



## HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 06.09.2018

**Saksnr.:** 17-066455ASD-HALO

**Dommere:**

Lagdommer	Kjell Martin Haug
Lagdommer	Frode Stock
Ekstraordinær lagdommer	Tore Cato Bremseth

---

I Anke

Ankende part	OBRAS Subterraneas S.A	Advokat Esther Lindalen Rohde Garder Advokat Wilfred Rohde Garder Advokatfullmektig Julie Almedal Hellevik
--------------	------------------------	--

Ankemotpart	Staten v/Samferdselsdepartementet	Advokat Per Gustav Lilleaasen Advokat Finn Eirik Winther
-------------	--------------------------------------	---

II Avledet anke

Ankemotpart	Staten v/Samferdselsdepartementet	Advokat Per Gustav Lilleaasen Advokat Finn Eirik Winther
-------------	--------------------------------------	---

Ankende part	OBRAS Subterraneas S.A	Advokat Esther Lindalen Rohde Garder Advokat Wilfred Rohde Garder Advokatfullmektig Julie Almedal Hellevik
--------------	------------------------	--

---

Saken gjelder sluttoppgjør og krav om erstatning etter heving av entreprisekontrakt.

Statens vegvesen Region Nord (SVV) utlyste våren 2014 anbudskonkurranse for entreprise T02 Sørkjosfjelltunnelen på E-6 i Nordreisa kommune. Entreprise T02 omfattet tilrigging, driving og bergsikring av tunnel (4 585 meter) gjennom Sørkjosfjellet, vann-, frost- og brannsikring og drenering av tunnelen, tunellportaler, bygg for tekniske installasjoner og anleggselektro. I tillegg omfattet entprisen asfaltert veg i tunnelen og 1550 meter asfaltert veg i dagen.

Konkurransen ble gjennomført som åpen anbudskonkurranse etter reglene for offentlige anskaffelser. Det var stilt krav om at tilbyderne hadde nødvendig kompetanse og erfaring, teknisk faglig og organisasjonsmessig. Tildelingskriteriet var «laveste pris».

SVV mottok fire tilbud. Det laveste, som var inngitt av det spanske entreprenørselskapet Obras Subterraneeas S.A. (OSSA), ble valgt. Beslutningen ble meddelt OSSA i brev av 3. juli 2014. Entreprisekontrakten ble signert av partene 28. august 2014.

Kontrakten reguleres av NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med endringer og tilpasninger iht. SVVs spesielle kontraktbestemmelser. Kontraktssummen var kr 415 630 650 ekskl. mva., men slik at endelig avregning skal skje på grunnlag av masseberegning (enhetspriskontrakt).

Iht. kontrakten kunne OSSA igangsette arbeidene så snart «avtale er inngått og garantierklæring og kopi av forsikringsbevis er levert byggherren».

Kontrakten inneholdt følgende bindende tidsfrister:

«Frist for ferdigstilling er: 2017-01-01

*Følgende delfrister gjelder:*

*Teknisk bygg, trekkerør, trekkekummer og kabelbro klargjort for elektro i 63 % sammenhengende lengde fra portal Jubelen profil 7250 – 10150, samt overlevering av samsvarserklæring og dokumentasjon i henhold til prosess 11.35 KE2-E01* 2016-04-01

*Klargjort for elektro i resten av tunnelen og veg i dagen, samt overlevering av samsvarserklæring og dokumentasjon iht. prosess 11.35 KE2-E01* 2016-07-01

*Slitelag* 2017-07-01"

Både ferdigstillelsesfristen og delfristene var dagmulktbelagt, ferdigstillelsesfristen med kr 300 000 per hverdag, hver av delfristene med kr 100 000 per hverdag.

Vegprosjektet omfattet ytterligere to entrepriser, entreprisene T01 og T03. Entreprise T01 gjaldt veg i dagen fra moloen i Sørkjosen til tunellpåhugget i øst (Jubelen), forskjæringer og tunellpåhugg, og var allerede igangsatt med Målseiv Maskin AS som entreprenør da entreprisen T02 ble utlyst. Entreprisen T03 Elektrotekniske installasjoner i tunnelen, som delfristene i entreprisen T02 knyttet seg til, var fortsatt ikke utlyst da SVV hevet kontrakten med OSSA. I kontrakten med SVV var OSSA tillagt ansvar som administrerende sideentreprenør for entreprisen T03.

Oppstartsmøte mellom SVV og OSSA ble avholdt 23. september 2014. OSSA sprengte første salve 20. november 2014. Det skjedde i påhugget på Sørrelva på vestsiden av Sørkjosfjellet. Første salve i påhugget på Jubelen, østsiden av fjellet, ble sprengt 17. desember 2014.

Den 5. januar 2015 ble det, etter innkalling fra SVV, avholdt møte mellom SVV og representanter for OSSA til behandling av spørsmål vedrørende HMS, kvalitet og fremdrift i OSSAs tunellarbeider. Av møtoreferatet fremgår bl.a. følgende vedrørende fremdriften i arbeidene:

*« Pr i dag er det drevet 92,5 meter tunell ved Sørrelva, og 3-4 meter ved Jubelen.*

*OSSA ligger mange uker etter sin egen fremdriftsplan. I følge denne skulle det til nå ha vært drevet nesten 400 meter tunell. Er deres fremdriftsplan realistisk?..»*

Vedrørende kvalitet og HMS ble det i møtoreferatet pekt bl.a. på problemer vedrørende manglende tidligfasthet på og nedfall av sprøytebetong, plassering og gysing av fjellsikringsbolter, navigering av borerigg, manglende levering av MWD-data mv.

Avslutningsvis i referatet fremgår at

*«SVV vil ha en tilbakemelding fra OSSA vedrørende hvilke tiltak som iverksettes. Videre må det fastsettes en testperiode for disse tiltakene. Frist for tilbakemelding: Mandag 19.01.2015.»*

Den fremdriftsplan det er vist til i referatet, er formodentlig OSSAs senest oppdaterte fremdriftsplan på møtetidspunktet, fremdriftsplanen av 9. november 2014, der det var angitt følgende start- og sluttidspunkter for hovedaktivitetene «*driving tunell*» og etterarbeider, i planen benevnt «*øvrige tunellarbeider*»:

<b>Driving tunell</b>	17.11.2014	17.11.2015	300,5dager
Sørelva	17.11.2014	17.11.2015	
Jubelen	29.11.2014	17.11.2015	
<b>Øvrige tunellarbeider</b>	17.11.2015	30.08.2016	236 dager

OSSA overleverte 19. januar 2015 tiltaksplan til SVV slik det var bedt om. Vedlagt planen lå en ny fremdriftsplan datert 15. januar 2015. I denne planen var det angitt følgende start- og sluttidspunkter for hovedaktivitetene «driving tunell» og etterarbeider:

<b>Driving tunell</b>	17.11.2014	27.11.2015	309 dager
Sørelva	17.11.2014	27.11.2015	
Jubelen	29.11.2014	27.11.2015	
<b>Øvrige tunellarbeider</b>	28.11.2015	10.09.2016	236 dager

I brev av 23. januar 2015 fastsatte SVV, som varslet i møtet 5. januar, testperiode frem til 21. februar for de tiltak som OSSA hadde beskrevet i tiltaksplanen. SVV gjorde samtidig oppmerksom på at man anså tiltaksplanen som særdeles ambisiøs og at det ikke ville bli akseptert at den ambisiøse driften brøt med kontraktens bestemmelser om HMS og kvalitet.

Møte til evaluering av testperioden ble avholdt først 9. mars 2015.

I møtereferatet oppsummerte SVV testperioden slik:

*I testperioden registrerte SVV forbedring innenfor HMS. Det var også enkelte forbedringer innenfor kvalitet, men det ble avdekket store mangler med hensyn til innmåling/navigering.*

*Inndriften var i snitt på 32 meter pr uke, ikke 120 meter pr uke slik det var forespeilet fra OSSA. En slik inndrift fremover vil innebære at alle kontraktens frister vil bli betydelig overskredet. Dette vil være totalt uakseptabelt for byggherren. Med dagens fremdrift vil prosjektet totalt bli forsinket med 2- 2,5 år.*

SVV varslet samtidig heving av kontrakten i medhold av NS 8406 punkt 29.1. OSSA fikk frist på tre uker til å rette forholdet. SVV stilte krav om en inndrift på 90 meter per uke i gjennomsnitt, totalt 270 meter i løpet av fristperioden frem til 30. mars 2015, og varslet at kontrakten ville bli hevet dersom OSSA ikke oppfylte kravet. Det ble samtidig presisert at fremdriften ikke «skal ..bryte med kontraktens bestemmelser knyttet til HMS, kvalitet og ytre miljø.»

Den reviderte fremdriftsplan som var fremlagt av OSSA samme dag, omtales slik i møtereferatet:

*«SVV har registrert at OSSA har levert revidert fremdriftsplan i dag, 09.03.2015, der det oppgis en forsinkelse på ca 2 måneder. Før den nye fremdriftsplanen vurderes, vil SVV se en fremdrift på 90 meter per uke i de kommende 3 ukene.»*

SVV varslet heving også i eget brev til OSSA samme dag. I brevet viste SVV til at testperioden som SVV fastsatte i brev av 23. januar 2014, i realiteten hadde vart i fem uker og oppsummerte den slik:

«Framdrift:

*I tiltaksplanen er det lagt til grunn en ukentlig inndrift på 120 meter. Resultatet er en ukentlig inndrift i snitt på 32 meter i testperioden, noe som tilsvarer 25 % av det forutsatte.*

HMS/Ytre miljø:

*Det er registrert bedring på HMS etter at skandinavisktalende assisterende HMS-leder kom på plass. Det leveres fortsatt unormalt lite meldinger om uønskede hendelser (RUH) i forhold til timeforbruk.*

Kvalitet:

*Det har vært bedringer knyttet til sprøytebetong og bolting. Imidlertid er det fortsatt betydelige problemer med navigering av borerigg, da det kun delvis leveres påkrevd dokumentasjon (MWS) for plassering av bolter etc. Avvik rapporteres ikke som forutsatt.»*

Av brevet fremgikk videre at

*«Statens vegvesen anser at det på nåværende tidspunkt er «klart at vesentlig mislighold vil inntre» når det gjelder fremdrift og ferdigstillelse. Grunnlaget for dette er at entreprenør, til tross for endringer og gjennomførte tiltak, ikke har klart å oppnå en fremdrift i nærheten av det som er nødvendig for å gjennomføre prosjektet innenfor de fastsatte frister,..»*

Kravet om en dokumentert ukentlig inndrift på i gjennomsnitt 90 meter per uke frem til 30. mars 2015 ble gjentatt. Ytterligere ble det krevd en «detaljert og realistisk fremdriftsplan og redegjørelse for det etterarbeid som skal gjøres i tunellen etter gjennomslag..».

OSSA bestred at det var grunnlag for å heve kontrakten i brev av 13. og 27. mars 2015 og gjorde i den forbindelse bl.a. gjeldende at forsinkelsene i det alt vesentlige var resultat av forhold som OSSA hadde fått kontroll med og som ikke ville skape problemer i fremtiden. Det ble vist til at OSSA hadde igangsatt omfattende tiltak som allerede hadde ført til forbedringer og i fremtiden ville lede til ytterligere forbedringer med hensyn til inndrift, HMS, kvalitet, utstyr og personell

Det er på det rene at OSSAs inndrift bedret seg i løpet av varslingsfristen (ukene 11-13/2015), men likeledes på det rene at OSSA ikke innfridde kravet om en gjennomsnittlig inndrift på 90 meter per uke. Gjennomsnittlig ukentlig inndrift i varslingsperioden var ca. 55 meter. Det er da ikke tatt hensyn til nisje for teknisk rom som ble drevet i uke 13. OSSA mener at det må tas hensyn til nisjen ved beregning av inndrift i varslingsperioden, og at OSSAs inndrift i uke 13 da var 90 meter. SVV er ikke enig i det.

SVV hevet kontrakten i brev til OSSA av 31. mars 2015. I brevet fastslo SVV at hverken kravet til ukentlig inndrift eller kravene om en detaljert og realistisk fremdriftsplan og redegjørelse for etterarbeidene i tunellen etter gjennomslag var oppfylt. Den reviderte fremdriftsplan som OSSA hadde levert 9. mars 2015, ble kommentert slik i hevingsbrevet:

*«Etter det vi kan se legger denne planen opp til en gjennomsnittlig inndrift på over 90 meter pr. uke på tunneldrivingen. Planen inneholder ikke noen redegjørelse for etterarbeidene som skal utføres i tunnelen etter gjennomslag. Sett opp mot den inndriften OSSA reelt har oppnådd hittil og vår vurdering av avsatt tid til etterarbeider – basert på våre erfaringstall – anser vi at OSSA`s framdriftsplan av 09.03.2015 ikke er realistisk eller gjennomførbar.»*

OSSA bestred i brev samme dag at det var rettslig eller faktisk grunnlag for å heve kontrakten, og varslet krav om erstatning for tap som følge av hevingen.

Etter å ha hevet gjennomførte SVV ny anbudskonkurranse for de arbeider som gjenstod på hevingstidspunktet. Entreprenørselskapet Skanska ble 15. juni 2015 tildelt kontrakten for gjenstående arbeider bl.a. i konkurranse med OSSA. I kontrakten med Skanska ble det fastsatt tilsvarende frister, herunder delfrister, som i kontrakten med OSSA, men ett år frem i tid sammenlignet med OSSAs tidligere frister. Skanska fikk senere tiltransportert entreprise T03 Elektrotekniske installasjoner fra SVV. Samtidig ble delfristene i Skanskas kontrakt opphevet.

