



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 04.06.2018

Saknr.: 17-087114ASD-ELAG/

Dommere:

Lagdommer	Kjersti Lund
Lagdommer	Bodil Thorp Myhre
Tilkalt dommer sorenskriver	Per Magne Isaksen

Meddommere:

Sivilingeniør	Steinar Manengen
Ingeniør	Tore Mørch

Ankende part	Staten v/ Samferdselsdepartementet	Advokat Andreas Rostveit
Ankemospart	Magne Sveen AS	Advokat Erling Marelius Erstad

Saken gjelder krav om vederlagsjustering etter utført anleggsarbeid.

Den 7. desember 2012 kunngjorde Statens vegvesen Region øst åpen anbudskonkurranse for bygging av ca. 3,4 km ny to-felts veg med forbikjøringsfelt på Rv. 4 mellom Amundrudkrysset og almenningsdelet i Gran kommune (parsell Lygna sør). Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var tale om en utførelsesentreprise etter enhetspriskontrakt. Tilbudsfristen utløp 4. februar 2013 og frist for ferdigstilling var 1. juli 2014.

Magne Sveen AS innga tilbud den 31. januar 2013 med en total tilbudssum eks. mva. på 85 289 188 kroner. Selskapet hadde laveste pris, og det ble inngått kontrakt mellom Statens vegvesen som byggherre og Magne Sveen AS som entreprenør den 7. mars 2013. NS 8406:2009 ble gitt anvendelse som alminnelige kontraktsbestemmelser.

Det fremgår av kontraktens punkt 3 at «opplysninger om og betingelser for arbeidet er gitt i konkurransegrunnlaget og de tegninger og dokumenter dette viser til». Dokumentliste fremgikk av konkurransegrunnlaget A1, hvor det innledningsvis ble opplyst at «følgende dokumenter utgjør til sammen konkurransegrunnlaget». Blant de opplistede dokumentene var «Datafiler med mengder fra kapittel D1». Konkurransegrunnlagets del D er beskrivende del, der arbeidene deles inn i ulike prosesser benevnt med bokstaver og tall i hierarkisk oppbygning. Denne delen inneholder beskrivelse og mengdefortegnelse for de ulike prosessene. Av interesse for saken er særlig del DV, side DV-1 til DV-5, beskrivelse og mengdefortegnelse under prosess 2 Sprengning og masseflytting, herunder prosess 21 Vegetasjon, matjord, bergrensk og prosess 22 Sprengning i dagen med tilhørende underprosesser. Videre inneholder D2 tegninger og supplerende dokumenter, herunder D2-1 tegningsgrunnlag. D-tegningene er generert fra Statens vegvesens Vips-data, hvor Vips står for Vegvesenets interaktive planleggingssystem. Også tegningene C001-C 005 er generert fra Vips-data. Tegningene inngår i tegningsgrunnlaget.

I forbindelse med disse tegningene er det uenighet mellom partene om forståelsen av en e-post sendt fra Statens vegvesen v/Jens Ivar Fjellhaug den 21. desember 2012 til potensielle tilbydere. Fra e-posten gjengis:

Det er kommet en henvendelse fra en entreprenør med ønske om:

- Tilgang til elektroniske Vipsdata
- Tilgang til DWG tegninger

Statens vegvesen har funnet det riktig og legge ut i eRoom tilgang til elektroniske Vipsdata. Dette ble lagt ut den 18. desember 2012, og ligger under endringer i konkurransegrunnlaget.

Vi gjør dere oppmerksom på at de utlagte VIPS-data er å betrakte som orienterende, mengdene angitt i konkurransegrunnlaget er gjeldende.

Den 12. september 2013 innga Magne Sveen AS krav om endringsordre idet selskapet påberopte seg mangler ved byggherrens leveranser m.m. Det ble redegjort for at sammenhengen mellom konkurransegrunnlagets angivelse av areal og volum dannet grunnlaget for Magne Sveen AS' prising av ytelsen, og at de faktiske forhold viste at det var et vesentlig større areal sprengning enn det som fremgår av konkurransegrunnlaget. Dette medførte at sprengningsarbeidet ble dyrere enn forutsatt og at entreprenøren blant annet mente seg berettiget til korrigeret sprengningspris og vederlag for endret massetransport. Statens vegvesen tilbakeviste kravet.

Etter ytterligere korrespondanse mellom partene meddelte Magne Sveen AS den 25. juni 2014 at grunnlaget for beregning av sprengningspris var 24 000 m², som oppgitt i konkurransegrunnlaget, mens virkelig areal var ca. 48 000 m². Virkelig volum var noe redusert. Dette igjen ga en økt sprengningspris med 8 458 536 kroner og økt transport som følge av økt volumøkning med 2 400 000 kroner. Totalt ble det fremmet et tilleggskrav på 10 858 536 kroner. Det er ikke omtvistet at det var oppgitt feil areal på 24 000 m² under prosess 21.42 Rensk, nøyaktighetsklasse 2. Ved sluttoppjøret var det enighet om alle øvrige poster, med unntak av tilleggskravet, som ved stevning av 28. januar 2016 ble brakt inn for Gjøvik tingrett. Det er Staten v/Samferdselsdepartementet som er formell motpart i saken.

Tingretten avsa dom den 1. februar 2017 med slik slutning:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale 3 879 394 – tremillioneråttehundreogsyttinitusentrehundreogtjue – kroner eks. mva. til Magne Sveen AS med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 4. september 2014 til betaling skjer. Beløpet forfaller til betaling 2 – to – uker etter dommens forkynnelse.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke. Kostnadene til fagkyndige meddommere, som blir fastsatt av retten, skal dekkes med en halvpart av hver av partene.

