6.11. Position 12 - ARK - plantekasser.

Voldgiftsretten finder efter en samlet vurdering af bevisførelsen, at HE ikke har godtgjort, at der foreligger forhold hos BH, der kan begrunde tidsfristforlængelse. Voldgiftsretten kan derfor ikke give HE medhold i kravet om tidsfristforlængelse vedrørende denne aktivitet.

6.12. Position 13 - ARK - vandbehandlingsanlæg.

Voldgiften bemærker, at vandbehandlingsanlægget er udbudt i funktionsudbud. De problemer, som HE har påberåbt sig, har efter voldgiftsrettens opfattelse sammenhæng med projektjusteringer og -tilpasninger, som BH som hovedentreprenør skulle koordinere.

De påberåbte forhold kan derfor efter voldgiftsrettens opfattelse ikke begrunde tidsfristforlængelse for denne aktivitet.

6.26. Position 8 - KON - betonplade under ny østfacade - højhus.

Voldgiftsretten lægger til grund, at ingen af parterne havde eller burde have kendskab til den armerede betonplade med underliggende fundamenter, der fandtes under terræn langs østfacaden ved højhuset. Voldgiftsretten finder, at forekomsten af en sådan hindring er en bygherrisiko. Voldgiftsretten finder videre, at fjernelse af betonpladen er en aktivitet, der efter sin karakter er egnet til at medføre forsinkelse af den pågældende aktivitet og en række efterfølgende aktiviteter.

6.30. Position 3 - Dampa Lay-In, højhus plan 0 og 1.

Voldgiftsretten finder, at udbudsmaterialet ikke lever op til kravene i AB 92 § 2, stk. 2, om klarhed og entydighed. Den omstændighed, at det på tegningerne er angivet, at loftspladerne skulle være i specialmål, og at de skulle kontrolleres på stedet, kan ikke føre til, at projekteringsansvaret er overført til HE. Voldgiftsretten finder, at den endelige projektafklaring først fandt sted den 4. maj 2004, hvilket efter voldgiftsrettens opfattelse ikke kan bebrejdes HE. Voldgiftsretten finder videre, at dette forhold efter sin karakter har været egnet til at forsinke den pågældende aktivitet.

6.31. Position 1 - Akustiske paneler - Gustafs - højhus plan 0 og 1.

Voldgiftsretten finder, at parterne for perioden frem til den 3. maj 2004, da HE afleverede en farveprøve af finéren, som samme dag blev godkendt af BH, har et fælles ansvar for, at der ikke forelå et materiale, der gjorde det muligt at bestille Gustafspaneler. Umiddelbart efter dette tidspunkt kunne det færdige tegningsmateriale have foreligget, men det fremkom først med afvigerapport - - - af 28. maj 2004.

Voldgiftsretten lægger til grund, at HE modtog vægpanelerne ca. den 1. juli 2004. På grund af fugtproblemer var det imidlertid ikke muligt at påbegynde montering af paneler før i slutningen af september 2004. Voldgiftsretten finder det sandsynliggjort, at arbejdet har været færdiggjort inden afleveringen den 11. oktober 2004. Da der ikke er forelagt voldgiftsretten oplysninger, der sandsynliggør, at HE er skyld i fugtproblemerne, finder voldgiftsretten, at disse problemer er en normal bygherrerisiko.

Voldgiftsretten finder som følge af det anførte, at HE har krav på tidsfristforlængelse vedrørende denne aktivitet.

6.33. Position 20 - KON - Stål til mellembygning.

Voldgiftsretten finder, at parterne har et fælles ansvar for den manglende rettidige koordinering og planlægning og de heraf følgende tidsmæssige problemer.

Efter bevisførelsen finder voldgiftsretten, at der ikke er et tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at HE har krav på tidsfristforlængelse under denne position.

6.34. Position 34 - FAC - Granitfacader, højhus.

Voldgiftsretten finder, at en del af de tidsmæssige problemer med granitfacaden skyldes HE's manglende planlægning og koordinering af arbejdet. En del af problemerne må imidlertid tilskrives uforudsete forhold i forbindelse med nedtagning af den eksisterende beklædning og tilpasning af stålrammer og granitplader på højhuset.