OSSA reiste 4. desember 2015 søksmål mot SVV for Nord-Troms tingrett med krav om sluttoppgjør og erstatning. Den påstand som var lagt ned i stevning og tilsvar i motsøksmål, lød slik:

**Hovedkravet:**

1. Statens Vegvesen v/Samferdselsdepartementet plikter å betale et beløp til Obras Subterraneas S.A. fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr. NOK 170 044 883,07 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.
2. Statens Vegvesen v/Samferdselsdepartementet plikter å betale NOK 5.781.072,47 med tillegg av mva til Obras Subterraneas S.A., med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.

3. Statens Vegvesen v/Samferdselsdepartementet plikter å betale NOK 20 406 314,47 med tillegg av mva til Obras Subterraneas S.A., fastsatt etter rettens skjønn, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.
4. Statens Vegvesen v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte til Obras Subterraneas S.A. saksomkostninger med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer, jfr. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.

**Motkravet:**

1. Obras Subterraneas S.A. frifinnes.
2. Statens Vegvesen v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte til Obras Subterraneas S.A. saksomkostninger med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer, jfr. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.

Kravet i post 1 under hovedkravet ble under saksforberedelsen for tingretten økt til kr 358 654 971,80, mens kravet i post 3 ble redusert til kr 19 476 951,78.

SVV tok til motmæle for tingretten, og fremmet også motsøksmål med krav om erstatning. Det ble i tilsvarende stevning i motsøksmål lagt ned slik påstand.:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes for de krav Obras Subterraneas S.A. har fremmet.
2. Obras Subterraneas S.A. dømmes til å tilbakebetale resterende del av utbetalt forskudd stort NOK 37 444 775 ekskl. mva. med tillegg av forsinkelsesrenter fra 10.05.2015 til betaling finner sted, til Staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 uker fra dommens forkynnelse.
3. Obras Subterraneas S.A. dømmes til å erstatte et beløp oppad begrenset til NOK 54 078 884,72 eks. mva., med tillegg av forsinkelsesrenter fra 03.09.2015 til betaling finner sted, til Staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 uker fra dommens forkynnelse.
4. Obras Subterraneas S.A. betaler saksomkostnader til Staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 uker fra dommens forkynnelse.

Kravet i post 3 ble senere endret ved at den øvre begrensning ble redusert til kr 46 910 353 ekskl. mva.

Nord-Troms tingrett avsa 16. januar 2018 dom med slik domsslutning:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes for de krav Obras Subterraneas S.A. har fremmet.
2. Obras Subterraneas S.A. dømmes til å tilbakebetale resterende del av utbetalt forskudd stort 37 444 775,--trettisyvmillionerfirehundreogførtifiretusensyhundre-

ogsyttifemkroner- ekskl. mva. til Staten v/Samferdselsdepartementet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 10.05.2015 til betaling finner sted, innen 2 -to- uker fra dommens forkynnelse.

3. Obras Subterraneas S.A. dømmes til å betale Staten v/Samferdselsdepartementet 41 390 664,- -førtienmillionertrehundreogtittusensekshundreogsekstifirekroner- ekskl. mva., i erstatning med tillegg av forsinkelsesrenter fra 03.09.2015 til betaling finner sted, innen 2 -to- uker fra dommen forkynnelse.
4. Obras Subterraneas S.A. dømmes til å betale Staten v/Samferdselsdepartementet 8.470.972,80 -åttmillionerfirehundreogsyttitusenihundreogsyttitokronerogåttitøre- i saksomkostninger innen 2 -to- uker fra dommens forkynnelse.
5. Obras Subterraneas S.A dekker utgifter til tolk for tingretten med -658.989- sekshundreogfemtiåttusenihundreogåttinikroner- ekskl. mva. etter nærmere faktura fra tingretten.

OSSA har anket dommen til Hålogaland lagmannsrett. SVV har avgitt avledet anke vedrørende domsslutningens post 3, og for øvrig tatt til motmæle for lagmannsretten.

Når det for øvrig gjelder sakens bakgrunn og partenes anførsler for tingretten vises til den påankede dom.

Ankeforhandling ble avholdt i Tromsø i ukene 21-26 /2018. Det ble ført 60 vitner, herunder fem sakkyndige vitner, og dokumentbevis som angitt i rettsboken.

**OSSA** har i hovedsak anført:

Vilkårene for å heve på grunnlag av antesipert vesentlig mislighold etter NS 8406 punkt 29.1 er svært strenge. Det skal særdeles mye til for å fastslå som «*klart at vesentlig mislighold vil inntre*». Vedrørende klarhetskravet og bevisbyrdespørsmål mv. er vist bl.a. til Hagstrøm «Obligasjonsrett» side 612-613, Kolrud m.fl. «Kommentar til NS 3430» side 331 og Arvesen m.fl. «NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt» med kommentarer side 475.

Vilkårene for å konstatere «*vesentlig forsinkelse*» er også strenge. I alminnelighet vil det ikke foreligge vesentlig forsinkelse så lenge man er innenfor kontraktens dagmulktgrenser, jf. Marthinussen m.fl. «NS 8405 med kommentarer» side 476 og LH-2015-77899. Selv om man er utenfor disse grenser, gir det ikke nødvendigvis byggherren hevingsrett, jf. Hagstrøm, Bruserud «Entrepriserett» side 358.

Ved vurdering av om hevingsvilkåret er innfridd, må det tas i betraktning om byggherren kommer i en bedre situasjon ved å heve.



Det bestrides at det var klart at vesentlig mislighold ville inntre. Vilkårene for å heve kontrakten var følgelig ikke oppfylt.

Den fremdriftsplan som var vedlagt OSSAs tilbud (tilbudsplanen), synliggjorde OSSAs forutsetninger for tilbudet og er del av kontrakten med prioritet foran bl.a. konkurransegrunnlaget og kontraktens angivelse av tidsfrister, jf. NS 8406 punkt 4. Av tilbudsplanen fremgikk at OSSA i sin planlegging av arbeidene la til grunn at det ville ta tid å komme i gang i et for OSSA nytt land. Første sprengning var ikke planlagt før i januar 2015. SVV så ikke engang på tilbudsplanen slik Gudmund Løvli har forklart.

OSSA erkjenner å ha hatt oppstartsproblemer og at inndriften ikke var tilfredsstillende innledningsvis. Inndriften økte imidlertid markant de de siste ukene før heving, og det var grunn til å forvente ytterligere økning. OSSA hadde overvunnet mange av problemene fra oppstartsfasen og iverksatt tiltak som ville styrke gjennomføringsevnen ytterligere. Den sist ankomne gruppen av skandinaviske arbeidere var fortsatt i innlæringsfasen, og det var bestilt ny borerigg og sprøytebetongrigg.

OSSAs reviderte fremdriftsplan av 9. mars 2015, som i liten grad avvek fra tilbudsplanen og tidligere fremdriftsplaner som SVV hadde godtatt, viste at det ikke ville oppstå vesentlige forsinkelser. SVV hevet imidlertid kontrakten uten å ha vurdert planen, uten å ta hensyn til at OSSAs inndrift på hevingstidspunktet var ca. 90 meter per uke og fortsatt økende, og uten å vise til konkrete beregninger mht. omfanget av den antesiperte forsinkelsen. I hevingsvarselet la SVV til grunn en inndrift på 32 meter per uke ved beregning av forsinkelsen, dvs. en langt lavere inndrift enn bevisførselen har vist at OSSA ville hatt i fortsettelsen.

Det bestrides for øvrig at OSSAs problemer innledningsvis i inndriftsfasen ga grunnlag for slutninger med hensyn til fremdriften i de senere etterarbeider slik SVV la til grunn

SVVs forståelse av kontraktens delfrister, hvoretter alle etterarbeider skulle være ferdig innen delfrist 1 (i 63 % av tunellen) og delfrist 2 (i resterende 37 % av tunellen), strider mot kontraktens ordlyd som forutsatte ferdigstilling innen 1. januar 2017. Det var ikke avtalt delovertakelse. OSSA og el-entreprenøren hadde derfor tilgang til tunellen frem til ferdigstillingsfristen.

Det som skulle være ferdig innen delfristene, var kun det som fremgikk av kontraktens ordlyd; trekkerør, trekkekummer og tekniske rom klargjort for elektro og samsvarserklæring for disse arbeidene. Annet arbeid kunne OSSA uhindret av kontraktens bestemmelser utføre etter delfristene og parallelt med elektro. At OSSA i kontrakten var tillagt oppgaven å samordne arbeidene under T02 og T03 viser at det skulle arbeides parallelt.

Vedrørende SVVs henvisning til kontraktens krav om samsvarserklæring er vist til at slike erklæringer kan utstedes for de enkelte arbeider etter hvert som de er utført; det er intet som tilsier at alt arbeid innenfor anleggselektro må være ferdig før det utstedes samsvarserklæring for arbeider som faktisk er utført.

Det er ikke påvist noe reelt behov for å hindre at arbeider under entreprise T02 ble utført parallelt med T03. Bl.a. kunne vann- og frostsikring, som hørte til entreprise T02, utføres parallelt med T03. At Skanska, etter å ha fått tiltransportert T03 og fått delfristene opphevet, oppnådde en tidsbesparelse på minst 6 måneder, viser at det var mulig å utføre deler av etterarbeidene i T02 parallelt med elektroelektroentreprenørens arbeider og på den måten redusere samlet produksjonstid.

Subsidiært er anført at kontraktens ordlyd vedrørende delfristene er uklar, og at det er SVVs risiko.

Dersom retten skulle fortolke delfristene slik SVV gjør det, foreligger det brudd på byggherrens plikt til å sette av tilstrekkelig tid til de ulike arbeidsoppgaver i prosjektet.

SVV s beslutning om å heve kontrakten bygde på uriktige faktiske forutsetninger mht. varigheten av etterarbeidene. For det første bygde SVV på egne erfaringstall mht. varigheten av etterarbeider; erfaringstall fra prosjekter som på vesentlige punkter var forskjellige fra Sørkjosen-prosjektet. Det er uansett ikke rettslig adgang til å benytte egne erfaringstall fra drift under normale driftsforhold ved heving på grunnlag av antasert mislighold. Erfaringstall fra normale driftsforhold gir ikke svar på hvilken fremdrift som kan påregnes når en entreprenør får «*kniven på strupen*» mht. dagmulkt/heving, og vil aldri være tilstrekkelig som grunnlag for en heving. Det må tas høyde for at nye metoder, endret utførelse og tilførsel av ytterligere ressurser mv. kan lede til vesentlig høyere fremdrift enn erfaringstallene tilsier.

SVVs erfaringstall kan uansett ikke benyttes når det som her, ved Skanskas plan, påvises at arbeidene kan gjennomføres raskere enn erfaringstallene tilsier. Faktum er at med slik fremdrift i etterarbeidene som det SVV nå legger til grunn, ville det vært umulig å nå delfristene med den inndrift OSSA la til grunn i tilbudsplanen.

Om retten skulle være enig med SVV i at det kan bygges på erfaringstall, må det i tilfelle legges inn robuste forutsetninger.

Ytterligere er vist til at SVVs vurdering av fremdriften i OSSAs etterarbeider bygger på det man mener å ha erfart i inndriftsfasen. Også det er en faktisk feil.

Det antesiperte vesentlige mislighold, slik det er beskrevet i varselet, gjaldt fremdrift. Det samme gjorde de krav som ble stilt i varselet. I hevingserklæringen er det likeledes antesipert vesentlig forsinkelse det er vist til. Retten kan derfor ikke legge vekt på HMS-forhold eller kvalitet ved vurdering av hevingsspørsmålet. De fleste anførselene fra SVVs side vedrørende kvalitet, baserer seg for øvrig på kunnskap ervervet etter hevingen, og må også av den grunn ses bort fra ved vurdering av hevingsspørsmålet, jf. LH-2015-77899.

Lagmannsretten skal bare vurdere det hevingsgrunnlag som ble påberopt i hevingsvarselet, antesipert forsinkelse, jf. i den forbindelse LH-2015-47254, LH-2014-139064, LB-2017-1178 og Hagstrøm «Obligasjonsrett» side 464.

For det tilfelle at rettens skulle legge til grunn at kvalitet og HMS var del av det påberopte hevingsgrunnlag, kan det likevel ikke legges vekt på forhold som SVV var ukjent med på hevingstidspunktet. Det bestrides for øvrig at det forelå avvik i det omfang som anføres. Flere av de kvalitetsavvik som er påberopt, skyldes at OSSA ble kastet ut av et prosjekt midt under produksjonen og kan følgelig ikke betegnes som mangler. OSSA har heller ikke hatt mulighet til å kontrollere alle de påståtte mangler.

I den utstrekning det er tale om mangler som er oppdaget etter heving av kontrakten, er det uansett tale om ordinære mangler uten betydning for hevingsvurderingen som det må reklameres på etter kontraktens regler. Det er i tilfelle reklamert for sent, og eventuelle krav er prekludert. Det forhold at manglene ikke ble oppdaget før syv måneder etter heving, enkelte like før hovedforhandling i tingretten, bidrar for øvrig til å skape tvil rundt berettigelsen av mangelsinnsigelsene.

Generelt gjelder at entreprenøren må gis en reell mulighet for å rette forholdet før det heves. De krav byggherren setter i hevingsvarselet, må knytte seg til det hevingsgrunnlag som påberopes, i dette tilfellet forsinkelse. Kravene må være mulige å oppfylle for entreprenøren, og de må være egnet til å rette det forhold som påberopes som hevingsgrunnlag. De krav SVV stilte, tilfredsstilte ikke disse kravene. Fristen for å rette var urimelig kort, og kravene var urealistiske og derfor også urettmessige slik situasjonen var på varslingsstidspunktet.

Det var umulig for OSSA å øke inndriften så raskt som nødvendig for å oppfylle kravet om inndrift på 90 meter per uke i gjennomsnitt i varslingsperioden. Det visste SVV. Kravet var heller ikke egnet til å rette forholdet. Tvert om skapte kravet en uholdbar situasjon for OSSA, ved at det ble fokusert på kortsiktig inndrift i stedet for gode, langsiktige løsninger. Heller ikke kravene om en realistisk fremdriftsplan og redegjørelse for etterarbeidene var egnet til å rette forholdet.