Staten v/Samferdselsdepartementet har anket saken til Eidsivating lagmannsrett. Magne Sveen AS har inngitt avledet anke for så vidt gjelder kravets størrelse. Ankeforhandling ble holdt i Hamar tinghus den 24. til 27. april 2018. Det ble avgitt forklaring på vegne av ankemotparten, og retten mottok ni vitneforklaringer, herav forklaring fra to sakkyndige vitner. Den øvrige bevisførselen fremgår av rettsboken. I det den reelle ankende part må anses å være Statens vegvesen, benyttes i det følgende i det alt vesentlige denne betegnelsen.

Staten v/Samferdselsdepartementet har i hovedsak gjort gjeldende:

Det er Magne Sveen AS som må bære risikoen for feil ved egen kalkulasjon av tilbudet, og det er Magne Sveen AS som selv må bære tapet forårsaket av feilen.

Grunnlaget for å finne en riktig gjennomsnittspris for sprengningsarbeidet fremgikk av konkurransegrunnlaget

Etter kontrakten skal Magne Sveen AS gi tilbud på en gjennomsnittspris, en enhetspris per kubikk, for sprengning. For å komme frem til en gjennomsnittspris må det foretas en sammensatt vurdering. Det vises til sakkyndig vitne Pål Drevland Jacobsens redegjørelse. Relatert til pallhøyde (pall=horisontal avsats i berget, bergvolum som sprenges ut i en høyde, pallhøyde=høyde av pallen som skal sprenges i en operasjon) må parsellen deles opp og det må kalkuleres for de enkelte delene, for så å finne en gjennomsnittspris for sprengning. Det samme fremgikk av forklaringen til motpartens sakkyndige vitne, Steinar Roald. Grunnlaget for å finne en korrekt gjennomsnittspris fremgikk av det samlede konkurransegrunnlaget, herunder tegninger.

Tverrprofilene ble utlevert som del av konkurransegrunnlaget. Tegningene viser skjæringshøydene over hele traseen, og viser betydelig risiko for mye flåsprengning (flåsprengning=sprengning ved berghøyde under 1 m) og sprengning med lave pallhøyder. E-posten fra Fjellhaug den 12. desember 2012 kan ikke forstås slik at tegningene som opprinnelig inngikk i konkurransegrunnlaget ikke lenger skulle anses å være en del av dette. Skjæringsmengden i linja var stipulert til 110 000 m³, og innmålinger viser at faktisk mengde var 112 000 m³. Tverrprofilene har dermed vist seg å stemme godt.

Også C-tegningene gir et godt bilde av prosjektet. Disse viser at det er mye sprengning på lave høyder, og at det er noen få steder med stor skjæringshøyde. Det er ikke påvist feil ved tegningene, som også inngikk i konkurransegrunnlaget.

Geologisk rapport gir en klar indikasjon på lav skjæringshøyde. Det er ikke påvist feil i rapporten.

Befaring av området ville synliggjort de store skjæringshøydene og at det er lite skjæringshøyder å se ellers. Dette tilsier mye sprengning med lav høyde/flåsprengning. Morten Sveen må antas å være godt kjent på stedet. Han måtte ved selvsyn forstå at en gjennomsnittlig pallhøyde på 6,6 meter for sprengning i linjen ikke kunne være korrekt.

Det er på det rene at konkurransegrunnlaget ga Magne Sveen AS grunnlag for korrekt kalkulasjon av tilbudet.

Magne Sveen AS' kalkulasjonsmetode var uegnet

Magne Sveen AS' måte å kalkulere på var ikke egnet som grunnlag for å inngi tilbud. Metoden gir en gjennomsnittshøyde, som ikke er relevant for å prise tilbudet. Derimot må entreprenøren finne frem til en gjennomsnittspris, hvor det er sentralt hvordan

skjæringene/sprengningsarbeidet er på de ulike delene av parsellen. Metoden Magne Sveen AS benyttet var ikke egnet til å identifisere de faktiske kostnadene ved prosjektet.

Kontrakten er tydelig på at den omfatter flåsprengning. Magne Sveen AS' måte å kalkulere på er ikke egnet til å identifisere flåsprengning eller sprengning på lave høyder. Dette er sentralt ved inngivelse av tilbudet, all den tid sprengning på lave pallhøyder/flåsprengning er mer kostbart enn sprengning på større pallhøyder.

Magne Sveen AS' kalkulasjonsmetode tar heller ikke hensyn til mengdeendringer. Hensikten med enhetspriskontrakter er at mengden ikke er endelig fastsatt, og variasjon i mengder må anses å være forutsatt av partene. Ved større massehåndteringsjobber må det forventes større avvik i forhold til de mengdeangivelsene som er gitt i tilbudsgrunnlaget. Endringer i mengde er ikke å anse som en endring som kan gi grunnlag for vederlagsjustering etter NS8406 pkt. 19.1 fjerde ledd før det foreligger en «vesentlig» mengdeøkning.

Kalkulasjonsmetoden tar ikke hensyn til at det skal renskes to meter utenfor skjæringsprofilen eller at måleregelen i prosess 21.42 er horisontalprojeksjon.

Det er mindre sannsynlig at Magne Sveen AS faktisk har kalkulert slik de anfører, all den tid metoden helt klart ikke er egnet. Magne Sveen AS' endringsordre bygger innledningsvis på en annen metodikk enn det som i dag utgjør grunnlaget for kravet.

Det er forhold på Magne Sveen AS' side som er årsaken til at kalkulasjonen har sviktet, og ikke feil i konkurransegrunnlaget.

Den omstendighet at Magne Sveen AS eventuelt kan ha fått godkjent krav om vederlagsjustering i en tidligere sak, er ikke grunnlag for at selskapet nå skal få godkjent et slikt krav. Mest sannsynlig var godkjenningen av kravet ledd i et totaloppgjør den gangen, og uten betydning for avgjørelsen av denne saken.

