

**STEVNING
til
Haugaland og Sunnhordland tingrett**

Stavanger, 19.10.2023

Vår ref.: 321852-008\100642063\w8

Saksøker: Birkeland AS v/ styrets leder
Ekrene Næringspark 39
5550 Sveio

Prosessfullmektig: Advokat Grethe Gullhaug
CMS Kluge Advokatfirma AS
Postboks 277
4068 Stavanger

Saksøkt: Karmøy kommune v/ ordfører
Statsråd Vinjes gate 25
4250 Kopervik

Prosessfullmektig: Kommuneadvokaten i Karmøy v/ advokat Thorbjørn Lie Lotsberg

Saken gjelder: Entrepriserett. Sluttoppgjørsvist. Prosjekt «Kloakksanering Heiå»

**CMS Kluge Advokatfirma
Stavanger**
Olav Kyrres gate 21, Herbarium
Postboks 277
4068 STAVANGER

Tel: 51 82 29 00
Fax: 51 82 29 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Oslo
Bryggegate 6
Postboks 1548, Vika
0117 OSLO

Tel: 23 11 00 00
Fax: 23 11 00 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Bergen
Allehelgensgate 2
Postboks 394 Sentrum
5805 BERGEN

Tel: 55 21 98 00
Fax: 55 21 98 01
E-post: post@cms-kluge.com

Organisasjonsnummer
913 296 117 MVA

Bank
9685.27.21690 (driftskonto)
8396.07.70946 (driftskonto EUR)
9685.27.21755 (klientmidler)
9685.27.54068 (eiendomsmegling)
SWIFT: HANDNOKK

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av tvisten

Saken gjelder tvist om sluttoppgjøret i prosjekt «Kloakksanering Heiå» der Birkeland AS («Birkeland» / «saksøker») har vært engasjert som utførende entreprenør for byggherre Karmøy kommune («kommunen»/ «saksøkte»).

Birkeland ble tildelt kontrakten i november 2021 på grunnlag av en anbudskonkurranse som ble gjennomført etter reglene om offentlige anskaffelser.

Entreprisekontrakten ble inngått med grunnlag i NS 8405 og NS 3420, dvs. en utførelsesentreprise der entreprenøren skal utføre arbeider iht. byggherrens beskrivelse. I en slik kontrakt ligger all prosjekteringsrisiko i utgangspunktet hos Karmøy kommune. Kommunen har videre ansvaret for å sørge for et klart og entydig arbeidsunderlag.

Kontraksarbeidene ble påbegynt i desember 2021, og skulle iht. kontrakt vært overlevert innen 15. mai 2023. Arbeidene ble ferdige i juni 2023, og det er enighet om at dato for overtakelse settes til 12. juni 2023¹.

Birkeland sitt standpunkt er at forlenget byggetid skyldes tilleggsarbeider, og at saksøker derfor har rett til fristforlengelse tilsvarende faktisk byggetid. Kommunen har så langt kun akseptert tillegg i tid på 13 dager, men har i den beregningen bl.a. uteglemt bestilling av tilleggsarbeider gjort så sent som 19. mai 2023.

Birkeland innga sluttoppstilling 9. august 2023, og mottok tilsvaret på sluttoppgjøret 8. september 2023². Partene har ikke kommet til enighet om det økonomiske oppgjøret for kontrakten, og er for det første uenige om hvorvidt Birkeland har rett til tilleggsvederlag for endringskrav 09 som omfatter arbeider med en midlertidig gang- og sykkelvei (G/S-vei) utenfor anleggsområdet/ anleggstraseen. For EV 09 har Birkeland krevd tilleggsvederlag på **kr 828 770 eks. mva.** og 15 dager fristforlengelse. Det er videre uenighet om hvorvidt kommunen har rett til dagmulkt for påstått forsinket overlevering. Kommunen har beregnet dagmulktkravet til **kr 484 267, 50.**

Rent faktisk holder Karmøy kommune tilbake et beløp som overstiger kommunes påståtte motkrav, men uten at Birkeland kjenner grunnlaget dette. Beløpet som står ubetalt, utgjør totalt **kr 3 160 296 inkl. mva. / kr 2 528 236, 80 eks. mva.** Birkeland vil nedlegge påstand om at kommunen dømmes til å betale dette beløpet som dermed inkluderer EV 09. Birkeland vil i tillegg kreve renter fra fakturaforfall og sakskostnader.