Bevisførselen har vist at SVV allerede i januar 2015 hadde bestemt seg for å heve kontrakten med OSSA. SVV evnet ikke eller ville ikke endre sin oppfatning til tross for at OSSAs inndrift stadig bedret seg. Fremlagte møtereferater må leses med dette for øye.

Dersom lagmannsretten skulle komme til at OSSA ville blitt vesentlig forsinket, eller det forelå vesentlige mangler, må det vurderes om SVV hadde medvirket til dette på en måte som gjør at kontrakten likevel ikke kan heves.

SVV forsømte sine plikter som byggherre, blant annet plikten til samhandling med og oppfølging av OSSA, og opptrådte i strid med den generelle lojalitetsplikt i kontraktsforhold. SVVs byggherreorganisasjon manglet evne og vilje til å samarbeide med og håndtere kontraktsforholdet til OSSA. I kontrakten var det stilt krav om samhandlingsprosess mellom partene, herunder en rekke minimumskrav til prosessen. I SVVs egen håndbok V860, som er en veiledning i samhandlingsprosess, understrekes viktigheten av prosessen. Det samme gjorde flere av vitnene, bl.a. vitnet Georg Djuvsland, tidligere ansatt i Atlas Copco, som i sin forklaring understreket at SVV burde hatt en bedre gjennomgang med OSSA før arbeidene ble igangsatt. I realiteten ble det ikke gjennomført noen samhandlingsprosess. Det ble avholdt to møter; det første møtet så kaotisk at det ikke ble ført referat, og så ett møte til.

Etter kontrakten skulle formell kommunikasjon skje på norsk. Det var videre et krav at en person på hvert arbeidslag skulle kunne gjøre seg forstått på norsk. Ved å godta OSSAs tilbud, godtok imidlertid SVV at nøkkelpersoner hos OSSA ikke snakket norsk slik tilbudet viste.

OSSA forholdt seg lojalt til språkkravet, mens SVV nektet å snakke annet enn norsk, og krevde, i strid med kontraktens bestemmelser og lojalitetsplikten i avtaleforhold, at all kommunikasjon skulle skje på norsk. Samtidig fratok SVV OSSA muligheten for å benytte tolketjenester i møtene med SVV.

SVV brøt også byggherreforskriften. Byggeleder/anleggsleder Olaussens erkjente i sin forklaring at byggherrens SHA-plan tilkom ved å klippe og lime fra en annen plan. Det ble følgelig ikke foretatt en slik konkret og spesifikk vurdering/risikoanalyse av prosjektet som kreves for at planen skal kunne fungere som et styringsdokument for prosjektet, jf. Gullhaug, Sangholt «Byggherreforskriften med kommentar.» side 79.

SVVs svikt som byggherre hadde stor betydning for de utfordringer OSSA opplevde i startfasen. Om SVV hadde vist større vilje til samarbeid, ville det bidratt til å redusere de utfordringer OSSA opplevde innledningsvis, og påvirket byggeprosjektet positivt fremover.

SVV var lite innstilt på å samarbeide om løsninger på problemer som oppstod. Til sammenligning ble vist til Oslo kommunes opptreden da det oppstod problemer med fremdriften i OSSAs arbeider på UBRA-prosjektet i Oslo. Problemene ledet til at Oslo kommune utstedte hevingsvarsel. Oslo kommune, i sterk kontrast til SVV i denne saken, var imidlertid innstilt på et samarbeid med OSSA om å løse problemene. Sammen utarbeidet OSSA og Oslo kommune en handlingsplan, og etter tre måneder var kunden fornøyd. Prosjektet er nå ferdigstilt.

OSSA er en betydelig spansk entreprenør, spesialist på tunellarbeider og har omfattende erfaring fra kompliserte prosjekter i mange land i flere verdensdeler. OSSA har i praksis vist at selskaper evner å gjennomføre svært komplekse prosjekter. Selskapet viste også evne til å tilpasse seg norske forhold, likeledes evne og vilje til kontraktsmessig utførelse, ved gjennomføring av UBRA-prosjektet i Oslo parallelt med arbeidene i Sørkjosen.

OSSA hadde utvilsomt evne til å gjennomføre entreprisen slik også SVV la til grunn ved valget av OSSA som entreprenør. OSSA hadde også den nødvendige vilje til å gjennomføre entreprisen. Selskapet satte iverk omfattende tiltak ved tiltaksplanen av 19. januar 2015, byttet ut mannskaper i tråd med byggherrens ønsker og kjøpte inn/gjorde avtaler om kjøp av utstyr som ville styrke gjennomføringsevnen. Selskapet gjorde alt det kunne for å unngå heving.

Retten til heving og vesentlighetsvurderingen må ses i sammenheng med hva SVV kunne oppnå med hevingen. Ved vurderingen av om vilkårene for å heve kontrakten var oppfylt, må det tas i betraktning om byggherren måtte antas å komme i en bedre situasjon ved å heve.

Situasjonen i denne saken er at OSSA uansett ville kunnet levere raskere og rimeligere enn Skanska. Det ville derfor vært mer hensiktsmessig for SVV ikke å heve og la OSSA fortsette arbeidene. Det var også av den grunn ikke grunnlag for heving av kontrakten.

Bevisførselen gir ikke grunnlag for å hevde at OSSAs utstyr ville forsinket fremdriften eller at OSSAs mannskaper ville hindret den planlagte fremdrift. Om SVV likevel hadde ment at utstyret var så dårlig som det det nå gis uttrykk for, skulle SVV ha sagt fra til OSSA. Det gjorde SVV ikke. Det fremkom ingen innvendinger til OSSAs utstyr fra SVVs side før hevingen.

Kontraktens frist for slitelag var satt til 1. juli 2017. SVV kunne følgelig ikke ha noen berettiget forventning om å få tilgang til tunellen før dette tidspunkt.. Heving av kontrakten kunne derfor ikke skje hvis det ikke var klart av OSSA vesentlige ville overskride denne sluttfristen.

OSSA har krav på sluttoppgjør for utførte arbeider, og krever i tillegg erstattet alle direkte og indirekte økonomiske tap som følge av den uberettigede hevingen.

Vedrørende kravene fra SVV er anført:

OSSA bestrider forsettlig eller grovt uaktsomme avtalebrudd.

SVVs krav knyttet til mangler, herunder retting, bestrides under henvisning til reklamasjonsreglene i NS 8406 punkt 27.5 flg. Kravene er heller ikke tilstrekkelig dokumentert.

SVV kan bare kreve erstattet nødvendige merkostnader, jf. NS 8405 og alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Ved å avholde ny anbudskonkurranse tapte SVV tid og penger sammenlignet med det som ville vært situasjonen om OSSA hadde fått anledning til å fortsette. Kommer retten til at SVV var berettiget til å heve, kan det da likevel ikke kreves erstatning for kostnader som ville vært unngått om SVV hadde fått fortsette.

Subsidiært er for flere av kravene anført at de ikke er dekningsmessige etter reglene for hevingsoppgjør og derfor ikke kan tas til følge.

oo0oo

Lagmannsretten kommer i den grad det finnes nødvendig tilbake til OSSAs nærmere anførsler vedrørende de enkelte poster i OSSAs krav mot SVV og SVVs krav mot OSSA.

Det er lagt ned slik påstand:

Hovedkravet.

1. Statens Vegvesen v/ Samferdselsdepartementet plikter å betale et beløp til Obras Subterraneas S.A. fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr. NOK 18.613.973,24 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.
2. Statens Vegvesen v/ Samferdselsdepartementet plikter å betale NOK 5.781.072,47 med tillegg av mva til Obras Subterraneas S.A., med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.
3. Statens Vegvesen v/ Samferdselsdepartementet plikter å betale NOK 19.476.951,78 med tillegg av mva til Obras Subterraneas S.A., fastsatt etter rettens skjønn, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.

4. Statens vegvesen v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte til Obras Subterraneas S.A. saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer, jfr. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.
5. Statens vegvesen v/Samferdselsdepartementet dømmes til å dekke utgifter til tolker for tingretten og lagmannsretten med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer, jfr. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.

Motkravet.

1. Obras Subterraneas S.A. frifinnes.
2. Statens vegvesen v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte til Obras Subterraneas S.A. saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer, jfr. forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.

**SVV** har i hovedsak anført:

SVV er enig i tingrettens bevisvurdering og i det alt vesentlige også dens rettsanvendelse.

Det var på hevingstidspunktet klart at vesentlig mislighold ville inntre om kontrakten ikke ble hevet, jf. NS 8406 punkt 29.1. Misligholdet ville bestå i vesentlige overskridelser av kontraktens delfrister og for sluttfristen.

HMS-forhold og kvaliteten på OSSAs arbeider, bl.a. mht. sprøytebetong, gysing av bolter og levering av MWD-data, var del av det varslede hevingsgrunnlag. At OSSA oppfattet det fremgår bl.a. av OSSAs brev av 27. mars 2015. Disse manglene er uansett av betydning ved vurdering av hevingsspørsmålet. Kvalitetsmangler og derav følgende rettingsarbeider leder til forsinkelser, tidvis også til stans i arbeidene og påvirker derved fremdriften. Illustrerende for så vidt er at Skanska, etter å ha overtatt entreprisen, måtte bruke 6,33 uker på kritisk linje for å rette opp mangler ved OSSAs arbeider, herunder mangler ved bolting, sprøytebetong, strossing og MWD-data, før selskapet kunne starte inndriftsarbeidene. Enhver usikkerhet mht. kvaliteten på OSSAs arbeider ville bidratt til forsinkelser. På samme måten ville mangelfulle HMS-forhold kunne forsinket fremdriften, eksempelvis som følge av at arbeider måtte stanses.

På hevingstidspunktet hadde OSSA drevet 513 meter tunell mot 1864 meter som planlagt i fremdriftsplanen fra oktober 2014. OSSA hadde da brukt ca. 27 % av tiden fra faktisk oppstart til 1. delfrist og 23 % av tiden til 2. delfrist, men kun utført ca. 5 % av kontraktarbeidene. Siste uken før heving var inndriften på 57,4 meter, riktignok uten at

syklus var ferdigstilt. Det var det beste resultatet OSSA oppnådde under drivingen av tunellen. Inndriften var reelt sett lavere enn disse 57,4 meter. Syklus var ikke fullført, det var sprengt en meter for grunt i nisjen og all bolting måtte gjøres på nytt. Av betydning er også at OSSA hadde drevet med ulovlig arbeidstid. Det må korrigeres for disse forhold ved vurderingen av hvilken inndrift OSSA ville kunnet oppnå i fortsettelsen, med fullførte sykluser, kontraktmessig kvalitet og lovlig arbeidstid. Av kontrollingeniørenes dagbok fremgår for øvrig at OSSA 30. mars 2015 brukte 23 timer på en salvesyklus på Jubelen. Et slikt tempo i fortsettelsen, justert for ulovlig arbeidstid, ville gitt en inndrift på om lag 40 meter i uken, dvs. en inndrift tilsvarende det professor Amund Bruland fant mest sannsynlig.

Sprenging av nisje skal ikke tillegges ved beregning av inndriften i varslingsperioden, slik OSSA gjør. Slik utfordringer ville OSSA møtt jevnlig innover i tunellen; i gjennomsnitt en slik utfordring for hver strekning på 269 meter. Nisjene kan for øvrig drives ved vekseldrift. Tidstapet er derfor begrenset, jf. bl.a. forklaringene fra vitnene Gildestad og Bruland, jf. også NTNUs «Prosjektrapport anleggsdrift 2F-99».

At OSSA i fortsettelsen ville ha måttet drive på synk fra Sørrelva-siden er i seg selv av betydning ved vurderingen av den inndrift som kunne påregnes ved OSSAs fortsatte drift. At OSSA manglet utstyr for å drive på synk og i tillegg manglet trafo til forsyning av strøm til sine maskiner videre innover i tunellen, er selvsagt også av betydning for denne vurdering.

Professor Bruland, som sakkyndig vitne for lagmannsretten, anså – på vitenskapelig grunnlag – en drivetid for OSSA på mindre enn 70 uker og derved en overskridelse av planlagt drivetid iht. oktober-planen på mindre enn 40 % som helt usannsynlig. Ifølge Bruland ville OSSA mest sannsynlig overskredet planlagt drivetid med 60-80 %, dvs. hatt en drivetid på mellom 81,5 og 96 uker.

Årsakene til fremdriftssvikten lå innenfor OSSAs risikofære. Det var undervegs i byggeprosjektet ingen anførsler om byggeherreforhold av betydning for fremdriften. Det er heller ikke påvist feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget eller kritikkverdige forhold fra byggherrens side for øvrig som kan forklare den manglende fremdrift i OSSAs arbeider. I sin kritikk av samhandlingsprosessen overså OSSA samhandlingsmøte nr. 2 og oppstartsmøtet. Til OSSAs anførsler vedrørende SVVs holdning til kommunikasjon på annet enn norsk er bl.a. vist til at en rekke av de vitner fra OSSA som behersket engelsk, har forklart at de kommuniserte med byggherrens representanter på engelsk.

Den frist på tre uker for retting som var satt i hevingsvarselet, var utvilsomt rimelig. Fristen må ses i lys av tidligere varsler, jf. Kolrud m.fl. «NS 8405 Kommentarutgave» side 495. I realiteten fikk OSSA en frist på 8-10 uker til å rette forholdet. Fristen må for øvrig vurderes i lys av de krav som ble stilt i hevingsvarselet. Kravet om en inndrift på 90 meter i uken, uten at det gikk på bekostning av HMS, ytre miljø og kvalitet, var rimelig, jf. vitnet Bruland, jf. også OSSAs sakkyndige vitne Steinar Roald som la til grunn at OSSA allerede



uken etter varslingsfristens utløp ville hatt en inndrift på 95,5 meter. Kravet var egnet til å begrense forsinkelsene ytterligere. Det samme gjelder kravene om en detaljert og realistisk fremdriftsplan og en redegjørelse for etterarbeidene. Rimeligheten av kravene må for øvrig vurderes i lys av hva som må kunne forventes av en normalt dyktig entreprenør som hadde påtatt seg å utføre entreprisen, og på varslingstidspunktet hadde drevet tunellen i 15 uker. OSSA protesterte heller ikke på kravene før ved brev fredag 27. mars 2015 kl. 22.13. På det tidspunkt var det klart at OSSA ikke ville makte å oppfylle de krav som var stilt.