Det foreligger ikke endring iht. NS8406 som gir grunnlag for vederlagsjustering

Endring i prosess 21.42 gir ikke grunnlag for justering av enhetsprisene for prosess 22.1 eller 22.2. Sprengningsarbeidet er angitt i volum, og det er ikke endret. Da er det ikke grunnlag for vederlagsjustering. Tingretten gjør feil når den hjemler vederlagsjustering i NS 8406 punkt 22.2 første ledd uten at det er konstatert at det foreligger endring etter punkt 19.1 fjerde ledd. Det foreligger uansett ikke årsakssammenheng mellom endringen under prosess 21.42 og den påståtte kalkulasjonsfeilen under prosess 22.1/22.2 i kontrakten.

Læren om bristende forutsetninger gir ikke grunnlag for kravet

Det var ikke synbart for Statens vegvesen at Magne Sveen AS ville legge en gjennomsnittlig pallhøyde i linja på 6,6 meter til grunn for sin kalkulasjon. Nødvendig informasjon for kalkulasjon av gjennomsnittspris for sprengning i linja fremgikk av konkurransegrunnlaget. Det var ikke synbart for Statens vegvesen at Magne Sveen AS ville bruke en uegnet metode for å prise arbeidet. Etter en helhetsvurdering er det ikke rimelig at det er Statens vegvesen som skal bære risikoen for Magne Sveen AS' feilslåtte kalkulasjon.

Subsidiært: Magne Sveen AS' beregning av kravet bestrides

Det er ikke fremlagt dokumentasjon for det påståtte tapet, og kravet må uansett nedjusteres betraktelig.

Magne Sveen AS kan bare kreve vederlagsjustering for de faktiske kostnadene selskapet ble påført som følge av endringen, jf. kravet om årsakssammenheng i NS 8406 punkt 22.1. Det må uansett gjøres fradrag for at Magne Sveen AS har innkalkulert for få lave paller i enhetsprisen, da det ikke foreligger årsakssammenheng mellom forhold på byggherrens side og kalkulasjonssvikten.

De fremlagte kalkylene for å dokumentere tapet på sprengningsprosessene er preget av uklarheter og avvik mellom påstått kalkyle og påstått utført sprengning. Det er uklarheter knyttet til kalkylens parametere som boremeter, boremeter per salve og antall salver som gjør det umulig å ettergå og overprøve Magne Sveen AS' krav. Magne Sveen AS' kalkyle for faktisk utført arbeid stemmer ikke med opplysninger i as-built dokumentasjonen når det gjelder boremeter, boremeter per salve, antall salver, fordeling sprengstofftype, underboring og hullavstand. Uansett har Magne Sveen AS kun krav på vederlagsjustering for sprengning i linja, da det ikke foreligger feil eller endring av forutsetningene for sidetaket. Kravet er ikke sannsynliggjort.

Når det gjelder tap i form av økte transportkostnader er det ikke dokumentert at Magne Sveen AS har hatt en ytterligere produksjon av økt volum ut over de 17 000 m³ som partene var enige om i totaloppjøret. De angivelige 19 000 m³ er ikke dokumentert ved innmåling og fremkommer ikke av prosjektets masseregnskap. Formelen Magne Sveen AS har benyttet for å beregne det påståtte masseoverskuddet bestrides. Det bemerkes at alt areal for bergrensk inngår i formelen, også areal der det ikke har vært sprengning og areal der det har vært sprengning med høye paller, inkludert sidetaket.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Magne Sveen AS har i hovedsak gjort gjeldende:

Statens vegvesen har begått en prosjekteringsfeil, og må bære risikoen for entreprenørens tap som følge av feilen. På samme måte må uklarheter i konkurransegrunnlaget gå utover byggherren.

Byggherren har ansvar for prosjekteringsfeil

Det foreligger prosjekteringsfeil når arealet i prosess 21.42 ble oppgitt til 24 000 m². Om Statens vegvesen hadde gått inn i dokumentasjonen de hadde tilgjengelig, ville de sett at riktig areal var 48 000 m². Arealet oppgitt for bergrensk viser hvilket areal som skal avdekkes for sprengning. Magne Sveen AS hadde ingen plikt til å kontrollere tverrprofiler eller vips-data, og det finnes ikke hjemmel for at Magne Sveen AS skal stå inne for prosjekteringsfeilen. Det er ikke lagt skjul på at Magne Sveen AS på egne vegne tok en risiko ved å kalkulere etter den metoden de benyttet, men byggherren har uansett risikoen for at de opplysningene han gir er riktige.

Konkurransegrunnlaget oppfylte ikke kravene til tilstrekkelig klarhet, jf. prinsippene i NS 3450. Vips-dataene viste at det var 9 330 m² flåsprengning, men uten at det er oppgitt noe som helst om mengden flåsprengning i konkurransegrunnlaget. Statens vegvesen har i betydelig grad villedet Magne Sveen AS når det i prosess 22.11 er presisert at arbeidet gjelder sprengning med konturhullavstand. Dette er ikke aktuelt ved flåsprengning. Det eneste stedet flåsprengning er nevnt er i prosess 22.11 a) – som kun omfatter flå som gjenstår etter kontursprengning. Her sies det uttrykkelig i konkurransegrunnlaget at det ikke er annen flåsprengning. Tilbudene fra de øvrige entreprenørene viser at de har forstått konkurransegrunnlaget på samme måte, ellers ville prisen fra tilbyderne vært høyere. Det følger av NS 8405:2008 punkt 3.2 at beskrivelse i konkurransegrunnlaget går foran tegninger ved motstrid. E-posten fra Fjellhaug den 12. desember 2012 må forstås slik at de oppgitte mengdene var styrende. Dette var en motiverende faktor for Magne Sveen AS' måte å kalkulere på.

Feilaktige opplysninger og uklarheter i konkurransegrunnlaget har vært motiverende for inngivelse av tilbudet og en synbar forutsetning for Statens vegvesen. Ved vurderingen er det av betydning at Magne Sveen AS på et tidligere prosjekt har fått Statens vegvesens aksept for krav om vederlagsjustering etter bruk av samme kalkulasjonsmåte.