1.2 Prosessuelt

Stevning tas ut ved Haugaland og Sunnhordland tingrett som er anleggsstedets vernetting, jf. NS 8405 punkt 43.3 andre ledd. Birkeland varslet Karmøy kommune om søksmål for krav under EV 09 i brev av 22. mars 2023:

Bilag 1: Søksmålsvarsel av 22. mars 2023

¹ Birkeland innkalte til overtakelsesforretning 12. juni 2023. Tidspunkt ble utsatt da det ikke passet for kommunen. Partene er enige om at 12. juni 2023 anses som overtakelsesdato.

² De formelle sluttoppgjørreglene har ikke vært fulgt fullt ut av noen av partene i dette prosjektet. I fortsettelsen kommenteres ikke formalkravene i NS 8405 noe nærmere. Det er kun det materielle innholdet i kravene i saken som behandles.

Karmøy kommune besvarte søksmålsvarselet i brev av 26. april 2023

Bilag 2: Karmøy kommune brev av 26. april 2023

Birkeland opplyste deretter den 19. mai 2023 at saksøker ville avvente videre forfølgelse av kravet, og et eventuelt søksmål, til etter at partenes posisjoner var klarlagt i sluttoppgjøret.

Bilag 3: E-post av 19. mai 2023

Vi vedlegger også e-post til Karmøy kommune av 19. oktober 2023 der kommunen blir bedt om å revurdere sitt standpunkt knyttet til EV 009, samt frafalle dagmulktkravet:

Bilag 4: Brev og e-post til Karmøy kommune av 19. oktober 2023 vedlagt stevningsutkast

Bilag 4 utgjør et oppdatert søksmålsvarsel iht. tvisteloven § 5-2.

Birkeland er i utgangspunktet positiv til rettsmekling og antar videre at en eventuell hovedforhandling kan avvikles i løpet av 2 rettsdager.

2 SAKENS BAKGRUNN

Før vi behandler de to omtvistede kravene, vil vi i dette punktet foreta en tidskronologisk gjennomgang av entreprisprosjektet, og fremlegge relevante bevis.

2.1 Konkurransesgrunnlaget for prosjekt «Kloakksanering Heia»

Anbudskonkurranse om prosjektet «Kloakksanering Heia» ble kunngjort i Mercell 5. juli 2021, med tilbudsfrist 03. september 2021, jf.

Bilag 5: Utlysning i Mercell av 05. juli 2021

I utlysningsteksten er prosjektet, og forventet størrelse, omtalt slik under punkt 1.4 og 2.4:

<p>II.1.4) Kort beskrivelse</p> <p>II.1.4) Kort beskrivelse</p> <p>Karmøy kommune skal rehabilitere kloakkledningen som ligger i gangstien over Heia, Sevland. Vannledningen som ligger på sørsiden av FV skal også fornyes på det området kloakkledningen saneres.</p> <p>Ny grøft vil da bestå av vann, overvann og spillvannsledning.</p> <p>Det vil bli arbeider med stikkledninger langs hele traseen. Berørte hagearealer skal reetableres til opprinnelig stand.</p> <p>II.1.5) Estimert totalverdi</p> <p>Verdi ekskl. MVA</p> <p>35 000 000,00</p>

Figur 1: Fra kunngjøring i Mercell 05.07.2021

II.2.4) Beskrivelse av anskaffelsen

Anskaffelsen omfatter i hovedtrekk følgende:

Ledningsanlegg:

- 1000 meter Ø160 mm spillvannsledning, PVC
- 450 meter Ø800 mm overvannsledning, IG-rør, betong
- 400 meter Ø600 mm overvannsledning, IG-rør, betong
- 200 meter Ø400 mm overvannsledning, sort PVC
- 850 meter Ø355 mm vannledning, PE 100
- 40 meter Ø180 mm vannledning, PE 100
- 5 stk Ø160 rettløpskum m/Ø400 stigerør, spillvann
- 1 stk Ø800 betongrør m/påstøpt Ø400 stigerør, overvann
- 3 stk Ø600 betongrør m/påstøpt Ø400 stigerør, overvann
- 1 stk Ø400 grenrør m/Ø400 stigerør, overvann

Stikkledninger:

Ut fra tilgjengelig informasjon vil ca. 60 husstander bli berørt av anlegget. Det kan se ut som flere husstander kan ha fellesledninger.