Ingen av de krav SVV stilte i hevingsvarselet, ble oppfylt. Inndriften var langt lavere enn de 90 meter per uke som var krevd, OSSA fremla ingen ny, realistisk fremdriftsplan og det ble ikke gitt noen redegjørelse for etterarbeidene. OSSA oppfylte heller ikke vilkåret om at driften i varslingsperioden ikke skulle gå på bekostning av HMS og kvalitet. Tvert om inntraff det flere alvorlige hendelser i denne perioden, og flere av vitnene har forklart at de fryktet at det ville skje alvorlige ulykker. Arbeidet med gysingen av bolter gikk ikke bedre, snarere tvert om, og problemet med levering av MWD-data forble uløst. Selv OSSAs nestleder i Norge, Arne Rafdal, ga uttrykk for manglende tro på OSSAs planer og sa opp sin stilling i selskapet.

Det er et åpent spørsmål om OSSA hadde noen plan for etterarbeidene overhodet, og det var uansett god grunn for SVV til å be om en slik plan.

OSSA var ukjent med vann- og frostsikring og manglet forståelse for rekkefølgen i etterarbeidene. Selskapets planer for etterarbeidene, slik de er presentert for retten, var dels umulige og dels svært uhensiktsmessige. Til illustrasjon er vist bl.a. til planer om å legge trekkerør for elektro før vann- og frostsikring og støpe jersey (kantstein) etter vann- og frostsikring. I den utstrekning det overhodet skulle være mulig å utføre arbeidene i slik rekkefølge, ville det føre til betydelig tidstap.

Sivilingeniør Jan Lima i Hæhre Entreprenør AS, som sakkyndig vitne for SVV, har i plan utarbeidet i anledning saken, konkludert med at Hæhre Entreprenør AS, om selskapet skulle utført disse etterarbeidene, ville brukt 8-9 måneder fra tunellgjennomslag til klargjøring for elektro i 63 % av tunellen (delfrist I) og ytterligere om lag en måned til klargjøring for elektro i resten av tunellen (delfrist II). At OSSA ville maktet å gjennomføre etterarbeidene i samme tempo som Hæhre AS under ledelse av Lima, som er blant de beste i landet til slike arbeider, er helt usannsynlig.

Limas vurdering var at forholdet mellom tidsbruk til inndrift og etterarbeid i Sørkjostunellen burde ligge rundt 50/50, kanskje noe mer til inndrift enn til etterarbeider. Anslaget stemmer godt med den tilbudsplan NCC fremla. Lima ga for øvrig uttrykk for at bunnrensk nok ville tatt noe lenger tid enn lagt til grunn i den plan han har utarbeidet.

Dersom OSSA hadde maktet å avslutte inndriften 5. februar 2016 som lagt til grunn i planen av 9. mars 2015, og hadde leid inn Hæhre Entreprenør AS til etterarbeidene ville

OSSA overskredet delfrist 1 med minst 8 måneder, delfrist 2 med minst 9 måneder og forsinket åpningen av tunellen med minst 9 måneder. OSSAs 9. mars-plan var for øvrig umulig å gjennomføre; den forutsatte bl.a. en rekke tverrslag. For øvrig var OSSA allerede på hevingstidspunktet forsinket med to uker i forholdet til planen av 9. mars. I tillegg kommer latent forsinkelse knyttet til oppretting av tidligere mangelfullt utført arbeid. For Skanska medgikk det 6,33 uker til opprettingen.

OSSA har ikke kunnet redegjøre for hvordan det var mulig å redusere antall dager til etterarbeider i den grad selskapet gjorde i planen av 9. mars sammenlignet med de tidligere planene. Vitnene Oxholm og Gildestad ga begge uttrykk for at OSSAs plan ikke var gjennomførbar.

OSSA var vesentlig forsinket i inndriften og det er ingen holdepunkter for at selskapet ville ta igjen noe av det tapte mht. inndrift. Tar man utgangspunkt i Brulands ulike scenarier for inndrift, ville forsinkelsene i forhold til kontraktens tidsfrister blitt som følger:

- om man legger til grunn den ifølge Bruland mest sannsynlige inndriftstid og SVVs erfaringstall for etterarbeider: 713 kalenderdager i forhold til sluttfrist og hhv. 547 og 695 dagmulktbelagte dager i forhold til delfrist I og II,
- om man legger til grunn Brulands «forventet inndrift» og 75 meter i uken til etterarbeider: 428 kalenderdager i forhold til sluttfrist og hhv. 458,4 og 526 kalenderdager i forhold til delfrist I og II,
- om man legger til grunn Brulands «maks. forventet inndrift» og 51 uker til etterarbeidene (fire uker mer enn Lima, tre uker mer enn Roald): 257 kalenderdager i forhold til sluttfrist og hhv. 314 og 355 kalenderdager i forhold til delfrist I og II
- om man legger til grunn Brulands «mest sannsynlig» og Limas anslag for etterarbeider i regi av Hæhre; 18 måneder i forhold til delfrist I og mer enn 17 måneder i forhold til delfrist II
- om man legger til grunn Brulands «maks forventet inndrift» og Limas anslag for etterarbeider i regi av Hæhre; ett år forsinket i forhold til delfrist I og 10 måneder i forhold til delfrist II.
- om man legger til grunn Brulands «trend», som er helt usannsynlig, og Limas anslag for etterarbeider i regi av Hæhre: minst 3 måneder i forhold til ferdigstillelsesfristen, hhv. 9 og nær 8 måneder i forhold til delfrist I og II.

Dagmulktsgrensen er ikke uten videre en terskel for når det kan heves på grunnlag av forsinkelse. Det gjelder bl.a. i tilfeller som her hvor overskridelse av delfrister vil kunne forsinke sideentreprenører, jf. bl.a. Arvesen mfl «NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt» side 471 og 472, Kolrud mfl. «NS 8405 Kommentarutgave» side 490. Det er uansett klart at dagmulktsgrensen ville blitt passert i dette tilfellet.

Det er ikke et vilkår for heving på grunnlag av antesipert mislighold at byggherren kommer i en bedre situasjon ved å heve. Et slikt vilkår kan ikke utledes av bestemmelsen, og gode

grunner taler mot en slik forståelse. SVV hadde ikke lenger tillit til OSSA på hevingstidspunktet og kunne ikke tilpliktes å fortsette samarbeidet med selskapet. OSSA ville forøvrig uansett ikke maktet å levere like raskt som Skanska (før jul i 2017).

I lys av den sviktende fremdrift i OSSAs arbeider i forhold til fremdriftsplanene frem til hevingstidspunktet er det naturlig at bevisbyrden snus ved at OSSA pålegges å sannsynliggjøre at fremtidig fremdrift, sett fra hevingstidspunktet, ville blitt vesentlig raskere enn den hadde vært til da, jf. Kolrud «NS 8405 Kommentirutgave» side 490. Slik økt fremdrift er ikke sannsynliggjort. Det er ikke sannsynliggjort at OSSA ville maktet raskere inndrift enn snittet for de siste fire ukene før heving, dvs. 24,75 meter per uke per stoff, heller ikke at OSSA ville nådd kontraktens frister.

OSSA må også ha bevisbyrden for at selskapet ville maktet å gjennomføre etterarbeidene raskere enn snittet for Alta-Vest, 49,7 meter per uke, der arbeidene ble utført av en islandsk entreprenør med erfaring fra vann- og frostsikring. OSSA har imidlertid ikke tilbudt noen erfaringstall for å kaste lys over egne evner mht. gjennomføring av etterarbeider, og har ikke forklart hvordan og i hvilken rekkefølge etterarbeidene skal gjennomføres. OSSAs Pablo Pacio Ferrero, som redegjorde for etterarbeidene i sin forklaring for lagmannsretten, hadde åpenbart ikke forstått kompleksiteten i arbeidene. Han løsrev seg i sin forklaring fra 9. mars- planen og «flyttet» bunnrensk-teamet inn og ut av tunnelen avhengig av hvilke andre aktiviteter som pågikk. Med hans opplegg ville etterarbeidene tatt 505 dager med ulovlig og 702 dager med lovlig arbeidstid.

OSSAs sakkyndige vitne, Steinar Roald, så bort fra sitt mandat og vurderte i stedet hva en velorganisert drift med moderne utstyr og kompetente mannskaper ville kunnet klare. Roald er ingen fagmann på inndrift i tunell. Han opptrådte hverken objektivt eller faglig orientert i rollen som sakkyndig vitne, og uttalte seg om OSSAs ressurser uten å vite hvilke ressurser selskapet faktisk hadde. Han la i stedet til grunn at OSSA ville kunne skaffe andre maskiner i markedet, og la til grunn velorganisert drift uten å være i stand til å peke på et eneste forhold egnet til å underbygge forutsetningen.

UBRA-prosjektet for Oslo kommune, som det er vist til fra OSSAs side, som ledd i bevisføringen rundt selskapets gjennomføringsevne, var ingen suksesshistorie.

SVV har, slik tingretten kom til, krav på tilbakebetaling av forskudd stort kr 37 444 775 med tillegg av forsinkelsesrenter fra en måned etter at kravet ble fremsatt, dvs. fra 10. mai 2015, jf. tingrettens domsslutning punkt 2.

I tillegg har SVV krav på erstatning som, etter fradrag for OSSAs krav på sluttoppgjør for utførte arbeider, beløper seg til kr 51 870 020. Erstatningskravet gjelder kostnadene ved dekningskontrahering, kostnader ved oppretting av mangelfullt utførte arbeider, prisstigning på elektroentreprisen og utgifter til kontroll av OSSAs arbeider.

Lagmannsretten kommer i nødvendig utstrekning tilbake til SVVs nærmere argumentasjon knyttet til enkeltposter i oppgjøret.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes. (Pkt. 1, 2, 4 og 5 i tingrettens domsslutning opprettholdes.)
2. I pkt. 3 i tingrettens domsslutning gjøres følgende endring:

Obras Subterraneas S.A. dømmes til å betale et beløp oppad begrenset til NOK 51 870 020 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 03.09.2015 til betaling finner sted, til Staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 uker fra dommens forkynnelse. Beløpet inkluderer merverdiavgift.

3. Obras Subterraneas S.A. betaler sakskostnader for lagmannsretten til Staten v/Samferdselsdepartementet innen 2 uker fra dommens forkynnelse.
4. Obras Subterraneas S.A. dekker utgifter til tolk for lagmannsretten.

**Lagmannsretten** bemerker:

Av NS 8406 punkt 29.1 første ledd følger at en part kan heve kontrakten dersom den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser, eller «..dersom det er klart at vesentlig mislighold vil inntre.»

Hevingsrett på grunnlag av antesipert mislighold er betinget av meget høy grad av sannsynlighet, basert på den informasjon som er tilgjengelig på hevingstidspunktet, for at vesentlig mislighold vil inntre; «en til visshet grensende sannsynlighet» som formulert i Hagstrøm «Obligasjonsrett» 2. utgave side 612 og Nordtvedt m.fl. «NS 8407 Kommentarutgave» side 680, «sikkert» som formulert av Kolrud m. fl. i «NS 8405 Kommentarutgave» side 331.

Av NS 8406 punkt 29.1 annet ledd følger at før heving kan iverksettes, skal den part som ønsker å heve, ha gitt den andre parten en rimelig frist for å rette forholdet, med varsel om heving om så ikke skjer.

Hevingsvarselet setter rammen for de forhold som er relevante ved vurderingen av om det foreligger hevingsgrunn, jf. i den forbindelse Arvesen m.fl. «NS 8406 med kommentarer» side 476 der følgende uttales vedrørende varslingsbestemmelsen:

«Den part som sender varselet må angi hvilke forhold som påberopes og som kreves rettet. Videre skal det fremgå at den annen part skal gis en rimelig frist til å rette disse

*forholdene. Endelig skal det fremgå av varselet at dersom dette ikke gjøres, er følgen at kontrakten vil bli hevet.*

*Det innebærer at det må konkretiseres hvilket mislighold som påberopes. Er det forsinkelse som påberopes, må det fremgå. Er det forsinkelse, må det fremgå. Dersom det er flere forhold man påberoper seg, må samtlige tas med i varselet, Følgen av å unnlate å ta med alle forhold, er at de utelatte forhold ikke vil bli tatt med i vurderingen av om misligholdet er vesentlig som en domstol i siste instans må foreta.»*

Det er følgelig naturlig først å ta stilling til spørsmålet om hvilket eller hvilke forhold som ble påberopt som hevingsgrunnlag.

#### Hevingsgrunnlaget.

SVV varslet heving av kontrakten i møte med OSSA 9. mars 2015. Den hevingsgrunn som ble påberopt, slik lagmannsretten forstår møtereferatet, var antasipert vesentlig mislighold ved forsinket fremdrift. Det vises til referatets side 2 der det, under overskriften «*Resultat av byggherrens evaluering*», uttales: «*SVV har grunn til å anta at vesentlig mislighold vil inntre på grunn av dårlig fremdrift.*» Det rettingskrav som ble stilt – kravet om inndrift på 90 meter i uken, totalt 270 meter i løpet av varslingsperioden – var direkte knyttet til fremdriften og støtter opp om lagmannsrettens forståelse.