Voldgiftsretten finder, at det sidstnævnte forhold efter sin karakter kan begrunde tidsfristforlængelse.

7. Kravene om tidsfristforlængelse og dagbod.

HE har gjort gældende, at bevisførelsen klart har vist, at R har hovedansvaret for forsinkelsen. Der forelå alene et ufærdigt projekt med en række mangler, der under hele byggeprocessen løbende har måttet rettes op. Omfanget af afvigerapporter, der for perioden 5. september 2003 til den 11. oktober er mere end 1.000, viser klart, at projektet var ufærdigt og mangelfuldt. Kun 6% af afvigerapporterne er initieret af HE, resten af R, UR eller BH. Bevisførelsen har endvidere vist, at der i den enkelte afvigerapport kan være et utal af projektændringer. Det må endvidere tages i betragtning, at HE af praktiske og procesøkonomiske hensyn kun har medtaget nogle repræsentative positioner, der udgør »toppen af isbjerget«. Der kan derfor ikke være tvivl om, at HE har krav på tidsfristforlængelse i medfør af AB 92 § 24, stk. 1, nr. 1 og 2.

BH har ikke ført bevis for sin påstand om, at forsinkelsen skyldes forhold hos HE i form af eksempelvis dårlig økonomi, mangler i projektorganisationen, koordinerings- eller styringsmangler eller andet. I den forbindelse kan der være grund til at understrege, at det forhold, at noget af arbejdet har været udbudt som funktionsudbud, ikke fritager R for at fastsætte de overordnede rammer.

BH har gjort gældende, at HE ikke har varslet krav om tidsfristforlængelse på behørig vis. Hertil må anføres, at voldgiftspraksis på entrepriseområdet ikke lægger vægt på det formelle, men på realiteten, og således ser på, om bygherren kan have været i tvivl om, at entreprenøren mente sig berettiget til tidsfristforlængelse. I lyset af den omfattende brevveksling mellem parterne bl.a. om tidsfristforlængelse, kan BH ikke have været i tvivl om, at HE mente sig berettiget til tidsfristforlængelse.

På baggrund af det anførte anser HE sig for berettiget til tidsfristforlængelse i hele perioden fra den 15. juni 2004 til den 11. oktober 2004.

BH har gjort gældende, at allerede forløbet frem til forliget den 5. september 2003 viser, at HE, der ikke havde erfaring med større kontorbyggerier, ikke magtede byggeopgaven. HE var allerede kort efter forliget voldsomt bagud. Det bestrides, at HE's forsinkelse kan henføres til projektet. Der blev ikke bestilt ekstraarbejder eller udstedt afviger rapporter i usædvanligt omfang for et byggeri af en størrelsesorden som det omhandlede. Det forhold, at en afviger rapport angiver at være initieret af R, UR eller BH, er ikke uden videre udtryk for, at rapporten indeholder ekstraarbejder eller projektændringer. En sådan afviger rapport kan eksempelvis være udstedt for at rette udførelsesfejl eller klargøre en problemstilling. De egentlige årsager til forsinkelsen må søges hos HE navnlig i form af manglende produktionsplanlægning og koordinering af underentreprenørernes arbejder, mangelfuld projektorganisation, manglende og upræcise opgørelser af stader og bemanning, manglende overholdelse af myndighedskrav, manglende bemanning med håndværkere og manglende økonomisk styring.

HE har på ingen måde levet op til kravene om reklamation i AB 24, stk. 3, eller i Fællesbetingelserne, men er alene i forløbet fremkommet med nogle løse og upræcise anmodninger. Også af denne grund må HE's krav om tidsfristforlængelse afvises.

Voldgiftsrettens bemærkninger og resultat.