Kummer:

- 18 stk spillvannskum Ø1000, Plastkum
- 9 stk spillvannskum Ø1200
- 6 stk spillvannskum Ø1000
- 12 stk vannkum med prefab. bunnseksjon m/støpejernskonsoll, Ø2000 mm
- 2 stk vannkum med prefab. bunnseksjon m/støpejernskonsoll, Ø1600 mm
- 15 stk sandfangskum

Kabelarbeider:

Kryssing av eksisterende kabler m/ledningsgrøft, evt. kabler langs grøft på grunnlag av kabelkart fra

kabeleiere (Haugaland Kraft, Telenor, GET og eventuelt andre). Ingen eksterne kabelselskaper skal ha noe nye anlegg.

Veiarbeider:

Re-etablering av sykkel- og gangsti og kryssinger av FV.

Eiendommer:

Re-etablering av eiendommer som berøres av anlegget.

Figur 2: Fra kunngjøring i Mercell 05.07.2021

De to utklippene over sier ingenting om at det som del av kontraksarbeidene skal etableres en midlertid gang- og sykkelvei utenfor anleggsområdet.

Selve konkurransegrunnlaget vedlegges som bilag 6 og 7:

Bilag 6: Konkurransegrunnlag

Bilag 7: Mengdebeskrivelse

Innledningsvis i konkurransegrunnlagets generelle del (bilag 6) er det gitt følgende orientering om prosjektet:

2. ORIENTERING OM PROSJEKT

Karmøy kommune skal rehabilitere kloakkledningen som ligger i gangstien over Heiå, Sevlund. Vannledningen som ligger på sørsiden av FV skal også fornyes på det området kloakkledningen saneres. Ny grøft vil da bestå av vann, overvann og spillvannsledning.

Det vil bli arbeider med stikkledninger langs hele traseen. Berørte hagearealer skal reetableres til opprinnelig stand.

2.1.1 ARBEIDENES ART OG OMFANG

Arbeidene omfatter i hovedtrekk følgende:

Ledningsanlegg:

- 1000 meter Ø160 mm spillvannsledning, PVC
- 450 meter Ø800 mm overvannsledning, IG-rør, betong
- 400 meter Ø600 mm overvannsledning, IG-rør, betong
- 200 meter Ø400 mm overvannsledning, sort PVC
- 850 meter Ø355 mm vannledning, PE 100
- 40 meter Ø180 mm vannledning, PE 100
- 5 stk Ø160 rettløpskum m/Ø400 stigerør, spillvann
- 1 stk Ø800 betongrør m/påstøpt Ø400 stigerør, overvann
- 3 stk Ø600 betongrør m/påstøpt Ø400 stigerør, overvann
- 1 stk Ø400 grenrør m/Ø400 stigerør, overvann

Stikkledninger:

Ut fra tilgjengelig informasjon vil ca. 60 husstander bli berørt av anlegget. Det kan se ut som flere husstander kan ha fellesledninger.

Kummer:

- 18 stk spillvannskum Ø1000, Plastkum
- 9 stk spillvannskum Ø1200
- 6 stk spillvannskum Ø1000
- 12 stk vannkum med prefab. bunnseksjon m/støpejernskonsoll, Ø2000 mm
- 2 stk vannkum med prefab. bunnseksjon m/støpejernskonsoll, Ø1600 mm
- 15 stk sandfangskum

Kabelarbeider:

Kryssing av eksisterende kabler m/ledningsgrøft, evt. kabler langs grøft på grunnlag av kabelkart fra kabeleiere (Haugaland Kraft, Telenor, GET og evetueelt andre). Ingen eksterne kabelselskaper skal ha noe nye anlegg.

Veiarbeider:

Re-etablering av sykkel- og gangsti og kryssinger av FV.

Eiendommer:

Re-etablering av eiendommer som berøres av anlegget.

Figur 3: Utlipp fra konkurransegrunnlagets generelle del, punkt 2.

I samme dokument (bilag 6) punkt 2.4 blir det også fremhevet følgende:

2.4 SPESIELLE FORHOLD

Anlegget går i sin helhet langs eksisterende avløpsledning samt en del av traseen vil gå inn i Trælhaugvegen. Anlegget vil også krysse på tvers av kjøretningene FV547 med 5 grøfter.