Dersom Statens vegvesen gis medhold vil risiko for prosjekteringsfeil veltes over på entreprenøren, noe som vil rukke ved et hovedprinsipp i entrepriseretten.

Magne Sveen AS' kalkulasjonsmåte er faglig forsvarlig

Det er fremlagt kalkyle for prisingen av tilbudet. Denne baserer seg i stor grad på erfaringstall. Prosjektbeskrivelsen forutsetter at det er tale om pallsprengning, og det var derfor ikke uforsvarlig å kalkulere med utgangspunkt i areal og volum. Magne Sveen AS kontrollerte tverrprofilene opp mot skjæringshøyden i sidetaket, og fant at dette stemte. Det ble da lagt til grunn at også resten av beskrivelsen var riktig, noe som må anses som en forsvarlig fremgangsmåte. Kalkuleringen har skjedd med utgangspunkt i selve prosessbeskrivelsen ut i fra angitt mengde, noe som må anses forsvarlig.

Det foreligger endring etter NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd og grunnlag for justering av enhetspris etter punkt 22.2 tredje ledd

Når arealet øker med 100 prosent i forhold til det som er oppgitt i konkurransegrunnlaget foreligger det en endring som gir rett til vederlagsjustering. Det er irrelevant hva vips-data viser vedørende areal. Magne Sveen AS hadde ikke vips-dataene og selskapet hadde ikke programvare for å lese vips-dataene. Tilbudet måtte vurderes i lys av det som var opplyst. Årsaken til mengdeavviket var prosjekteringsfeil, noe som er relevant for vurderingen av om det foreligger endring etter bestemmelsen.

Endringen gir grunnlag for justering av enhetspris etter punkt 22.2 tredje ledd, og dermed vederlagsjustering etter punkt 22.1. At arealet på en prosess endres medfører at en kan kreve justert enhetspris på en annen prosess. Statens vegvesens standpunkt her er åpenbart feil.

Subsidiært: Den ulovfestede forutsetningslæren gir hjemmel for kravet

Feilen i konkurransegrunnlaget var en motiverende faktor for Magne Sveen AS' inngivelse av tilbudet. De feilaktige opplysningene ble brukt direkte ved kalkulasjonen. Dette ga for høye paller, og for lave kostnader i kalkylen. Tilbudet ble priset tilnærmet 11 millioner kroner for lavt, noe som var en betydelig del av den totale kontrakten.

Det var synbart for Statens vegvesen at konkurransegrunnlaget var feil. Pallhøyde er en sentral faktor for beregning av pris på sprengning. Dette var motiverende for Magne Sveen AS og synlig for Statens vegvesen.

Statens vegvesen er nærmest til å bære risikoen for feilen. Det er byggherrens ansvar at opplysningene i konkurransegrunnlaget er riktige. Entreprenøren har ikke noe kontrollansvar i saken, og var heller ikke i bedre posisjon til å kontrollere de faktiske

forutsetningene. Tilbudsvinduet på ca. en måned kontra den lange prosjekteringsperioden gjør det urimelig å velte ansvaret over på entreprenøren. Den økonomiske konsekvensen er stor for Magne Sveen AS, da anbudet utgjorde en vesentlig del av selskapets omsetning.

Kravets størrelse er sannsynliggjort

Kravets størrelse fremgår av fremlagt kalkulasjon, som underbygges av Geoplans analyse. Det fremgår her at faktisk utført sprengning i linjen var 119 278 m³. Magne Sveen AS hadde lagt til grunn en gjennomsnittlig pallhøyde på 6,6 m i linjen, og en pris på 35 kroner per kubikk. Faktisk pallhøyde var ifølge Geoplans analyse 2,78 m. Det er redegjort for de merkostnadene som påløp som følge av sprengning på lavere høyder. Dette underbygges av dr. Roalds tabell, som viser en gjennomsnittskostnad på 110 kroner per m³ ved en pallhøyde på 3,37 m. Merkostnadene er på 75 kroner per m³, dvs. ca. 8,9 millioner kroner.

Prosjekteringsfeilen har ført til høyere kostnader til transport av masser

Volumøkning som følge av økt underboring kommer i tillegg til de 17 000 m³ masse som partene er enige om at det skal betales for. Økningen er en direkte konsekvens av at det ble gitt feil opplysninger i konkurransegrunnet. Prosess 26.31 a) gjelder kun for masser til knusing. Kontrakten mangler prosess for transport fra sprengning i linjen til deponi. Det foreligger endring etter NS 8406 punkt 19.1 annet ledd når Magne Sveen AS har foretatt transport som ikke er avtalt, og selskapet har krav på vederlag for utført arbeid.

Vederlaget beregnes etter NS 8406 punkt 22.2 første ledd, idet det foreligger anvendelige enhetspriser. Anvendelige enhetspriser for tilsvarende prosess fremgår av avtalens prosess 26.33, der enhetsprisen er satt til 125 kroner per kubikk. Med en gjennomsnittlig underboring på 1,5 m over et areal på 48 000 m³, og hvor samtlige masser er kjørt til deponi, beregnes økning i masse til 19 200 m³ og kravet til 2,4 millioner kroner.

Beregningen underbygges av at det er ført bevis for at det forekommer masseuttak fra deponi både fra Brandbu Idrettslag og NCC, som er uforenelig med at det kun er kjørt 17 000 m³ til deponi. De massene Magne Sveen AS tilførte deponiene er ikke registrert, det samme gjelder det som er tatt ut derfra av idrettslaget og NCC.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale til Magne Sveen AS et etter lagmannsretten nærmere fastsatt beløp begrenset oppad til kr. 10.858.536,- pluss mva., med tillegg av rente fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 04.09.2014 og til betaling skjer.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte Magne Sveen AS sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker:

Det rettslige utgangspunktet for kravet

Magne Sveen AS har krevd justering av vederlaget, herunder justering av enhetspriser, med hjemmel i NS 8406 punkt 19.1 annet ledd, jf. fjerde ledd, jf. punkt 22.1 første ledd og 22.2 tredje ledd. De relevante delene av de påberopte bestemmelsene gjengis i det følgende:

19.1 Retten til å pålegge entreprenøren endringer

(1) Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

(2) En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.