Også i SVVs skriftlige hevingsvarsel samme dag var antasipert mislighold ved forsinket fremdrift den angitte hevingsgrunn. Etter først å ha foretatt en oppsummering og evaluering av testperioden – perioden etter OSSAs tiltaksplan av 19. januar 2015 – konkluderte SVV slik: «*på grunnlag av de vesentlige avvik som foreligger, særlig knyttet til fremdrift i prosjektet, finner byggherren det nødvendig å vurdere situasjonen mot kontraktens hevingsbestemmelser..*». I fortsettelsen, under overskriften «*Rettslig grunnlag*» og etter å ha gjengitt NS 8406 punkt 29.1. 1. ledd, formulerte SVV hevingsgrunnlaget slik:

*«Statens vegvesen anser at det på det nåværende tidspunkt er «klart at vesentlig mislighold vil inntre» når det gjelder fremdrift og ferdigstillelse. Grunnlaget for dette er at entreprenør, til tross for endringer og gjennomførte tiltak, ikke har klart å oppnå fremdrift i nærheten av det som er nødvendig for å gjennomføre prosjektet innenfor de fastsatte frister.*

*En fortsatt fremdrift i tråd med den fremdriften vi hittil har observert vil gi en forsinkelse i driveperioden på 116 uker og tilsvarende forsinkelse knyttet til kontraktens frister. Dette vil åpenbart være «vesentlig mislighold» etter kontrakten.»*

SVVs rettingskrav gjaldt sviktende fremdrift. Det gjaldt kravet om dokumentert ukentlig inndrift på 90 meter i varslingsperioden, som ble gjentatt i varselet, og det gjaldt de

ytterligere krav som ble der ble stilt; kravet om en detaljert og realistisk fremdriftsplan og en redegjørelse for det etterarbeid som skulle gjøres i tunellen etter gjennomslag.

At SVV i hevingsvarselet, som i møtet samme dag, forutsatte at inndriften i varslingsperioden ikke skulle gå på bekostning av «HMS, Ytre miljø og Kvalitet» rokker ikke ved lagmannsrettens forståelse mht. det påberopte hevingsgrunnlag. Forutsetningen var naturlig sett i lys av det som må antas å ha vært siktemålet for SVV; nemlig å klarlegge hvilken inndrift OSSA var i stand til å oppnå under iakttakelse av kontraktens krav til HMS, ytre miljø og kvalitet. Det betyr likevel ikke at mislighold av kravene til HMS, ytre miljø og kvalitet kan innfortolkes som del av det påropte hevingsgrunnlag.

For øvrig vises til selve hevingserklæringen. Erklæringen, slik den er formulert, kan ikke forstås annerledes enn at hevingsgrunnen var antasipert vesentlig mislighold i form av vesentlig forsinket fremdrift.

At det, slik det fremgår av SVVS referat fra møtet 9. mars og intern kommunikasjon i SVV, herunder statusrapport av 3. mars 2015 som byggeleder Olaussen formidlet internt i SVVs organisasjon, hadde skjedd forbedringer hos OSSA både mht. HMS og kvalitet i løpet av den forutgående testperioden (fra 19. januar til 9. mars), støtter opp om lagmannsrettens forståelse vedrørende det påberopte hevingsgrunnlag.

Vurderingen med hensyn til den fremdrift OSSA ville maktet om selskapet hadde fått fortsette arbeidene, følgelig også vurderingen av om det forelå antasipert vesentlig forsinkelse, kan likevel ikke løsrives fra kravene til HMS, f.eks. arbeidstidsbestemmelser, hensynet til ytre miljø eller kontraktens krav til kvalitet. Foreligger det slike vesentlige kvalitetsmangler at byggherren kan nekte å overta byggverket, foreligger det forsinkelse selv om entreprenøren skulle ha meldt bygget ferdig innen tidsfristen, jf. Sandvik «Entreprenørrisikoen» side 438 tredje hele avsnitt.

Hovedspørsmålet for lagmannsretten er følgelig om det på hevingstidspunktet var klart at OSSA ville misligholde kontrakten vesentlig ved mislighold av kontraktens krav til fremdrift.

Før lagmannsretten går nærmere inn på dette spørsmålet, er det naturlig først å redegjøre for lagmannsrettens syn mht. forståelsen av kontraktens fristbestemmelser.

#### Kontraktens fristbestemmelser.

Fristbestemmelsene er gjengitt innledningsvis i dommen.

Lagmannsretten er enig i tingrettens forståelse av delfristene og viser i den forbindelse til tingrettens nærmere begrunnelse som lagmannsretten i all hovedsak slutter seg til.

Når det vedrørende delfrist I i kontrakten kreves at

*«(t)eknisk bygg, trekkerør, trekkekummer og kabelbro klargjort for elektro i 63 % sammenhengende lengde fra portal Jubelen profil 7250 – 10150, samt overlevering av samsvarserklæring og dokumentasjon i henhold til prosess 11.35 KE2-E01»*

kan det ikke forstås annerledes enn at de av OSSAs arbeider mellom profil 7250 og 10150 som var nødvendige for at tekniske bygg, trekkerør, trekkekummer og kabelbro skulle kunne anses klargjort for elektro på hele delstrekningen, måtte utføres innen fristen.

Det samme gjelder delfrist II.

Slik tingretten la til grunn, innebar dette at det alt vesentlige av etterarbeidene på den enkelte delstrekningen, herunder vann- og frostsikring, måtte være utført innen delfristens utløp for at fristen skulle kunne anses overholdt.

At det i praksis, ved samordning mellom tunell- og elektroentreprenør, nok ville vært mulig for entreprenørene i noen grad å arbeide parallelt og i en viss avstand fra hverandre innfor den aktuelle del av tunellen, f.eks. ved at tunellentreprenøren arbeidet med vann- og frostsikring på deler av strekningen, mens elektroentreprenøren utførte elektroarbeider mellom tekniske rom på andre deler, rokker ikke ved tingrettens og nå også lagmannsrettens forståelse av kontrakten på dette punkt. En slik samordning ville i tilfelle betinget en fravikelse av kontraktens krav til klargjøring innenfor de dagmulktbelagte delfristene I og II. Det var ikke noe OSSA hadde krav på etter kontrakten.

Spørsmålet om det på hevingstidspunktet var klart at vesentlig mislighold av kontrakten ved forsinkelse ville inntre.

SVV hevet kontrakten på et svært tidlig tidspunkt i byggeprosessen. Oppstartstidspunktet for arbeidene iht. OSSAs tilbudsplan var passert med knapt tre måneder, og det gjestod fortsatt nærmere to år frem til ferdigstillingsfristen og hhv. ett år og ett år og tre måneder til delfristene I og II.

Det rettingskrav som ble stilt i hevingsvarselet, kravet om en inndrift på 90 meter per uke i varslingsperioden på tre uker, var ikke urimelig dersom det ses i lys av hva som i alminnelighet kan forventes av en tunellentreprenør etter gjennomført innlæringsfase på et tunellprosjekt som dette. Gitt OSSAs situasjon på varslingsstidspunktet, var kravet likevel urealistisk. Det var i praksis et krav om henimot en dobling av produksjonen fra en uke til den neste, en flerdobling om man sammenligner med gjennomsnittlig ukeproduksjon til da i 2015. Det man på varslingsstidspunktet kunne forvente eller håpe på, var en gradvis økning av inndriftstakten inntil OSSA nådde sitt fulle potensiale, jf. til sammenligning Brulands rapport der nettopp en slik gradvis utvikling er lagt til grunn i hans ulike alternativer for fremtidig inndrift. Det fremgikk da også klart av vitneforklaringen fra

SVVs prosjektleder Løvli at han allerede på varslingsstidspunktet anså det umulig for OSSA å oppfylle kravet.

At SVV valgte å heve kontrakten under henvisning til et inndriftskrav man på varslingsstidspunktet anså det umulig for OSSA å oppfylle, og uten å gi OSSA litt lengre tid for å vise den fulle effekt av de tiltak som var iverksatt for å bedre inndriften, er ikke uten betydning for bevissituasjonen når det nå skal tas stilling til om OSSA klart ville misligholdt kontraktens tidsfrister vesentlig.

oo0oo

Det er på det rene at fremdriften i OSSAs arbeider hadde vært svært dårlig frem til hevingstidspunktet, og at tempoet måtte økes betydelig dersom selskapet skulle unngå å misligholde kontraktens tidsfrister vesentlig.

Tilriggingen tok lang tid. Det gikk nesten to måneder fra oppstartsmøtet 24. september 2014 til første salve ble sprengt 21. november 2014 på Sjørelva. Deretter gikk det ytterligere en måned før første salve ble sprengt på Jubelen like før jul 2014. Først rundt månedsskiftet februar/mars 2015 synes OSSA å ha fått i gang noe i nærheten av ordinær inndrift fra Jubelen-siden.

Fremdriften i tunellarbeidene, inndriften, fra første salve ble sprengt og til hevingstidspunktet knapt fire måneder senere, var langt lavere enn OSSA hadde lagt til grunn i sine fremdriftsplaner.

I løpet av de 16,5 kalenderukene som gikk fra første salve ble sprengt 21. november 2014, til kontrakten ble hevet, hadde OSSA drevet 513 av i alt 4 585 meter tunell. Det gir en inndrift per uke på om lag 31,1 meter mot 90 meter i gjennomsnitt som lagt til grunn i OSSAs tilbudsplan og i de fremdriftsplaner OSSA fremla for SVV i oktober og november 2014. Med en gjennomsnittlig inndrift på 31,1 meter per uke også i fortsettelsen gjenstod det om lag 131 uker til tunellgjennomslag. Det ville i tilfelle gitt gjennomslag ved månedsskiftet september/oktober 2017 nær et år etter fristen for ferdigstilling av tunellen. Det er således utvilsomt at OSSA på hevingstidspunktet var avhengig av å øke tempoet i inndriften vesentlig for å unngå å misligholde kontraktens tidsfrister. Det er likeledes utvilsomt at selskapet i tillegg var avhengig av en tidseffektiv gjennomføring av de øvrige tunellarbeidene, de såkalte etterarbeidene.

Det var flere årsaker til at fremdriften i OSSAs arbeider hadde vært lav. OSSA synes i noen grad å ha vært uforberedt på utfordringene ved vinterdrift i Nord-Norge, og det tok lengre tid å få nødvendige godkjenninger for personell og maskiner fra norske myndigheter enn selskapet synes å ha vært forberedt på. Blant faktorer som medvirket til svak fremdrift etter at arbeidene kom i gang, pekes på tekniske problemer med utstyr, som borerigg, sprøyterigg og utstyr for gysing av bolter, kvalitetsmessige problemer som nedfall av



sprøytebetong, mangelfull gysing av bolter mv. og problemer knyttet til HMS-forhold, problemer som i noen grad hadde sammenheng med kvalitetsproblemene. Den utskifting av mannskaper som skjedde i 2015, kan også ha bidratt til at innlæringsperioden tok lengre tid enn det lagmannsretten oppfatter er vanlig i saker som dette.

At OSSA hadde vilje til og et sterkt ønske om å gjennomføre kontrakten uten å komme i mislighold, og iallfall ikke i vesentlig mislighold som berettiget SVV til å heve kontrakten, finner lagmannsretten utvilsomt.

Allerede de potensielt svært alvorlige økonomiske konsekvensene tilsier at det i alminnelighet er svært viktig for en entreprenør ikke å komme i en situasjon som gir byggherren grunnlag for å heve kontrakten. OSSA hadde i praksis også vist at selskapet ønsket å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, bl.a. ved å erstatte spanske mannskaper med skandinaviske mannskaper i tråd med det man oppfattet var SVVs ønske, og ved å bestille ny borerigg og sprøytebetongrigg til bruk på anlegget.

OSSA er et stort spansk entreprenørselskap. Selskapet har eksistert i om lag 60 år, og er spesialist på underjordiske arbeider, herunder tunellarbeider. Selskapet har betydelig internasjonal erfaring fra byggeprosjekter i flere land og verdensdeler, men ikke tidligere erfaring fra Norge.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å betvile at OSSA, som selskap, generelt besitter nødvendig kompetanse og gjennomføringsevne for en entreprise som denne. Det var åpenbart også SVVs vurdering av OSSA opp mot det kvalifikasjonskrav som var stilt i anbudsinnbydelsen.

Spørsmålet er i første rekke om OSSA i Norge og lokalt på anleggsstedet i Sørkjosen hadde den nødvendige gjennomføringsevne; evne til å fullføre kontraktsarbeidene uten forsinkelser i forhold til dens tidsfrister; iallfall uten forsinkelser i et omfang som ville innebåret vesentlig mislighold av kontrakten.

I den fremdriftsplan OSSA fremla for SVV 9. mars 2015, var det lagt til grunn tunelldriving frem til 5. februar 2016 hvilket forutsatte en gjennomsnittlig inndrift i fortsettelsen på knapt 90 meter per uke, dvs. en fremtidig inndrift fra hevingstidspunktet i tråd med det som var lagt til grunn i selskapets tidligere fremdriftsplaner. Av referatet fra partenes møte samme dag fremgår at SVV ikke ønsket å vurdere planen før kravet om ukentlig inndrift på 90 meter i varslingsfristen var oppfylt.

Professor Amund Bruland (Bruland), som sakkyndig vitne for SVV, har i sin rapport og forklaring for lagmannsretten skissert ulike alternativer med hensyn til OSSAs fremtidige inndrift (sett fra hevingstidspunktet) dersom SVV ikke hadde hevet kontrakten.

Alternativene baserer seg på to varianter av utjevning av OSSAs inndrift per kalenderuke fram til hevingstidspunktet; en lineær trendlinje som baserer seg på OSSAs ukentlige

produksjon de siste 22 ukene før heving, ukene 44/2014-14/2015 slik lagmannsretten forstår det, og en lineær omhylningskurve basert på de to beste ukeproduksjonene, ukene 6 og 21 av 22.