Det gjøres oppmerksom på at avløpsledninger ligger med fall mindre enn 10 ‰ på deler av traseen.

Anleggsområdet ligger tett inntil FV547 Vestre Karmøyveg, med en antatt ÅDT på over 14 000. Det er mye tungtrafikk som passerer anleggsdriften.

Det er også skoleveg for en del barn som skal til og fra Sevland skole.

Anlegget vil passere en del inn- og utkjørsler som går direkte inn på fylkesvegen.

Det er 3 bussholdeplasser langs traseen.

Figur 4: konkurransegrunnlagets generelle del punkt 2.4.

Utklippene inntatt i figur 3 og 4 viser i likhet med teksten i de foregående utklippene og av konkurransegrunnlaget ellers, at arbeidene som kommunen ba om pris på først og fremst skulle gå langs eksisterende FV 547. Det er ikke opplyst noe om behov for etablering av midlertidig G/S-vei. Det at det måtte etableres en slik midlertidig vei kom først opp etter at kontraktsarbeidene hadde kommet i gang. Det er arbeidet med denne midlertidige G/S-veien som utgjør grunnlaget for EV 09, jf. under.

Som nevnt innledningsvis viser konkurransegrunnlaget ellers at entreprisekontrakten ble utlyst som en utførelsesentreprise basert på NS 8405 og NS 3420. Av konkurransegrunnlaget fremgår det videre at kontrakten skulle tildeles på grunnlag av i) pris (som skulle vektes 80%) og ii) oppgaveforståelse (som skulle vektes 20%).

Enkeltpunkter i konkurransegrunnlaget, som har særlig betydning for EV 09, kommer vi tilbake til under punkt 3.

2.2 Anbudsbefaring samt spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget

Karmøy kommunen gjennomførte anbudsbefaring den 08. juli 2021, jf.

Bilag 8: Kopi av referat fra anbudsbefaring avholdt 08. juli 2021

Det er kommunen som har utarbeidet referatet, og i punkt 1 er det uttrykkelig presisert at det under anbudsbefaringen ikke ble diskutert andre oppgaver enn de som fremgår av anbudsgrunnlaget:

1	<p>Generell info – Oppmøte var ved trafokiosk til H-kraft i Fredheimvegen</p> <p>Prosjektleder Haakon Norum hadde en generell gjennomgang av prosjektet. Det ble delt ut tegning Plan VA, slik at det var enklere å orientere seg på befaringen. Hele traseen, bortsett fra KG1 til KG5 ble befart av samtlige.</p> <p>Det ble ikke tatt opp eller diskutert noen punkter ifbm. Arbeidene som skal pågå, som ikke står i konkurransegrunnlaget.</p>		
----------	--	--	--

Figur 5: Utklipp fra referat anbudsbefering avholdt 08.07.21

Før tilbudsfristens utløp ble det stilt en del spørsmål til konkurransegrunnlaget. Spørsmål og svar ble kunngjort i Merzell og vedlegges her:

Bilag 9: Spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget

Det nærmere innholdet i bilag 9 kommer vi tilbake til under punkt 3.

2.3 Tilbud og avklaringsmøte

Birkeland AS innga tilbud innenfor tilbudsfristen som var satt til 3. september 2021. Sammen med tilbudsbrevet fulgt beskrivelse av konsept/ løsningsforslag.

Bilag 10: Vedlegg til tilbudsbrev av 3. september 2021; beskrivelse av konsept/ løsningsforslag³

I «beskrivelse av konsept/ løsningsforslag» er risiko/HMS omtalt slik:

<p><u>Risiko - HMS</u></p> <p>Det vi anser som den største utfordringen ved utførelsen av denne kontrakten er å sikre at myke trafikanter og vanlig kjøretøytrafikk kan ferdes så uhindret når arbeidet utføres. For å løse dette planlegger vi å rense midtrabatt mellom eksisterende gangveg og kjørebane, og her etablere en provisorisk gangveg. Mellom denne og kjørebane vil det bli etablert tung sikring for å ivareta sikkerheten. Kryssinger av fv. 547 er tenkt utført som nattarbeid for å minske de store trafikale utfordringene som ligger i oppgraving av kjørebanen.</p>

Figur 6: Utklipp fra Birkelands tilbud

Birkeland ble innkalt til avklaringsmøte med kommunen den. 21. september 2021, jf.