(...)

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

(...)

(6) Partene har krav på justering av vederlaget og tidsfrister som endringene medfører i henhold til 22.1 til 22.5.

22.1 Partenes krav på vederlagsjustering

(1) Partene har krav på den justering av vederlaget som endringen gir grunnlag for.

(...)

22.2 Vederlagsjustering ved anvendelige enhetspriser

(1) Gjelder kravet om vederlagsjustering forhold der kontraktens enhetspriser er anvendelige, skal disse benyttes.

(...)

(3) Forrykkes forutsetningene for å anvende enhetsprisene, herunder som følge av omfanget eller antallet av endringsarbeider, tidspunktet for endringsarbeidet eller lignende, kan partene kreve at enhetsprisene justeres for de fordyrelser eller besparelser som dette har medført.

Som overskriften angir, gjelder punkt 19.1 byggherrens rett til å pålegge entreprenøren endringer. I fjerde ledd gis en definisjon på hva som skal forstås som en endring når det gjelder avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelser på poster som skal avregnes etter enhetspriser. Dersom det foreligger en endring, utløses retten til justering av vederlag etter punkt 22.1 flg.

Spørsmålet er om Statens vegvesen har pålagt Magne Sveen AS en endring som utløser rett til justering av vederlaget gjennom justert enhetspris for prosessene 22.1 Sprengning i linjen og 22.2 Masser til depot/mellomlager.

Spørsmål om det er gitt feil eller uklare opplysninger i konkurransegrunnlaget med betydning for enhetsprisen for sprengning i linjen

Feil mengdeangivelse

Det er på det rene at det er gitt feil opplysninger om mengde under prosess 21.42 Rensk nøyaktighetsklasse 2. Den oppgitte mengden er på 24 000 m², mens det korrekte skulle vært tilnærmet 48 000 m². Det er på det rene at et slikt avvik etter sin art må kunne være å anse som en endring iht. NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, selv om det ikke er gitt noe direkte pålegg om endring fra byggherren etter bestemmelsens første ledd.

Magne Sveen AS har for lagmannsretten gjort gjeldende at den feilaktige mengdeangivelsen er en prosjekteringsfeil, og at Statens vegvesen må hefte for denne.

Som utgangspunkt hefter byggherren for feil og uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1489 med videre henvisning til juridisk litteratur om at byggherren som utgangspunkt må bære risikoen for at de opplysninger han gir er riktige. Likevel er det slik at det bare er i de tilfeller de uriktige opplysningene har hatt konsekvenser for entreprenørens tilbud, at det er berettiget å tillegge de uriktige opplysningene betydning.

All den tid det er tale om en kontrakt der de aktuelle postene skal avregnes etter enhetspriser, ligger det i kontraktens art at mengdene ikke er fast bestemt. Endringer i mengdeangivelse må derfor anses påregnelig, og et uriktig estimat over mengde er ikke uten videre å betrakte som en uriktig opplysning. Tvert imot har NS 8406, som nevnt, mekanismer for håndtering av avvik i mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspris i punkt 19.1 fjerde ledd. En feil i mengdeangivelse kan dermed, slik lagmannsretten ser det, ikke uten videre likestilles med andre typer feil eller unøyaktigheter i konkurransegrunnlaget. Dette fremgår for så vidt også av saken.

Den påberopte feilen knytter seg direkte til prosess 21.42 Rensk, nøyaktighetsklasse 2. Denne prosessen er av Magne Sveen AS gitt en enhetspris på 5 kroner per m². Det er ikke fremsatt krav om endring av enhetspris på denne prosessen, og Magne Sveen AS har fått betalt for det antall kvadratmeter som faktisk er rensket. Det er dermed ikke i denne sammenhengen den uriktige arealopplysningen er påberopt. Dette indikerer at estimatet av mengden for den aktuelle prosessen ikke har gitt konsekvenser for prisingen av prosessen. Spørsmålet er om den påberopte feilen kan gi grunnlag for justering av enhetspriser for andre prosesser. Dette kommer lagmannsretten tilbake til nedenfor.

Villedende opplysninger om flåsprengning

Det er uomtvistet at kostnadene ved sprengning på lave skjæringer er høyere enn ved sprengning på høye skjæringer. Sprengning med skjæring under 1 m omtales som flåsprengning, og anses særlig kostnadsdrivende. Det er uomtvistet at prosjektet faktisk inneholdt mye flåsprengning. Det er videre uomtvistet at det er av interesse for en tilbyder å ha oversikt over mengden flåsprengning ved kalkulasjon av tilbudet.

Magne Sveen AS har gjort gjeldende at konkurransegrunnlaget er villedende med tanke på omfanget av flåsprengning. Det er argumentert med at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det ikke er tale om annen flåsprengning enn den som genereres av den forutgående sprengningen, og hevdet at dette fremgår av beskrivelsen i prosess 22.11 spesiell beskrivelse a). Lagmannsretten er ikke enig i dette.