Det følger af Fællesbetingelserne af 8. april 2002, at entreprenøren skal udarbejde oplæg til en arbejdsplan, som detaljeret angiver varigheden af de enkelte aktiviteter, som arbejdet kan splittes op i. Arbejdsplanen skal være så detaljeret, at arbejdets fremdrift kan følges i detaljer på det enkelte byggemøde, jf. pkt. 9.1.1. og 9.1.3. Arbejdsplanen skal revideres, når den på væsentlige punkter afviger fra det forudsatte, jf. 9.1.4. De i AB 92, § 24, stk. 1, nr. 1, til og med § 24, stk. 1, nr. 5, nævnte forsinkelsesårsager berettiger kun til tidsfristforlængelse, såfremt forsinkelsen ligger på den kritiske vej i arbejdsplanen, jf. pkt. 24.2.1. Eventuelle krav om erstatning eller godtgørelse i forbindelse med forsinkelse skal af entreprenøren fremsættes skriftligt samtidig med den i AB 92 omtalte påberåbelse af ret til tidsfristforlængelse, og erstatnings- eller godtgørelsesbeløbets størrelse skal meddeles bygherren snarest muligt. I Særlige Betingelser af 8. april 2002 bestemmes, at entreprenøren forud for hvert byggemøde skriftligt skal aflevere ugerapporter til tilsynet med oplysninger om arbejdets stade, anvendt materiel, arbejdsstyrkens spild dage, vejrforhold og plan for kommende periodes produktion, jf. 2.3.5.

Ved forliget af 5. september 2003 forpligtede HE sig til at søge småforsinkelser af 1-2 dages varighed indarbejdet i produktionen, således at disse forsinkelser ikke forskyder afleveringsdagen.

I HE's tidsplan af 12. december 2003 fastholdt HE afleveringstidspunktet den 15. juni 2004.

Voldgiftsretten finder som følge af det anførte om forliget af 5. september 2003 og HE's tidsplan af 12. december 2003, at der ved vurderingen af HE's krav om tidsfristforlængelse bør ses bort fra småforsinkelser og ekstraarbejder og projektændringer, der er initieret af R, UR eller BH før den 12. december 2003, og som burde være indarbejdet i tidsplanen af 12. december 2003.

Det fremstår efter bevisførelsen som utvivlsomt for Voldgiftsretten, at HE i perioden fra 12. december 2003 og indtil afleveringen har haft betydelige organisatoriske, koordinerende og styringsmæssige problemer, der har

vanskeliggjort færdiggørelsen af byggeriet. Voldgiftsretten må i den forbindelse give BH medhold i, at HE ikke i byggesagsforløbet har overholdt en række af de foran nævnte krav i Fællesbetingelser og Særlige Betingelser for at opnå tidsfristforlængelse erstatning eller godtgørelse. Der kan specielt være grund til at fremhæve, at HE kun i begrænset omfang under voldgiftssagen har kunnet fremlægge tidsplaner og arbejdsplaner, der har gjort det muligt at følge den enkelte aktivitet og afgøre om en eller flere afvigerapport(er) indebærer projektændringer på kritisk vej.