Bilag 11: Referat fra avklaringsmøte avholdt 21. september 2021

³ Tilbudet fra Birkeland inneholdt også en del dokumentasjon som skulle oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Disse vedleggene er det ikke nødvendig for saken å legge frem.

Referatet fra avklaringsmøtet viser at Birkeland i møtet gikk gjennom sin plan for arbeidene, og forklarte hvordan saksøker så for seg å løse utfordringer med myke trafikanter og trafikk. Heller ikke på dette tidspunktet var det et tema at det ville kunne bli behov for midlertidig G/S-vei utenfor anleggsområdet.

I tillegg til Birkeland, deltok også Vassbakk & Stol AS og Risa AS i anbudskonkurransen. Det **bes om** at kommunen i tilsvaret fremlegger kopi av referatene fra avklaringsmøtene som ble avholdt med disse to.

2.4 Kontraktstildeling og kontraktsinngåelse

Birkeland ble tildelt entreprisekontrakten i brev av 1. oktober 2021, jf.

Bilag 12: Tildelingsbrev datert 1. oktober 2021

Av tildelingsbrevet fremgår det at samtlige av de tre tilbyderne som deltok i konkurransen ble vurdert likt mht. oppgaveforståelse, og at Birkeland dermed ble tildelt kontrakten på grunnlag av laveste pris.

Kommunen innkalte deretter til kontraktsmøte den 02. november 2021, jf.

Bilag 13: Referat kontraktsmøte av 02. november 2021

Referat er ført i pennen av kommunen, og angir at prosjektet skulle ha en varighet på 70 arbeidsuker med forventet oppstart 01. desember 2021 og ferdigstilling 15. mai 2023. De samme tidsfristene følger også av kontrakten som formelt ble signert i november 2021:

Bilag 14: Kontrakt november 2021 (usignert versjon)

2.5 Møtestrukturen i prosjektet

Partene avholdt oppstartsmøte den 29. november 2021, og Birkeland startet opp arbeidene i desember 2021 som forutsatt.

Bilag 15: Referat oppstartsmøte den 29. november 2021

Gjennom prosjektet ble det avholdt byggemøter ca. hver 14. dag frem til 5. juni 2023, jf.

Bilag 16: Referat byggemøter, gjennomgående paginert

Referat fra byggemøte nr. 7, nr. 23 og nr. 28 mangler og **bes fremlagt** i tilsvaret. Det er også en del feil i dateringen og nummereringen av møtoreferatene. Eksempelvis er byggemøte nr. 3 og 5 feildatert, referat fra møte nr. 24 ser ut til være feilmerket som nr. 25, mens to referat med ulikt innhold er datert 23.01.23.

2.6 Nærmere om kontraktgjennomføringen

2.6.1 Generelt

Ettersom partene kun er uenige om oppgjøret for EV 09 som gjelder etablering av midlertidig G/S-vei utenfor anleggsstedet, ser vi ikke at det er nødvendig med en generell gjennomgang av kontraktsarbeidene.

2.6.2 EV 09

Behovet for å etablere en midlertidig G/S-vei utenfor anleggsområdet kom først opp høsten 2022 da Birkeland, på bakgrunn av en befarings som hadde blitt avholdt mellom Birkeland, kommunen og Statens Vegvesen, sendte følgende e-post til kommunen den 14. september 2022:

Bilag 17: E-post av 14. september 2022, vedlagt EV 09

I e-posten skriver Birkeland bl.a. følgende:

«Se vedlagt endringsmelding for midlertidig GS over Heiå, samt kostnadsoppsett.