Beskrivelsene under prosess 22.1 Sprengning i linjen med underprosesser må leses i sammenheng. Innledningsvis redegjøres det for at prosessen omfatter «alle arbeider med sprengning i linjen, så som boring, lading, kontursprengning, forsvarlig dekning, varsling og andre tiltak som er nødvendige for å unngå skader (...)». Det kan etter lagmannsrettens syn ikke motsetningsvis sluttes av teksten at prosessen ikke omfatter flåsprengning. Beskrivelsen i prosess 22.11 Sprengning med konturhullavstand 0,7 m «Omfatter sprengning av skjæringer med konturhullavstand 0,7 m» sier etter lagmannsrettens syn ikke noe om pallhøyde kontra flåsprengning, og utelukker ikke, slik Magne Sveen AS har gjort gjeldende, at det er tale om flåsprengning. Dette fremgår etter lagmannsrettens syn også av prosess 22.11 x) der det fremgår at berghøyde under 1,0 m regnes som 1,0 m ved beregning av mengde i volum. En slik presisering av volumberegningen ville ikke vært nødvendig dersom det ikke skulle foretas sprengning på berghøyder under 1,0 m, dvs. flåsprengning. Prosess 22.11 «Spesiell beskrivelse» a) presiserer etter lagmannsrettens syn at det i tillegg til «ordinær» flåsprengning også skal foretas «nødvendig flåsprengning for å hindre at det blir stående vann i lommer og for å sikre jevnt fall på dypsprengning/fjellflate ut fra vegkroppen».

Etter dette etterlater ikke konkurransegrunnlagets beskrivelse uklareheter med tanke på om flåsprengning omfattes av kontrakten, og beskrivelsen kan heller ikke anses villedende på dette punktet.

Betydningen av feil opplysninger om areal under prosess 21.42

For de prosessene justeringskravet knytter seg til, er det ikke gitt mengdeangivelser i areal, men kun i volum. For prosess 22.1 Sprengning i linjen med underposter, er det oppgitt et volum på totalt 110 000 m³. De enkelte mengder på underprosesser av sprengning i linjen er ikke nærmere angitt. Volum for sprengning i sidetak fremgår av prosessene 22.21 med

40 000 m³ og prosess 22.22 (opsjon) med 40 000 m³. Totalt medfører dette at kontraktsgrunnlagets mengdeangivelse for totale sprengningsarbeider er 190 000 m³. Denne mengdeangivelsen er benyttet av Magne Sveen AS ved kalkuleringen av tilbudet.

Lagmannsretten legger videre til grunn at Magne Sveen AS ved kalkulasjonen av anbudet for prosess 22.1 (sprengning i linjen) har benyttet mengdeangivelsen i prosess 21.42 Rensk, nøyaktighetsklasse 2. I tråd med Morten Sveens forklaring for lagmannsretten, legges det til grunn at dette har medført at Magne Sveen AS har kalkulert med for lave sprengningskostnader sett i forhold til hva resultatet ville blitt dersom det var oppgitt korrekt mengdeangivelse i prosess 21.42. Ved å legge den uriktige mengdeangivelsen på 24 000 m² til grunn for kalkulasjonen, kom Magne Sveen AS til at gjennomsnittlig pallhøyde for sprengning i linjen var 6,6 m. Pallhøyde for sprengning i sidetak er estimert til 11 m, jf. Magne Sveen AS' opprinnelige kalkyle, hvor det er vist til at dette fremgår av tverrprofilene. Av dette fremkommer et beregnet areal på sidetaket med 7 272,73 m². Den gjennomsnittlige pallhøyden for sprengning i linjen blir med denne kalkulasjonsmetoden på 2,7 m (volum i linja 110 000 m³/arealet i linja 40 727,2 m² (48 000 m²-7 272,7 m²). Det legges til grunn at gjennomsnittskostnadene ved sprengningen ville blitt kalkulert å være høyere for sprengning i linjen dersom Magne Sveen AS hadde brukt korrekt areal i kalkylen, og at tilbudet totalt sett ville vært priset høyere.

Staten har anført at det ikke er oppgitt feil mengdeangivelse i den prosessen det er krevd vederlagsjustering for, og videre at enhetsprisene på denne prosessen er beregnet på en uforsvarlig måte. Feil oppgitt mengde i en annen prosess kan derfor ikke tilleggs vekt når kravet om justering av enhetsprisene skal vurderes. Lagmannsretten er enig i dette.

NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd gir anvisning på at avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser, som her, som utgangspunkt ikke er å anse som en endring i forhold til bestemmelsene i kapittel 19. Unntaket er tilfeller der avviket (i forhold til kontraktens mengdeangivelse) i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten. Mengdeangivelsen for den prosessen Magne Sveen AS har krevd justering av enhetsprisene for, er angitt i volum. I kontrakten er sprengningsarbeidene i linjen angitt til 110 000 m³, mens det i realiteten ble tale om ca. 112 000 m³. Det er ikke gjort gjeldende at dette er et avvik som i vesentlig grad overstiger det Magne Sveen AS burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten. Den mengdeangivelsen som er feil gjelder en annen prosess, og er angitt i areal. Konkurransgrunnlaget legger ikke i seg selv opp til en innbyrdes sammenheng mellom mengdeangivelsene i prosessene for henholdsvis sprengning og bergrensk, selv om området (arealet) for disse to prosessene nok ofte må antas å være relativt like størrelser.

Lagmannsretten finner at den kalkulasjonsmetoden som er benyttet av Magne Sveen AS ikke er forsvarlig som grunnlag for kalkulering av enhetspriser ved sprengning. Ved å

kalkulere med utgangspunkt i en gjennomsnittlig pallhøyde, alene basert på oppgitt volum og areal (som endatil gjelder en annen prosess), velger en å se helt bort fra de konkrete forhold. Magne Sveen AS' sakkyndige vitne, Roald, uttalte at entreprenøren må gjøre seg betraktninger om forholdsmessig/prosentvis mengde ulike pallhøyder ved utarbeidelsen av tilbudet. For å gjøre dette må entreprenøren, ifølge Roald, se hen til «hvor fjellet ligger i linja». Dette må etter lagmannsrettens syn gjøres med konkrete undersøkelser av tverrprofiler (D-tegninger) og C-tegninger. Tegningene inngikk som del av konkurransegrunnlaget, slik det fremgår av dokumentlisten, og Magne Sveen AS v/Morten Sveen har bekreftet at han hadde tilgang til disse tegningene. Det fremgår av Morten Sveens kalkyle at tverrprofilene ble benyttet ved beregningen av tilbudet for så vidt gjaldt sidetaket. Han har videre forklart at han befarte nettopp denne delen av anleggsområdet. Tilsvarende fremgangsmåte burde vært benyttet også som grunnlag for kalkyle for sprengning i linjen. Lagmannsretten kan ikke se at det er ført bevis for at det var feil ved tegningene av en slik betydning at de ikke utgjorde et forsvarlig grunnlag for kalkyle.