Heroverfor står imidlertid, at der i perioden fra den 12. december 2003 og indtil afleveringen den 11. oktober 2004 er udstedt et meget betydeligt antal afvigerapporter, hvoraf nogle har indeholdt flere projektændringer. For perioden fra forliget den 5. september 2003 og indtil klageskrift blev indgivet den 26. november 2004, har parterne optalt afvigerapporterne til henholdsvis 1.124 og 1.190. I et betydeligt antal af de positioner, som er forelagt Voldgiftsretten til stillingtagen, har Voldgiftsretten fundet, at der foreligger mangler ved projektet, som efter sin karakter var egnet til at medføre forsinkelse. Det gælder således positionerne 22, 24, 10, 27, 6, 9 og 35, 33, 11, 28, 19, 21, 29 og 5, 25, 43, 8, 18, 3, 1 og 2, 34. For nogle af disse positioner gælder, at de er initieret før den 12. december 2003 og burde have været taget i betragtning ved udarbejdelse af denne tidsplan. Langt størsteparten af afvigerapporterne er imidlertid initieret i tiden efter 12. december 2003. De forsinkelser på aktiviteterne, som de skønnes at have forårsaget, fordeler sig forholdsvis jævnt over perioden på føringsveje/forhindringer, indvendige aktiviteter, elinstallationer, arbejder der skal færdiggøres inden lukket hus og udvendige arbejder. Som en gennemgående mangel vedrørende flere positioner kan nævnes, at projektet ikke har taget hensyn til, at byggeriet er et elementbyggeri med bl.a. forspændte dækelementer, hvor der skal projekteres med pilhøjder af elementerne. Alene efter karakteren og omfanget af de projektmangler, der har nødvendiggjort afvigerapporterne, finder voldgiftsretten det tilstrækkeligt sandsynliggjort, at aflevering ikke har kunnet ske på det kontraktuelle afleveringstidspunkt som følge af disse projektmangler. Ved vurderingen af projektmanglernes tidsmæssige betydning for afleveringen lægger voldgiftsretten betydelig vægt på, at flere af de nævnte afvigerapporter er udstedt i perioden mellem det kontraktuelle afleveringstidspunkt den 15. juni 2004 og det faktiske afleveringstidspunkt den 11. oktober 2004.

Efter en samlet vurdering af de nævnte forhold finder Voldgiftsretten, at HE har krav på tidsfristforlængelse for hele perioden mellem den 15. juni og den 11. oktober 2004, og at dagbøden på 5.000.000 derfor er opkrævet med urette. Voldgiftsretten bemærker i den forbindelse, at HE ikke har fortabt retten til tidsfristforlængelse, fordi man ikke strikt er gået frem efter reklamationsreglerne i AB 92 og i Fællesbetingelser. Voldgiftsretten lægger herved vægt på, at R, der var BH's rådgiver, efter den brevveksling der løbende fandt sted mellem parterne i perioden frem til afleveringen, ikke kan have været i tvivl om, at HE ønskede tidsfristforlængelse og økonomisk kompensation i anledning af projektændringerne.

8. Det økonomiske opgør.

8.1 Mistet dækningsbidrag.

HE har under proceduren med henvisning til AB § 27, stk. 1, nr. 1 og nr. 2, krævet 1.000.000 kr. i mistet dækningsbidrag. Kravet er beregnet med udgangspunkt i et kalkuleret dækningsbidrag på 12½ % af byggesummen.

BH har bestridt, at betingelserne for at pålægge BH et erstatningsansvar efter AB 92 § 27, stk. 1, nr. 1 og nr. 2, er opfyldt. BH har i den forbindelse gjort gældende, at HE er afskåret fra først under proceduren at påberåbe sig AB § 27, stk. 1, nr. 2.

Voldgiftsretten finder ikke, at betingelserne i AB 92 § 27, stk. 1, for at pålægge BH et erstatningsansvar er opfyldt. Voldgiftsretten frifinder derfor BH for dette krav.

8.2. Krav for perioden 5. september 2003-15. juni 2004.

HE har anført, at dette krav støttes på retspraksis. Kravet vedrører administration i perioden udover, hvad man med rimelighed har kunnet forvente.

BH har bestridt, at der er hjemmel for dette krav.

Voldgiftsretten finder ikke, at HE har påvist et grundlag for dette krav. Voldgiftsretten frifinder derfor BH for kravet.

8.3. Krav på bonus.

HE har anført, at det må være en forudsætning for, at bonuskravet aftrappes som angivet i forligsaftalen af 5. september 2003, at Codan eller dennes rådgiver ikke lægger hindringer i vejen for, at afleveringen kunne ske i tide. Da forsinkelsen skyldes forhold hos bygherren, har HE krav på den fulde bonus.

BH har anført, at bonusaftalen må forstås efter sin ordlyd og derfor er bortfaldet.

I mangel af sikre holdepunkter for en anden fortolkning finder voldgiftsretten ud fra en ordlydsfortolkning af forliget af 5. september 2003, at hele bonusbeløbet bortfalder, hvis aflevering ikke er sket senest den 1. august 2004. Da aflevering først er sket den 11. oktober 2004, frifinder voldgiftsretten BH for dette krav.