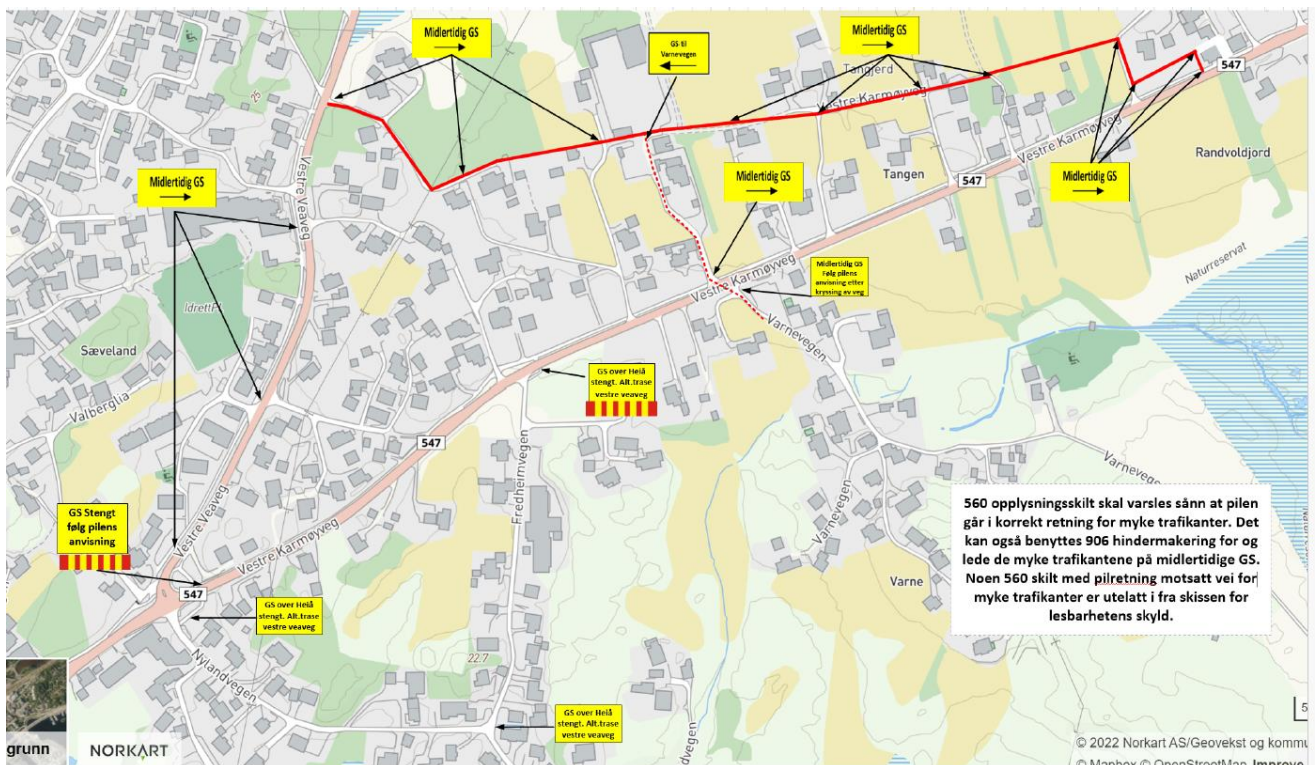
Iht. befarings på fredag den 9/9 som jeg hadde med Andreas Eikeskog fra St.Vegvesen og Anders Kristiansen fra Karmøy Kommune så ble det informert om videre trase for VA-grøft. Som nevnt tidligere så vil det ikke være plass til å la de myke trafikanter passere arbeidsområdet for våre arbeider. Det ble under befarings konkludert med at de myke trafikanter må ledes en annen vei til en midlertidig GS som de kan ferdes trygt på. Et annet alternativ vil være å utvide selve veien for å få plass til myke trafikanter og at biltrafikk kan passere.»

I endringsvarsel EV 09 fremmet Birkeland krav om vederlagsjustering og tidstillegg. Kostnadene ble estimert til ca. kr 346 277,- og det ble samtidig opplyst at arbeidene kunne utføres som regningsarbeider. Tidstillegget ble anslått til 15 dager

Samtidig som EV 09 ble sendt over til kommunen utarbeidet Birkeland også en skisse for hvordan den midlertidige G/S-veien kunne utformes, jf.

Bilag 18: Skisse midlertidig G/S-vei, første versjon

Skissen som ble sendt kommunen i september 2022 så slik ut:



Figur 7: Tegning G/S-vei høst 2022⁴

Karmøy kommune av slo EV 09 den 26. september 2022 med følgende begrunnelse:

«Vi har nå gjennomgått endringsmelding internt og lest igjennom alle poster og henvisninger samt lest på løsningsforslag fra dere og andre tilbydere. Det er ingenting som sier noe om plassering av myke trafikanter. I poster så står det at når midlertidig omlegging for myke trafikanter og kjørebane ligger ved siden av hverandre skal disse skilles med tung sikring. Dere har valgt å gjennomføre på denne måten. Nå går ikke dette slik dere har planlagt. Hvis dere leser hele teksten så blir endringer som dette ikke dekket av byggherre.»