Lagmannsretten kan heller ikke se at e-posten av 12. desember 2012 kan forstås på den måten Magne Sveen AS gjør gjeldende. Fjellhaug har forklart at forbeholdet i e-posten om at «de utlagte VIPS-data er å betrakte som orienterende, mengdene angitt i konkurransegrunnlaget er de gjeldende», relaterte seg til at tilbyderne ved granskning av VIPS-dataene kunne regne seg frem til andre mengder enn de som fremgikk av beskrivelsen i konkurransegrunnlaget, og at det i tilfelle motstrid skulle presiseres at det var mengdeangivelsene i den beskrivende teksten som var avgjørende. Det var dermed ikke hensikten å ugyldiggjøre de tegningene som allerede fulgte konkurransegrunnlaget og som var generert av det grunnlaget som Vips-dataene utgjorde. For lagmannsretten fremstår dette som en rimelig forklaring på bakgrunnen for e-posten. Verken etter sin ordlyd eller sett i sammenheng med situasjonen for øvrig, finner lagmannsretten at Magne Sveen AS hadde rimelig grunn til å forstå e-posten slik at tverrprofiler og C-tegninger som allerede var fremlagt ikke lenger skulle inngå som en del av konkurransegrunnlaget eller tillegges betydning ved kalkulasjonen.

Magne Sveen AS har gjort gjeldende at selskapet ikke hadde noen plikt til å gå inn i tegningsgrunnlaget og benytte dette som grunnlag for beregningen av tilbudet. Lagmannsretten er enig i at tilbyderne ikke har noen slik plikt, uten at det kan anses å ha særlig betydning for saken. Det sentrale er at konkurransegrunnlaget samlet sett ga de opplysningene Magne Sveen AS trengte for å kalkulere tilbudet på en forsvarlig måte. En feil i konkurransegrunnlaget, som ved en forsvarlig kalkulasjon av sprengningsprisen ikke burde vært tillagt særlig vekt, kan etter dette ikke være utslagsgivende ved vurderingen av om det foreligger «endring» iht. NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, eller feil for øvrig som byggherren bør hefte for. Lagmannsretten kan ved denne vurderingen ikke se at det har betydning hvorvidt Magne Sveen AS har fått Statens vegvesens aksept for justering av enhetspriser i en tilsvarende situasjon. Aksepten, som etter bevisførselen mest sannsynlig

var å anse som ledd i et sluttoppgjør med flere poster, kan ikke anses som en generell aksept av Magne Sveen AS' måte å kalkulere på.

Etter dette gir ikke kontrakten grunnlag for endring av enhetsprisene for prosess 22.1 Sprengning i linjen.

Subsidiært grunnlag for vederlagskravet; den ulovfestede læren om bristende forutsetninger

Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger er gjengitt slik i Rt. 1999 side 922, på side 931:

For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være «relevant», noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.

Det legges til grunn at det siterte gir uttrykk for gjeldende rett.

Etter bevisførselen finner lagmannsretten det sannsynliggjort at det for Magne Sveen AS har vært en motiverende forutsetning at prosess 21.42 ga uttrykk for et noenlunde riktig areal for bergrensk. Lagmannsretten finner imidlertid ikke at denne forutsetningen var synbar for Statens vegvesen.

Det vises til drøftelsen ovenfor, da de samme momentene for vurderingen gjør seg gjeldende. Det vises særlig til den manglende sammenhengen mellom areal for bergrensk og gjennomsnittlige kostnader for sprengning i linjen og til vurderingen av Magne Sveen AS' kalkulasjonsmetode som uforsvarlig. Det var upåregnelig, og dermed ikke synbart, for Statens vegvesen at Magne Sveen AS ville benytte denne kalkulasjonsmetoden, all den tid den bygget på størrelser som etter kontraktstypen, faste enhetspriser, forutsettes å være variable. Det er ikke sannsynliggjort at Statens vegvesen var klar over at Magne Sveen AS benyttet en slik kalkulasjonsmetode, selv om det kan ha vært bakgrunnen for den vederlagsjusteringen Magne Sveen AS og Statens vegvesen inngikk avtale om i forbindelse med sluttoppgjør ved en tidligere anledning. Det er ikke holdepunkter i saken for at det ble gått nærmere inn på den konkrete kalkulasjonsmåten i forbindelse med det tidligere sluttoppjøret. Når forutsetningen ikke var synbar for Statens vegvesen, kan den ulovfestede læren om bristende forutsetninger ikke gi hjemmel for vederlagskravet.

Krav om tilleggsvederlag for transport av masser til deponi

Magne Sveen AS har krevd tilleggsvederlag med hjemmel i NS 8406 punkt 19.1 annet ledd og 22.2 første ledd.

Det er gjort gjeldende at økt underboring grunnet mer flåsprengning enn forutsatt har medført en volumøkning som kommer i tillegg til de 17 000 m³ partene er enige om og som Magne Sveen AS har fått oppgjør for. Økt transport grunnet økt underboring er hevdet å være en direkte konsekvens av at det ble gitt feil opplysninger i konkurransegrunnlaget. Det er videre hevdet at det ikke er avtalt enhetspriser for slik transport, da dette ikke omfattes av prosess 26.31 a.

Etter lagmannsrettens syn vil kontrakten kunne gi grunnlag for tilleggsvederlag for faktisk massetransport til deponi, dersom det føres bevis for at slik transport faktisk har funnet sted. Dette må gjelde uavhengig av hva som var årsaken til transporten.