8.4. Krav for øgede udgifter til administration af byggepladsen, øgede byggepladsudgifter og forsinkelseserstatning til underentreprenører.

HE kræver en samlet kompensation for disse poster på 9.000.000 kr. HE har erkendt, at man kun i begrænset omfang har kunnet fremlægge dokumentation for disse poster, hvilket skyldes, at materialet ikke har kunnet findes i konkursboet. HE henviser om øgede administration til et bilag fra bogholderiet med angivelse af medarbejdere og deres aflønning og til et bilag med angivelse af eksterne rådgivere. HE har endvidere fremlagt nogle fakturaer og e-mails fra underentreprenører vedrørende kravet om forsinkelseserstatning til underentreprenører.

BH har gjort gældende, at ingen af HE's krav under disse poster er dokumenteret. BH har yderligere gjort gældende, at HE allerede efter parternes aftale oppebærer et administrationstillæg på 5 + 5 %. BH skal ikke betale, fordi HE køber folk ind til at opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser.

Voldgiftsretten finder, at HE enten ikke har fremlagt nogen dokumentation eller kun har fremlagt en meget ufuldstændig dokumentation, som efter voldgiftsrettens opfattelse ikke kan danne grundlag for HE's krav. Voldgiftsretten bemærker specielt om det fremlagte materiale fra HE's underentreprenører, at det ikke nærmere er påvist, om dette materiale har sammenhæng med de positioner, der er behandlet ovenfor under 6.

Voldgiftsretten finder det imidlertid utvivlsomt, at HE har afholdt udgifter under de nævnte poster i perioden mellem den 12. december 2003 og den 11. oktober 2004, og at der i medfør af § 27, stk. 2, nr. 1 og 2, bør tildeles HE en skønsmæssigt fastsat godtgørelse. Udmålingen af en sådan skønsmæssig godtgørelse må ske med betydelig forsigtighed, således at godtgørelsen med sikkerhed ikke overstiger det tab, som HE i perioden har haft på de nævnte poster. Voldgiftsretten fastsætter skønsmæssigt godtgørelsesbeløbet til 3.000.000 kr. ekskl. moms eller 3.750.000 kr. inkl. moms.

8.5. Tilbagehold for dagbøder.

Det følger af det anførte under 7, at BH med urette har foretaget tilbagehold for dagbudsbeløbet på 5.000.000 kr.

HE har derfor krav på betaling af 5.000.000 kr.

8.6. Spørgsmål om delkendelsens eksegibilitet.

Denne delkendelse vedrører alene nogle tidsmæssige tvistigheder, som af praktiske og procesøkonomiske grunde er udskilt til særlig afgørelse. Som det fremgår af de foran under 1 angivne påstande er der herudover tvist mellem parterne om betydelige beløb om ekstraarbejder mv.

Voldgiftsretten finder som følge heraf, at delkendelsen ikke bør gøres eksegibel, før sagens øvrige tvistepunkter mellem parterne er afgjort.

8.7. Sagsomkostninger og omkostninger til Voldgiftsretten og Voldgiftsnævnet.

HE's forsinkelseskrav udgjorde i tillæg til klageskrift af 15. juni 2005 62.128.881,25 kr. I påstandsdokument af 23. oktober 2007 blev kravet nedsat til 40.000 kr., og i brev af 29. oktober 2007 nedsat til 25.000.000 kr.

BH har i svarskrift II af 19. juni 2007 påstået frifindelse og har nedlagt selvstændig påstand om betaling af 51.120.486,54 kr., hvoraf 29.174.556,32 kr. vedrører tidsproblematikken. BH har i duplik I af 24. september 2007 nedsat sit selvstændige krav til 26.945.530,30 kr., hvoraf 5.000.000 kr. vedrører tidsproblematikken.