Lagmannsretten er ikke uenig i at historisk produksjon er, eller iallfall kan være relevant ved prognostisering av fremtidig produksjon. Graden av relevans og overføringsverdi vil imidlertid variere avhengig av de nærmere omstendigheter. Det gjelder generelt, og må åpenbart gjelde også i et tilfelle som her.

At Bruland i sin rapport ikke gikk nærmere inn på og heller ikke analyserte mulige bakenforliggende årsaker til de svake inndriftstallene som OSSA hadde oppnådd i løpet av de angitte 22 ukene, er etter lagmannsrettens syn en klar svakhet ved rapporten.

OSSA startet inndriften fredag 21. november 2014, dvs. i slutten av uke 47/2014, da første salve ble sprengt på Sørrelva. Bruland medtok og bygde likevel på inndriftstall for ukene 44-46 i sin rapport. Det betyr at nærmere fire av de 22 ukene som Bruland baserte sin historiske rekke av inndriftstall på, lå før åpningssalven i Sørrelva og inndriften startet opp. Grunnen til at Bruland likevel medtok ukene 44-46, er ikke opplyst i rapporten. En mulig grunn er at OSSA i sin fremdriftsplan fra oktober 2014 hadde planlagt å starte inndrift i uke 44, nærmere bestemt lørdag 25.10, dvs. siste virkedag i uke 44/2014. Forsinket oppstart av produksjonen kan, avhengig av omstendighetene, være relevant ved vurderingen av sannsynlig produksjonstempo etter produksjonsstart. Eksempelvis kan oppstartsproblemer synliggjøre organisasjonsmessige mangler av betydning ved prognostisering av fremtidig produksjon. Årsaken til oppstartsproblemene må imidlertid vurderes konkret før man eventuelt kan konkludere med en slik overføringsverdi. Noen slik konkret vurdering er ikke foretatt i Brulands rapport.

Også medtatt i de 22 ukene er uke 14/2015, den uken da hevingen skjedde og hvor inndriften følgelig reflekterer kun en dags produksjon, produksjon mandag 30. mars, ettersom hevingen skjedde tirsdag 31. mars.

Nær 5 av de 22 ukene Brulands rekke av historiske inndriftstall bygger på, ligger således i tid enten før første salve ble sprengt, eller etter avsluttet inndrift.

Ytterligere er det i Brulands rapport tilsynelatende ikke tatt hensyn til, iallfall ikke kommentert, at OSSA i 2014 i praksis drev kun på en stoff; heller ikke at også inndriftstallene i 2015 frem til månedsskiftet februar/mars i det alt vesentlige reflekterer inndrift på en stoff. Dette er åpenbart forhold av betydning ved vurdering av overføringsverdien av de historiske inndriftstallene med henblikk på tiden etter heving og drift på to stoffer. At den ene av ukene med produksjon på en stoff, uke 49/2014, er en av de to ukene Bruland la til grunn for den lineære omhylningskurven basert på de beste ukeproduksjonene, er ikke kommentert eller vektlagt i rapporten, heller ikke at to av de fire øvrige produksjonsukene som lå nær omhylningskurven, ukene 50 og 51, er uker med drift

på en stoff (bortsett fra åpningssalven på Jubelen i uke 51). Frem til uke 8/2015 reflekterer følgelig de «historiske» inndriftstallene som professor Bruland baserte seg på, i all hovedsak inndrift på en stoff (Sørelva).

OSSAs ukentlige inndrift falt i ukene 8 og 9/2015. Det sammenfaller med at OSSA i uke 8 skiftet ut mannskaper på stoff ved at spanske mannskaper ble erstattet med skandinaviske. Fra uke 10 økte produksjonen vesentlig og, med unntak for uke 11, uke for uke. I hovedsak ble tunellen da drevet av mannskaper som hadde deltatt i produksjonen i ganske få uker. Hverken produksjonsfallet i forbindelse med utskiftingen av mannskaper eller den raske produksjonsøkningen etter at de nye mannskapene kom til, er kommentert i Brulands rapport og synes ikke vektlagt i rapporten.

Bruland la til grunn en forventet midlere inndrift fra hevingstidspunktet på 55 meter per uke. Det ville gitt tunellgjennomslag 74 uker frem i tid (regnet fra hevingstidspunktet), dvs. i slutten av uke 34/2016; 30 uker forsinket sammenlignet med planlagt avslutning av inndriften iht. OSSAs fremdriftsplan av 9. mars 2015. Denne Brulands forventede midlere inndrift samsvarer med OSSAs gjennomsnittlige inndrift de siste fire ukene før heving.

Bruland vurderte det i rapporten som «helt usannsynlig» at OSSA ville oppnådd en drivetid på mindre enn ca. 70 uker, eller, sagt på en annen måte, at OSSA ville avsluttet drivingen før i slutten av februar 2016, 48 uker frem i tid fra hevingstidspunktet. Det følger implisitt av denne vurdering at Bruland fant det helt usannsynlig at OSSA ville oppnå en midlere ukeinndrift etter heving på mer enn ca. 85 meter på to stuffer, hvilket er ikke ubetydelig lavere enn det som i alminnelighet legges til grunn for skandinaviske entreprenører under tilsvarende forhold.

Professor dr. ing. Steinar Roald, som sakkyndig vitne for OSSA for lagmannsretten, har i sin rapport lagt til grunn en forventet fremtidig inndrift for OSSA (fra hevingstidspunktet) på i gjennomsnitt 95,5 meter per uke. Roald bygger i den forbindelse på en vurdering av produksjonskapasiteten til OSSAs utstyrspark på anleggsstedet, supplert av ny bore- og sprøyterigg, beregnet basis inndrift ved driving av tunneller som denne og korreksjon for svakhetssoner i fjellet. Roalds utgangspunkt er at når rutiner er etablert og driften kjørt i gang, er det i hovedsak utstyret som bestemmer produksjonskapasiteten, gitt de rådende fjellforhold. Legger man Roalds vurdering med hensyn til forventet fremtidig inndrift per uke til grunn, ville OSSA vært ferdig med inndriften i slutten av januar 2016, noe tidligere enn lagt til grunn i OSSAs fremdriftsplan av 9. mars 2015.

Frem til uke 8 hadde inndriften i all hovedsak skjedd fra Sørelva-siden. I uke 8 og 9, samtidig som man skiftet ut store deler av mannskapene, gikk inndriften ned. Deretter steg inndriften vesentlig fra uke til uke frem til hevingstidspunktet samtidig som det kom i gang mer kontinuerlig inndrift fra Jubelen-siden. Det var så langt lagmannsretten kan se, intet ved utviklingen disse siste ukene før heving av kontrakten som indikerte at økningen i den ukentlige inndriften var i ferd med å bremse opp eller kulminere. De nye mannskapene var

nettopp satt inn på stuff, og inndriften lå fortsatt vesentlig under det produksjonspotensial maskinparken måtte antas å representere.

Til partenes uenighet vedrørende faktisk inndrift i uke 13 bemerkes:

Det er for lagmannsretten åpenbart at den nisje for teknisk rom som ble drevet i uke 13, representerte en merproduksjon per meter drevet tunell sammenlignet med produksjonen per meter drevet tunell i de foregående ukene. Det innebærer at økningen i OSSAs faktiske produksjon i uke 13/2015 sammenlignet med de foregående ukene (uten slik nisje) var sterkere enn det som fremkommer ved utelukkende å sammenligne antall meter drevet tunell i disse ukene, slik det er gjort i den oversikt over ukentlig inndrift som Bruland bygde på.

Lagmannsretten har vanskelig for å se at man med noen grad av sikkerhet kan legge til grunn at OSSAs fremtidige midlertidige inndrift ikke ville oversteget gjennomsnittet for de siste fire ukene på 55 meter (Brulands «forventet»), dvs. drøyt 50 % av den gjennomsnittlige inndrift Skanska oppnådde etter å ha overtatt som entreprenør. Det er likeledes vanskelig å se at man på hevingstidspunktet kunne legge til grunn som sikkert at OSSA ikke ville oppnå en gjennomsnittlig ukentlig inndrift i tråd med sin seneste inndriftsplan., dvs. en inndrift på om lag 90 meter som er lavere enn det Roald vurderte som sannsynlig. Heller ikke Bruland i sin rapport, synes å utelukke en inndrift opp mot dette nivået, jf. over.

Som lagmannsretten allerede har vært inne på, hadde OSSA iverksatt flere tiltak for å bedre gjennomføringsevnen.

Store deler av mannskapene var blitt skiftet ut i løpet av februar 2015 (fra uke 8) ved at skandinaviske mannskaper hadde erstattet spanske mannskaper. Så sent som i mars 2015 var det gjort endringer også i prosjektledelsen. Ytterligere var det, slik lagmannsretten finner å kunne legge til grunn etter bevisførselen, bestilt ny borerigg med lengre borestenger til anlegget til erstatning for den ene boreriggen, og ny sprøytebetongrigg.

På hevingstidspunktet hadde OSSA vært gjennom en vintersesong som selskapet måtte antas å trukket lærdom av. OSSA stod dessuten foran en lang periode uten lave temperaturer og vinterlige forhold, og var uansett kommet så langt inn i tunellen at man ikke i samme grad som tidligere ville være utsatt for ugunstige klimatiske forhold.

Blant de forhold som hadde skapt problemer for inndriften, var kvaliteten mht. sprøytebetong og gysing av bolter og HMS-forhold. På disse områdene mente SVV å ha registrert forbedringer gjennom testperioden fra 19. januar til 9. mars 2014, dvs. allerede før hevingsvarsel ble gitt. Det vises i den forbindelse til intern statusrapport fra SVVs byggeledelse av 3. mars 2015. Det fremgår av rapporten at det i løpet av testperioden hadde skjedd betydelige forbedringer mht. HMS der ikke var registrert forhold utover «*det*

*normale», og kvalitetsforbedringer mht. sprøytebetong og bolting som til da synes å ha vært de mest påpekte kvalitetsavvik. Det kvalitetsavvik som ble omtalt som fortsatt betydelig, gjaldt MWD-data. Av oppsummeringen fremgår at SVVs byggeledelse vurderte det slik: «tiltaksplanen har fungert når det gjelder HMS og delvis på kvalitet, kvalitetsavvikene er fortsatt vesentlige, men mulig å rette opp.»*

Det er riktignok anført av SVV at disse forholdene forverret seg i løpet at varslingsfristen, til dels forverret seg så dramatisk at flere av de ansatte hos SVV skal ha gitt uttrykk for frykt for å gå på arbeid. Lagmannsretten ser imidlertid ingen klare tegn til en slik dramatisk endring gjennom varslingsperioden i den skriftlige, tidsnære dokumentasjon. Med den oppfølging som SVV hadde med OSSAs arbeider i tunnelen i varslingsperioden, må det etter lagmannsrettens vurdering kunne legges til grunn at kontrollingeniørenes dagbøker fullt ut avspeiler den eventuelle svikt i OSSAs utførelse som man mente å registrere. Som allerede nevnt, hadde SVV stilt et inndriftskrav i varslingsperioden som man på varslingsstidspunktet i praksis anså det umulig for OSSA å oppfylle. At OSSA, i forsøket på likevel å oppfylle inndriftskravet, ikke maktet å opprettholde en fortsatt positiv utvikling mht. kvalitet og HMS i varslingsperioden, er kanskje ikke så overraskende.

Det er heller ikke slik, som lagt til grunn av tingretten i dommen side 82 første hele avsnitt, at presset mot OSSA ville bortfalt om kontrakten ikke hadde blitt hevet. OSSA ville like fullt vært under et vedvarende og sterkt press om økt tempo i inndriften og en tidseffektiv gjennomføring av etterarbeidene som følge av fortsatt trussel om heving og under enhver omstendighet trussel om en svært betydelig dagmulkt; kr 100 000 per hverdag for hver av delfristene, kr 300 000 per hverdag for ferdigstillelsesfristen.

Lagmannsretten finner etter en samlet vurdering ikke å kunne se bort fra – som en realistisk mulighet gitt situasjonen på hevingstidspunktet – at OSSA i tråd med selskapets fremdriftsplaner fra og med tilbudsplanen og rimelig i tråd med «maks» i Brulands rapport, ville oppnådd en fremtidig midlere inndrift på rundt 90 meter per uke om kontrakten ikke hadde blitt hevet. Det er fortsatt tale om en lavere inndrift enn lagt til grunn som forventet av Roald, og en ikke ubetydelig lavere inndrift enn det som i alminnelighet legges til grunn som normalt ved tunellarbeider som disse. En inndrift på 90 meter per uke ville gitt gjennomslag 45 uker frem i tid regnet fra hevingstidspunktet, dvs. tidlig i februar 2016 (uke 5/2016), en knapp måned senere enn lagt til grunn i tilbudsplanen og om lag tre måneder senere enn lagt til grunn i selskapets fremdriftsplan fra oktober 2016.

Spørsmålet om OSSA ville blitt vesentlig forsinket i forhold til kontraktens tidsfrister, beror imidlertid ikke bare på inndriften, men også på fremdriften i de såkalte etterarbeidene, innredning av tunnelen etter gjennomslag.

Hevingen skjedde før OSSA var kommet i gang med etterarbeidene, endog før OSSA hadde tatt endelig stilling til om man skulle sette bort deler av etterarbeidene som vann- og

frostsikring til underentreprenør. Hvilken fremdrift OSSA ville oppnådd i disse arbeidene, lar seg derfor vanskelig fastslå med noen grad av sikkerhet.