Magne Sveen AS har søkt å redegjøre for transport av masser til deponi ut over de 17 000 m³ det er gitt vederlag for, uten at lagmannsretten kan se at slik transport er sannsynliggjort.

Det vises for det første til at kravet ikke bygger på konkrete tall, men på Magne Sveen AS' «beregning av volum økning som følge av lavere pallhøyde som gir økt faktisk undersprengning». Beregningen tar sikte på å finne frem til «økning i transportert volum». For lagmannsretten fremstår formelen som er benyttet som svært generell, og lite egnet som grunnlag for et oppgjør etter enhetspris. Det vises blant annet til at «overflate» på 48 000 m² inngår som en av tre komponenter. En sentral innvending mot beregningen er dermed at hele arealet for bergrensk inngår i beregningen, uten at det gjøres fradrag for sidetak, hvor det ikke er lagt til grunn feil pallhøyde, eller areal hvor det ikke er utført sprengning eller sprengning med høye paller. Det stilles videre spørsmål ved hvordan tallet for gjennomsnittlig undersprengning på 1,5 har fremkommet. Det er gjort rede for behovet for økt undersprengning ved flåsprengning, men lagmannsretten stiller seg tvilende til at tallet er riktig, all den tid det legges til grunn for hele arealet på 48 000 m².

For det annet vises det til at de aktuelle massene ikke for noen del har latt seg dokumentere. De påståtte massene fremgår verken av rapporter for innmåling eller av prosjektets masseregnskap. I følge Magne Sveen AS skal den totale mengden være kjørt til deponi, og lagmannsretten stiller seg undrende til at dette ikke lar seg dokumentere nærmere.

Det er holdepunkter for at det er tatt ut masser fra deponi av Brandbu Idrettsforening og NCC. For lagmannsretten er det imidlertid så store uklarheter knyttet til disse uttakene, at

disse omstendighetene, sett i lys av de sterke innvendingene som fremgår ovenfor, ikke kan tillegges særlig vekt.

Etter dette gis Magne Sveen AS ikke medhold i kravet om tilleggsvederlag for transport av masser til deponi.

Avledet anke

Den avledede anken forutsetter at det er grunnlag for de fremsatte tilleggskravene. Med lagmannsrettens resultat er det ikke foranledning til å drøfte den avledede anken nærmere. Det anses ikke nødvendig med særskilt utforming i domsslutningen, da en frifinnende dom i hovedsaken anses å omfatte kravet i den avledede anken.

Sakskostnader

Staten v/Samferdselsdepartementet har vunnet saken, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på å få erstattet sine kostnader ved saken. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta Magne Sveen AS for erstatningsansvar etter unntaksregelen i bestemmelsens tredje ledd. Saken har ikke budt på tvil.

Sakskostnader for lagmannsretten er krevd med totalt 791 638 kroner inkl. mva., hvorav 656 250 kroner utgjør salær til prosessfullmektig for til sammen 223,5 timers arbeid. Det er ikke gjort innsigelser mot størrelsen på kravet. Lagmannsretten tilkjenner sakskostnader i tråd med kravet, idet de pådratte kostnadene synes nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. I tillegg kommer ankegebyr med 34 617 kroner, til sammen 826 255 kroner.

Staten har videre krevd dekket kostnader til fagkyndige meddommere. Fagkyndige meddommere var begjært oppnevnt av begge parter. Etter rettsgebyrloven § 2 annet ledd må den som har begjært en forretning eller et rettergangsskritt, dekke de utgifter som er forbundet med rettergangsskrittet. Som utgangspunkt svarer etter dette partene med en halvpart hver for lagmannsrettens kostnader til fagkyndige meddommere, jf. tvisteloven § 20-1 første ledd annet punktum. Staten kan krev sin andel av ansvar for kostnadene til meddommere dekket av motparten etter kapittel 20 i tvisteloven. Lagmannsretten ser ingen grunn til å behandle denne delen av statens sakskostnader på noen annen måte enn de øvrige kostnadene, og tilkjenner med dette erstatning for den halvpart av kostnader til fagkyndige meddommere som etter rettsgebyrloven § 2 annet ledd påhviler staten. Godtgjørelse til de fagkyndige meddommerne vil bli fastsatt i senere beslutning.

Staten har også krevd dekket sine sakskostnader for tingretten med 521 208 kroner inkl. mva., hvorav 353 156 kroner utgjør salær til prosessfullmektig. Det er ikke gjort innsigelser mot kravets størrelse.

Også for tingretten er kostnader til fagkyndig meddommer krevd dekket. Det fremgår av tingrettens domsslutning at partene ble pålagt å dekke disse kostnadene med en halvpart hver. Til meddommerne ble det fastsatt salær med hhv. 167 375 kroner til Per Anton Brandtzæg og 128 559 kroner til Knut Boge. Halvparten av totalbeløpet er 147 967 kroner, som tilkjennes som del av sakskostnadene for tingretten. Totale sakskostnader for tingretten blir dermed 669 175 kroner.

Dommen er avsagt på sirkulasjon mellom rettens medlemmer, og sen postgang/helligdager har ført til at den er avsagt etter utløpet av lovens frist.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Magne Sveen AS 826 255 – åttehundreogtjuesekstusentohundreogfemtifem – kroner til staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen. I tillegg dekker Magne Sveen AS statens andel av kostnader til fagkyndige meddommere for lagmannsretten.
3. I sakskostnader for tingretten betaler Magne Sveen AS 669 175 – sekshundreogsekstinitusenetthundreogsyttifem – kroner til staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

Kjersti Lund (sign)

Bodil Thorp Myhre (sign)

Per Magne Isaksen (sign)

Steinar Manengen (sign)

Tore Mørch (sign)

Dokument i samsvar med underskrevet original.
Marit Einang (*elektronisk signert*)