Parterne har således skriftvekslet om og forberedt sig på behandling af væsentligt større beløb vedrørende tidsproblematikken end de krav, der har foreligget til bedømmelse ved den mundtlige forhandlings start den 5. november 2007. Klagerens krav var da blevet nedsat med 37.128.881,25 kr., og indklagedes krav med 24.174.556,32 kr.

Under hensyn til det anførte om den ansatte værdi under skriftvekslingen, værdien ved den mundtlige forhandlings start og under hensyn til delkendelsens udfald finder Voldgiftsretten, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Voldgiftsretten finder endvidere, at hver af parterne skal betale halvdelen af omkostningerne til Voldgiftsretten og Voldgiftsnævnet.

Fodnoter

[1] *Erik Hørlyck*: *Entreprise og licitation*, 5. udg. (1998) s. 216 ff.; *Hans Henrik Vagner*: *Entrepriseret*, 4. udg. ved *Torsten Iversen* (2005) s. 101 ff.

[2] *Erik Hørlyck*: *Entreprise og licitation*, 5. udg. (1998) s. 256 ff.; *Hans Henrik Vagner*: *Entrepriseret*, 4. udg. ved *Torsten Iversen* (2005) s. 162 f.

[3] *Konkret* kan en vis tilbageholdenhed have været på sin plads, da HE havde haft betydelige problemer med at styre byggeriet, og da HE's konkursbo havde tilsvarende problemer med at oplyse sagen. *Generelt* forekommer det derimod meget betænkeligt, dersom det altid kræves, at det tab, der skal tilkendes godtgørelse for, »med sikkerhed« er lidt. Muligheden for at skønne skal netop i et vist omfang hjælpe ud over bevistvivl, og der er ingen grund til, at godtgørelses- og erstatningsbeløb *altid* skal fastsættes i den lave ende, jf. i det hele *Torsten Iversen*: *Erstatningsberegning i kontraktsforhold* (2000), bl.a. s. 51 ff. og s. 159 ff., særligt s. 168 ff.

[4] Det fremgår ikke klart, om der overhovedet ikke er tilkendt nogen godtgørelse for betalte erstatnings-/godtgørelsesbeløb til underentreprenører, eller dog en mindre sum indeholdt i det samlede beløb.

Når HE indrømmes fuld tidsfristforlængelse, kunne der vel hævdes at være en vis formodning for, at også underentreprenører må være blevet forsinket undervejs pga. bygherrens forhold.

[5] Det kan diskuteres, hvor sikre holdepunkter der kræves for at fravige *ordlyden*, hvis *meningen* fremstår nogenlunde klar: Der er aftalt en ny afleveringsdato, som kan udløse bonus, hvis den overholdes, og bod, hvis den ikke overholdes. Ved bod er der ikke tvivl om, at fristforlængelser rykker datoen, og det kunne hævdes, at det samme bør gælde ved bonus. På denne baggrund kunne det siges at være en *naturlig forståelse*, at fristforlængelser simpelthen flytter datoen, således at HE bevarer kravet på bonus. Uanset om man kan følge argumentet om at behandle bonus og bod på samme måde, forekommer det i hvert fald ikke nærliggende at fratage HE kravet på bonus, når de omstændigheder - projektmangler - der begrundede fristforlængelsen, entydigt kan henregnes til bygherrens forhold. - Den lineære aftrapning af bonussen kan næppe forvirre billedet meget, selv om den kan føre til lidt pudsige resultater. Det ville den også have gjort, selv om der ikke havde foreligget tidsfristforlængende omstændigheder, og HE f.eks. havde afleveret 30. juni i stedet for 15. juni 2004: I så fald skulle HE have betalt dagbod for tiden fra 15. til 30. juni, men kunne alligevel have oppebåret 2/3 af den aftalte bonus.

[6] Kendelsen gengives kun i uddrag. De indledende afsnit og afsluttende afsnit er medtaget, men af de enkelte positioner, hvor først bilagsmaterialet, dernæst parternes procedure og til sidst voldgiftsrettens præmisser er optrykt i kendelsen, medtages kun nogle udvalgte eksempler, og da kun med angivelse af positionsnummer og overskrift samt præmisserne.