I hevingsbrevet viste SVV til egne erfaringstall mht. forventet varighet av etterarbeidene. De erfaringstall SVV, med tilslutning fra tingretten, anser som mest relevante er erfaringstall fra tre tunneller på Alta vest. Fremdriften i etterarbeidene (korrigert for ulikheter mht. vann- og frostsikring) skal der ha vært 49,7 meter per uke. Med en slik fremdrift ville etterarbeidene i Sørkjosen-tunellen hatt en varighet på ca. 91 uker. Det var to år, dvs. 104 uker, fra tilbudsfristen til delfrist II da det alt vesentlig av etterarbeider skulle være avsluttet slik SVV, med tilslutning fra lagmannsretten, mener delfristene skal forstås. Det er følgelig utvilsomt at SVV ved planlegging av prosjektet må ha sett for seg en helt annen og raskere fremdrift i etterarbeidene enn det SVV la til grunn på hevingstidspunktet og nå anfører som mest sannsynlig for OSSAs vedkommende. Det vises i denne forbindelse også til OSSAs tilbudsplan og fremdriftsplanene fra oktober og november 2014 der det var satt av 42 uker til etterarbeidene uten at det synes å ha foranlediget bemerkninger eller spørsmål fra SVVs side. Ytterligere vises til Skanskas skråstrekkplan, der det fremgår at Skanska etter å ha fått tiltransportert elektroentreprisen, planla å gjennomføre både elektroentreprisen og etterarbeidene i løpet av 47 uker.

På hevingstidspunktet var det fortsatt tid for OSSA til å forbedre og videreutvikle sine planer for etterarbeidene; relativt god tid om man, som lagmannsretten over, legger til grunn gjennomslag i februar 2016. Lagmannsretten finner ikke å kunne se bort fra som en realistisk mulighet at OSSA ville maktet en fremdrift i etterarbeidene tilsvarende Lima-planen. Lagmannsretten er således uenig med SVV som synes å utelukke at OSSA ville maktet en fremdrift i etterarbeidene rimelig i samsvar med det norske entreprenør oppnår.

Om man legger til grunn en fremdrift i etterarbeidene i tråd med Limas plan, dvs. en samlet produksjonstid for etterarbeidene på 47 uker, herunder 43 uker frem til delfrist I, og en midlere inndrift på 90 meter per uke fra hevingstidspunktet, ville OSSA nådd delfrist I ved utgangen av uke 48/2016, og delfrist II ved utgangen av uke 52/2016 dvs. hhv. 35 og 26 uker forsinket.

Etter kontraktens bestemmelser og NS 8406 punkt 26 hadde SVV krav på dagmulkt ved overskridelse av kontraktens delfrister og ferdigstillelsesfristen. Med en forsinkelse som lagt til grunn i foregående avsnitt, ville det påløpt dagmulkt på om lag kr 36 millioner for overskridelse av delfristene, men ikke dagmulkt for overskridelse av ferdigstillelsesfristen. Det legges da til grunn at OSSA ville maktet å ferdigstille veg i dagen parallelt med etterarbeidene. Med en forsinkelse som her lagt til grunn, ville OSSA fortsatt vært innenfor dagmulktgrensen på 10 % av kontraktssummen.

Dagmulkt er den primære reaksjon ved forsinkelse. Når entreprenøren, slik lagmannsretten legger til grunn i dette tilfellet, må antas å være ferdig mens dagmulkt fortsatt løper, skal

det mye til for at det skal kunne fastslås vesentlig mislighold, jf. Arvesen m.fl., op.cit. side 472.

Lagmannsretten ser ikke at det foreligger omstendigheter som tilsier at det var grunnlag for å fravike dette utgangspunkt i dette tilfellet. Det var ingen fare for at byggearbeidene skulle stoppe opp. En forsinkelse som lagt til grunn over, ville forskjøvet tidspunkt for oppstart av elektroentreprisen, formodentlig også tidspunkt for gjennomføring av anbudskonkurransen, men ikke påvirket eller vanskeliggjort gjennomføringen av elektroentreprenørens arbeider etter oppstart. Alternativet, å gjennomføre ny anbudsprosess, satte heller ikke SVV i noen bedre situasjon.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det på hevingstidspunktet ikke var klart at det ville inntre vesentlig mislighold av kontrakten ved vesentlig forsinkelse, og at vilkårene for å heve kontrakten etter NS 8406 punkt 29.1 derfor ikke var oppfylt.

oo0oo

Før lagmannsretten går nærmere inn på de økonomiske krav som er reist i saken, vil lagmannsretten knytte noen bemerkninger til enkelte forhold som har vært tatt opp i saken.

Problemsstillinger knyttet til montering av fjellsikringsbolter ble viet stor oppmerksomhet under ankeforhandlingen.

OSSA benyttet såkalte kombinasjonsbolter til fjellsikring. Slik bolting skjer ved at det bores et hull i fjellet i en dimensjon tilpasset bolten. Bolten føres inn og festes i borehullet med en ekspansjonshylse i enden av bolten. Med slik innfesting sikrer bolten stabilitet i fjellet, hindrer nedfall av blokker av fjell og godkjennes som arbeidssikring. For å tjene som permanent fjellsikring av tunnelen, må boltene ettergyses. Iht. kontrakten skulle fjellbolter mer enn 30 meter bak stuff være ettergyst. Ved ettergysing pumpes det gysemasse inn i boltehullet. Prosessen er beskrevet slik i kontrakten:

*«For å inngå i den permanente sikring skal mekanisk endeforankrede bolter ettergyses..*

*Kombinasjonsbolter skal være forsynt med et ettergysingssystem som sikrer full innstøping rundt bolten..*

*Kontroll av innstøpte bolter skal utføres ved at det kommer ut mørtel under plata som en utførelseskontroll i tillegg til dokumentert forbruk og riktig boltemørtel...»*

Partene er, utrolig nok, uenige når det gjelder formålet med gysingen; om formålet primært er å sikre bolten mot korrosjon (OSSA), eller om formålet også er å sikre boltens permanente forankring i fjellet (SVV). De er derfor også uenige om viktigheten av at det

ved gysing av bolten kommer gysemasse mellom den plasthylsen som omgir selve bolten, og fjellet i hele boltens lengde.

Det sentrale i denne forbindelse er, etter lagmannsrettens syn, at dersom entreprenøren blander gysemassen etter leverandørens anvisninger og følger kontraktens anvisninger mht. utførelseskontroll, dvs. kontrollerer at det kommer gysemasse ut av hullet i den platen som dekker borehullet, så oppfylles kontraktens krav til ettergysing av bolten. Resultatet om man går frem som beskrevet, vil i alminnelighet bli en fullstendig inngyst bolt uansett hva partene måtte mene om betydningen av og hensikten med ettergysingen.

Lagmannsretten, etter å ha hørt forklaringene til flere av de av OSSAs mannskaper som arbeidet med montering av bolter, finner det ikke sannsynliggjort at OSSA eller OSSAs ansatte benyttet feil borstørrelse ved boring av hull til boltene, eller med viten og vilje unnlot å følge kontraktens krav til montering av boltene, blandet gysemassen for tynn, feilmerket bolter som ikke var gyste, skjulte bolter som ikke var gyst bak sprutbetong, eller på annen måte satte seg utover kontraktens krav til ettergysing av bolter. Lagmannsretten finner heller ikke sannsynliggjort at OSSA, slik det har vært hevdet, skal ha satt uøvde trafikkmanskaper til å gyse bolter. Dette siste ble tilbakevist gjennom forklaringen fra SVVs eget vitne, Martin Hagan.

Det er like fullt klart at OSSA hadde betydelige problemer under gjennomføring av boltearbeidene og at det skjedde feil ved montering av bolter.

Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at dette var et problem som OSSA var i ferd med å få kontroll på, og som OSSA ville fått løst om kontrakten ikke hadde blitt hevet. Det var et problem som, slik SVVs byggeleder formulerte det i SVVS interne statusrapport etter testperioden, var «*mulig å rette opp*». Det synes også å ha vært tingrettens vurdering slik lagmannsretten forstår dens bemerkninger på side 66 første hele avsnitt i dommen. Tingretten beskriver der, ved behandlingen av OSSAs problemer med gysing av boltene, det tingretten anser som «*relativt enkle tiltak for å løse et stort sikkerhetsproblem.*»

Særskilt vedrørende problemene OSSA hadde hatt med manglende tidligfasthet på sprøytebetong bemerkes at lagmannsretten ikke finner det sannsynliggjort at OSSAs mannskaper med viten og vilje benyttet for lite aksellerator ved påføring av sprøytebetong. Noe slikt ville, som fremhevet av flere av OSSAs tunellmannskaper i deres forklaringer for lagmannsretten, vært meningsløst både i sikkerhetsmessig og økonomisk henseende.

Det er anført av SVV at OSSA manglet utstyr for å drive tunell på synk, likeledes at OSSA manglet nødvendige trafoer til å forsyne maskiner med strøm stort lengre inne i tunellen enn det OSSA var kommet på hevingstidspunktet. Anførslene bestrides av OSSA som gjør gjeldende at de hadde det nødvendige utstyr.



Lagmannsretten finner det i tråd med forklaringene fra de ansvarlige i OSSA sannsynliggjort at nødvendig utstyr var tilgjengelig.

Det har, slik lagmannsretten ser det, formodningen mot seg at en erfaren entreprenør påtar seg en entreprise av den størrelse det her er tale om og det økonomiske ansvar det innebærer, uten å sikre seg at man har nødvendig utstyr til å sikre strømforsyning til maskinene inne i tunnelen, eller nødvendig utstyr for å drive på synk slik man visste man måtte gjøre på deler av strekningen fra Sjørelva.

Til sist vil lagmannsretten knytte noen bemerkninger til opplysningene fra SVV om den tid som medgikk til utbedring av arbeider utført av OSSA, herunder arbeid til utbedring og erstatning av fjellsikringsbolter og strossing av tunnelen innenfor profilen. Det har vært anført at det medgikk 6,33 uker på kritisk linje til slikt utbedringsarbeid. I tilsvaret til tingretten opplyste SVV at det hadde medgått fire uker. Ifølge opplysninger fra SVV og Skanska som referert i Byggeindustrien nr. 18/2015, brukte Skanska 3-4 uker for å rehabilitere og sikre tunnelen etter OSSA. At det medgikk noe tid til slikt arbeid er ikke omtvistet og legges til grunn av lagmannsretten. Hvor mye tid som rent faktisk medgikk og i hvilken grad det var tale om arbeider på kritisk linje fremstår likevel som høyst uklart. Som påpekt av David Escriba i hans forklaring for lagmannsretten, bl.a. under henvisning til kontrollingeniørenes dagboknotater, synes iallfall boltarbeidene å være blitt gjennomført uten stor grad av intensitet. Arbeidene synes heller ikke i særlig grad å ha vært til hinder for andre nødvendige aktiviteter i tunnelen.

### **Økonomisk oppgjør.**

#### Sluttoppgjøret.

Partene er enige om at OSSA har krav på sluttoppgjør for det arbeid som var utført på hevingstidspunktet, men er uenige om kravets størrelse.

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som tingretten med hensyn til størrelsen på det sluttoppgjør OSSA er berettiget til. Lagmannsretten slutter seg også til den begrunnelse som tingretten har gitt på sidene 86-89 i dommen, men med følgende bemerkninger:

Det antas å bero på en forglemmelse når prosess 13.1 ikke er nevnt i siste avsnitt på side 86. Det er uansett lagmannsrettens syn at SVVs honorering av prosessen med 5,5 % bygger på en riktig vurdering av utførelsesgraden på hevingstidspunktet. OSSA har anført at SVVs innsigelser til OSSAs målebrev er prekludert, jf. NS 8406 punkt 25.2. Lagmannsretten er ikke enig i det. SVV fremsatte innsigelse til OSSAs krav vedrørende prosess 13.1 i sitt svarbrev til OSSAs slutfaktura. Av brevet som var datert 4. august 2015, med vedlegg fremgikk at SVV ikke aksepterte OSSAs krav vedrørende prosessen. Fristen for å fremme innsigelse til slutfaktura var ikke utløpt da innsigelsen ble fremsatt. For øvrig vises til at SVV mener ikke å ha mottatt noe målebrev vedrørende denne prosessen.

Det antas å bero på en feil når prosess 33.331 er medtatt i første hele avsnitt på dommens side 87. Posten inngår i samme gruppe som de prosesser som omhandles i siste avsnitt på side 87. Prosessen kommer til anvendelse etter særskilt avtale med byggherren. Noen slik særskilt avtale er ikke godtgjort.

Vedrørende prosessene 33.411, 33.4122 og 33.4123 viser lagmannsretten til tingrettens nærmere begrunnelse, dommen side 87 siste avsnitt fra fjerde setning flg.

Som tingretten er lagmannsretten etter dette kommet til at OSSA har krav på kr 48 595 634 ekskl. mva. for utførte kontraktsarbeider. Av dette har SVV betalt kr 41 182 900, hvoretter OSSA har et netto tilgodehavende ekskl. mva. på kr 7 412 734 ekskl. mva. for utførte kontraktsarbeider. I tillegg har OSSA krav på utbetaling av innestående beløp som utgjør kr 4 118 290 ekskl. mva., jf. NS 8406 punkt 23.3 femte ledd.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til vedrørende størrelsen på OSSAs vederlagskrav for utførte kontraktsarbeider, er det ingen uenighet om at OSSAs krav om regulering for lønns- og prisstigning utgjør kr 633 610 ekskl. mva. slik tingretten kom til.

Partene er videre enige om at OSSA i tillegg har krav på godtgjørelse for

Faktura C-0296 T007 med kr 574 340 ekskl. mva.

Faktura C-0296 T008 med kr 278 069 ekskl. mva.

Faktura C-0296 008 med kr 1 569 059 ekskl. mva.

Faktura C-0296 T010 med kr 1 884 652 ekskl. mva.

Samlet har OSSA etter dette slikt krav på sluttoppgjør

Kontraktsarbeider	kr 7 412 734
Innestående	kr 4 118 290
Lønns- og prisstigning	kr 633 610
Deler av avviksmelding nr. 1	kr 278 069
Kjøp av utstyr ved heving	kr 1 569 059
Erstatning etter ras	kr 1 884 652
Tilleggsnota 7	<u>kr 574 340</u>
Samlet krav i sluttoppgjør	<u>kr 16 470 754</u>

Beløpene er ekskl. mva.

OSSAs erstatningskrav.

OSSA krever erstatning for tapt fortjeneste og direkte utgifter, herunder kanselleringskostnader mv., som følge av at kontrakten ble hevet. Samlet utgjør denne delen av OSSAs erstatningskrav kr 37 430 818. Beløpet omfatter følgende erstatningsposter:

Tapte investeringer	<u>kr 978 782</u>
Tapt fortjeneste	kr 33 301 140
Direkte utgifter	kr 3 150 896
Sum	<u>kr 37 430 818</u>

Den fortjeneste OSSA krever erstattet, er beregnet med utgangspunkt i kontraktssummen ekskl. mva. med tillegg av lønns- og prisstigning og en fortjenestemargin på 8 %.

Lagmannsrettens finner det ikke sannsynliggjort at OSSA ville hatt noen fortjeneste ved prosjektet. Mest sannsynlig ville OSSA tapt ikke ubetydelige beløp på gjennomføring av prosjektet, selv uten at det tas hensyn til spørsmålet om dagmulkt.

Det er gjennom bevisførselen godtgjort at det er svært sterk konkurransen innenfor denne del av anleggsbransjen, og at fortjenestemarginene generelt er lave, langt under 8 % som OSSA har lagt til grunn ved beregning av erstatning for tapt fortjeneste. Det er derfor grunn til å anta at entreprenørens tilbudspriser i anbudskonkurranser som denne generelt er lave; at fortjenesteelementet er lavt.

OSSA, som var helt uten tidligere erfaring fra anleggsdrift i Norge, leverte likevel et klart lavere tilbud enn de øvrige entreprenører som deltok i anbudskonkurransen. Tilbudet var 17 % lavere enn gjennomsnittet av tilbudene, og 11 % lavere enn nest laveste tilbud.

Også de priser OSSA innhentet fra potensielle underentreprenører vedrørende vann- og frostsikring av tunellen gir klare holdepunkter for at OSSAs tilbuds- og kontraktspris var svært lav. Som påvist av SVV, var pristilbudene fra disse underentreprenørene betydelig høyere enn OSSAs videresalgpris iht. avtalen med SVV. Tilbudet fra Giertsen Tunell AS på vann- og frostsikring var nærmere 4 mill. kroner høyere enn OSSAs pris iht. avtalen med SVV; det til tross for at OSSAs pris til SVV, i motsetning til tilbudet fra Giertsen til OSSA, også inkluderte brannsikring av tunellen (sprutbetong). Tilbudet fra Giertsen Tunell AS var for øvrig basert på flere potensielt kostnadsdrivende forutsetninger. Det kan selvsagt ikke utelukkes, slik David Escriba var inne på i sin forklaring, at man ville kunne forhandlet prisene noe ned. Tilbudene OSSA innhentet på vann- og frostsikring gir likevel en klar antydning om at OSSAs videresalgspriser ikke ville dekke kostnadene ved engasjement av underentreprenører.

Forsinkelser i et byggeprosjekt som dette medfører økte kostnader for entreprenøren. At OSSA for å ferdigstille prosjektet i løpet av den tid som lagmannsretten har lagt til grunn over, og unngå ytterligere forsinkelser og dagmulkt, var avhengig av å forsere arbeidene,

herunder avhengig av å benytte underentreprenører med erfaring fra vann- og frostsikring, anser lagmannsretten som klart. Forsering innebærer i alminnelighet at produksjonskostnadene øker.

Utviklingen i kursforholdet mellom euro og norske kroner fra OSSA leverte sitt tilbud til SVV og gjennom det som ville vært OSSAs produksjonsfase, utviklet seg svært ugunstig for OSSA. Som påvist av SVV medførte kursutviklingen at OSSAs inntekter fra byggeprosjektet frem til beregnet avslutning i juli 2017, regnet i euro, ville blitt mer enn 5 millioner euro lavere enn med den omvekslingskurs som OSSA la til grunn da selskapet leverte sitt tilbud til SVV. Svekkelsen av den norske kronen i denne perioden ville utvilsomt ført til en betydelig reduksjon av OSSAs eventuelle fortjeneste fra prosjektet, eller, slik lagmannsretten ser som sannsynlig, til en økning av selskapets tap ved gjennomføring av prosjektet. Det gjelder uavhengig av om man setter opp regnskapet i norske kroner eller i euro. I et regnskap i norske kroner ville alle kostnadskomponenter pådratt i euro øke som følge av den høyere kursen på euro.

Lagmannsretten legger, som redegjort for over, til grunn som mest sannsynlig at OSSA ville vært ferdig med etterarbeidene først ved utgangen av 2016, og at det derved ville påløpt dagmulkt for overtredelse av delfrist I og II på til sammen om lag kr 36 millioner.

Når det tas hensyn til dagmulkt som angitt, står det for lagmannsretten som klart at OSSA ikke ville oppnådd positivt dekningsbidrag ved fortsatt drift utover hevingstidspunktet. Mest sannsynlig ville fortsatt drift gitt et negativt dekningsbidrag som minst tilsvarte OSSAs krav vedrørende direkte kostnader som følge av hevingen og påløpte og tapte investeringer i utstyr og tilbehør for kontrakten.

Lagmannsrettens finner det følgelig ikke sannsynliggjort at hevingen av kontrakten påførte OSSA noe direkte økonomisk tap som angitt over.

#### Krav om erstatning for omdømmetap.

Lagmannsretten har funnet det sannsynliggjort at OSSA, om selskapet hadde fått fortsette arbeidene, ville maktet å forbedre kvaliteten på arbeidene og avslutte arbeidene før den samlede dagmulkt nådde taket på 10 % av kontraktssummen. Gjennomføringen av byggeprosjektet ville likevel ikke vært noen god reklame for OSSA. Forsinkelsene ville blitt betydelige selv uten at taket for dagmulkt ble nådd, og ville sammen med OSSAs problemer med å oppfylle kravene til kvalitet på sentrale områder, ikke vært god reklame for OSSA. Tilliten til OSSA i markedet ville derfor mest sannsynlig vært lav og selskapets markedsmuligheter i en bransje som preges av svært sterk konkurranse, begrensede selv uten at SVV hadde hevet kontrakten.

Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at OSSAs markedsmuligheter ble ytterligere forverret ved at SVV urettmessig hevet kontrakten.

Det tilkjennes følgelig ingen erstatning under dette punkt

#### Krav om erstatning for negativ innvirkning på OSSAs bankfinansiering.

Kravet bygger på en beregning foretatt av FTI Consulting Spain, og består av to hovedelementer, en beregning av ekstra rentekostnader som følge av at OSSAs nedbetaling av låneforpliktelser ble skjøvet ut i tid ved den refinansieringsavtale OSSA inngikk med sine bankforbindelser. Denne delen av tapet er i rapporten angitt til kr 5 945 973. Den overskytende del gjelder kostnader ved juridisk og annen rådgiving i den forbindelse.

Refinansieringsavtalen ble ifølge rapporten nødvendiggjort ved den svekkelse av selskapets likviditet («cash position») som hevingen ledet til.

Lagmannsretten har ved drøftelse av de øvrige erstatningskrav, konkludert med at OSSA ikke ble påført noe økonomisk tap som følge av at SVV uberettiget hevet kontrakten.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til vedrørende OSSAs krav oppgjør for kontraktarbeidene inklusive innestående, har OSSA intet netto tilgodehavende hos SVV. Det vises for så vidt til tingrettens dom slutningen punkt 2 som gjelder den uoppgjorte delen av det forskudd SVV utbetalte til OSSA ved oppstart av arbeidene. Forskuddet overstiger OSSAs sluttoppgjør inklusive innestående. SVV har følgelig et netto tilgodehavende hos OSSA. Den eventuelle svekkelse av OSSAs likviditet som gjorde det nødvendig med en refinansiering av OSSAs lån, skyldtes følgelig ikke at SVV urettmessig hevet kontrakten. Kravet til årsakssammenheng er derfor ikke oppfylt.

Det tilkjennes ingen erstatning under dette punkt.

#### SVVs krav.

Forskudd.

SVV betalte i tråd med kontraktens bestemmelser forskudd til OSSA svarende til 10 % av kontraktssummen. Det er enighet om at størrelsen på forskuddet på hevingstidspunktet utgjorde kr 37 444 775 ekskl. mva. som lagt til grunn av tingretten, jf. tingrettens dom, domsslutningen punkt 2.

Krav om erstatning for kostnader ved utbedring av mangler ved OSSAs arbeider..

Entreprenøren har etter NS 8406 punkt 27.2 første ledd rett og plikt til – for egen kostnad – å utbedre eventuelle mangler ved kontraktarbeidene. Ved uberettiget å heve kontrakten fratok SVV OSSA muligheten til å ferdigstille kontraktarbeidene, herunder utbedre eventuelle mangler. Lagmannsretten legger til grunn at byggherren da ikke kan kreve erstatning for kostnadene ved senere utbedring av det han måtte anse som mangler ved entreprenørens arbeid, jf. Arvesen mfl. «NS 8406 Forenklet norsk bygge- og

anleggskontrakt» side 438 med videre henvisning til bl.a. LG-2010-79181, jf. også LB-2017-1178 som det er vist til fra OSSAs side. Lagmannsretten går følgelig ikke nærmere inn på OSSAs anførsler om preklusjon som følge av for sen reklamasjon, og manglende dokumentasjon av mangler mv.

OSSA frifinnes for krav om erstatning for kostnader ved utbedring av mangler ved OSSAs arbeider med kr 3 143 234 tas ikke til følge.

SVVs krav om dekning av utgifter til tredjepartskontroller.

Kravet om erstatning for utgiftene til Geonor og Multiconsult står etter lagmannsrettens syn i samme erstatningsrettslige stilling som kravet om erstatning for utbedring av mangler ved OSSAs arbeider for øvrig. Lagmannsretten er følgelig kommet til at OSSA må frifinnes for kravet. Det vises til den begrunnelse som er gitt i foregående hovedavsnitt.

oo0oo

SVV har etter dette et krav om tilbakebetaling av forskudd stort kr 37 444 775 ekskl. mva.

OSSA har på sin side krav om sluttoppgjør på til sammen kr 16 470 754 ekskl. mva.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til, har SVV et netto krav mot OSSA svarende til differansen mellom resterende del av utbetalt forskudd, kr 37 444 775 ekskl. mva. som fastslått i tingrettens dom domsslutningens post 2, og OSSAs krav på sluttoppgjør inklusive innestående stort kr 16 470 754 ekskl. mva. som fastslått over. Det er av dette netto tilgodehavende SVV har krav på forsinkelsesrenter.

Det er ikke opplyst og lagmannsretten er derfor usikker på om forskuddsbeløpet fra SVV til OSSA er utbetalt med tillegg av 25 % for merverdiavgift slik at det beløp som OSSA iht. tingrettens domsslutning post 2 skal betale til SVV, skal tillegges mva. At OSSAs krav i sluttoppgjøret som beregnet over, skal tillegges merverdiavgift er på det rene.

Av hensyn til denne usikkerheten unnlater lagmannsretten å slå krav og motkrav sammen i et punkt i domsslutningen. I stedet beholdes tingrettens domsslutning punkt 2 med den presisering at forsinkelsesrenter beregnes av SVVs netto tilgodehavende etter fradrag for OSSAs krav i sluttoppgjøret som fastslått over. Videre, i tråd med OSSAs utforming av påstanden for lagmannsretten, inntas OSSAs motkrav i sluttoppgjøret i eget punkt i domsslutningen.

### **Sakskostnader.**

Med det resultat lagmannsretten er kommet til, har ingen av partene vunnet saken for lagmannsretten. I tråd med hovedregelen i tvisteloven § 20-3 må hver av partene da dekke

egne sakskostnader for lagmannsretten. Tungtveiende grunner som gjør det rimelig helt eller delvis å fravike hovedregelen foreligger ikke.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til har heller ingen av partene vunnet saken for tingretten. I tråd med hovedregelen i tvisteloven § 20-3 må hver av partene da dekke egne sakskostnader også for den instans. Heller ikke for tingretten foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig helt eller delvis å fravike hovedregelen.

Ved vurderingen av om det bør gjøres unntak for hovedregelen i tvisteloven § 20-3 har lagmannsretten bl.a. sett hen til at SVV har vunnet frem i større grad enn OSSA om man vurderer domsresultatet opp mot partenes påstander for den enkelte instans. På den annen side har OSSA vunnet frem i det som langt på veg har vært sakens hovedspørsmål; spørsmålet om SVV var berettiget til å heve kontrakten.

Utgiftene til tolk, som er omhandlet i eget punkt i OSSAs påstand, er sideutgifter etter rettsgebyrloven 2 annet ledd. OSSAs kostnader som ansvarlig for tolkeutgiftene overfor lagmannsretten og tingretten er del av og inngår i OSSAs sakskostnader for den enkelte instans. Lagmannsretten ser ingen grunn til å behandle disse kostnadene på annen måte, enn selskapets øvrige kostnader. I tråd med hovedregelen i tvisteloven § 20-3 må OSSA følgelig dekke også disse egne kostnadene.

oo0oo

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Det skyldes i hovedsak sakens betydelige omfang.

## DOMSSLUTNING

1. I tingrettens dom, slutningens post 2, gjøres den endring at forsinkelsesrenter som der fastsatt, beregnes av Staten v/Samferdselsdepartementets netto tilgodehavende hos Obras Subteranneas S.A. etter fradrag for sistnevntes krav som fastsatt i slutningen post 2 under.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale 16 470 754 – sekstenmillionerfirehundreogsyttitusensyvhundreogfemtifire – kroner ekskl. mva. til Obras Subterraneas S.A.
3. Obras Subterraneas S.A. frifinnes for krav om erstatning fra Staten v/Samferdselsdepartementet.
4. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes for krav om erstatning fra Obras Subterraneas S.A.
5. Hver av partene bærer egne sakskostnader for lagmannsretten og tingretten.

Kjell Martin Haug

Frode Stock

Tore Cato Bremseth