Den 29. september 2022 opprettholdt Birkeland kravet, og samme dag opprettholdt Karmøy kommune avslaget, jf.

Bilag 19: E-postkorrespondanse 26. – 29. september 2022

Den 8. februar 2023 tok Birkeland igjen opp diskusjonen om EV 9 mellom partene og endringen ble diskutert mer inngående per e-post, men uten at partene kom til enighet:

Bilag 20: E-postkorrespondanse 08. – 13. februar 2023

Birkeland sendte deretter brev til kommunen den 11. mars 2023, hvor kravet under EV 9 opprettholdes:

Bilag 21: Brev fra Birkeland av 13. mars 2023

Den 20. mars 2023 avholdt partene et møte for å diskutere kravet, men uten at partene kom til enighet. Den 22. mars 2023 sendte derfor Birkeland, som opplyst om innledningsvis, et søksmålsvarsel. Diskusjonene fortsatte

⁴ Opprinnelig vurderte Birkeland at det var tilstrekkelig med en kortere rute, det ble etter hvert klart at en måtte til med sykkel og gangsti helt til endes av anlegget.

deretter per e-post. Birkeland opplyste deretter den 19. mai 2023 at saksøker ville avvente videre oppfølging av EV 9 til sluttoppgjøret.

Ved slutføringen av kontraktsarbeidene måtte Birkeland fjerne den midlertidige G/S-veien. Oppryddingsarbeidene pågikk så godt som frem til overlevering.

Kostnadene ved arbeider under EV 9 ble til slutt **kr 828 770 eks. mva.**

Bilag 22: Underlag til EV 09

De rettslige anførslene knyttet til EV 09 kommenteres nærmere i punkt 3.

2.6.3 Særlig om EV 10, 11, 13 og 15

Gjennom endringsmelding 10, 11 og 13 varslet Birkeland totalt 8 dager fristforlengelse, som er akseptert av kommunen. Varslene er ikke omtvistet, og legges derfor heller ikke frem.

I EV 09 har Birkeland videre fremmet krav om 15 dagers tillegg i tid, ref. over, og i EV 015 har Birkeland fremmet krav om 30 dagers tillegg i tid, jf.

Bilag 23: EV 015

Birkeland har videre fremmet krav om fristforlengelse knyttet til tilleggsbestillingen som kommunen foretok den 19. mai 2023, jf. straks under. Da kommunen bestilte disse arbeidene var det forutsatt et arbeidsomfang som var ca. 50% mindre omfattende enn det arbeidet som faktisk viste seg å bli nødvendig. Fristforlengelsen som ble akseptert ifm. kommunens bestilling ser ut til å være utelatt ved kommunens beregning av dagmulktkravet.

2.6.4 Særlig om Karmøy kommunes tilleggsbestilling i 2023

Mot slutten av prosjektet ble Karmøy kommune klar over at en grunneier med adresse Vestre Karmøyveg 216 var uteglemt i planleggingen av entreprisen, og at denne grunneieren ville bli uten vann når opprinnelig vannledning skulle stenges.

Den 11. mai sendte kommunen ut en kort beskrivelse av tilleggsarbeid som Birkeland ble bedt om å prise. Dette var bakgrunnen for at kommunen 19. mai foretok en bestilling av tilleggsarbeider:

Bilag 24: Tilbudsforespørsel av 11. mai 2023 fra Karmøy kommune v/ Knut Even Medhaug

Bilag 25: Tilbud fra Birkeland av 16. mai 2023

Bilag 26: Bestilling Karmøy kommune v/ Knut Even Medhaug av 19. mai 2023

I tilbudet til Birkeland, som kommunen aksepterte, var det forutsatt at arbeidet ville ha en varighet på 5 dager. I forbindelse med oppstarten av arbeidene ble det klart at grunneier med adresse Varnevegen 6, 4275 Sævelandsvik befant seg i samme situasjon, og det ble bestemt at arbeidene som var igangsatt også måtte omfatte den eiendommen. Disse avklaringene, som ble gjort muntlig, førte til at arbeidsomfanget som Birkeland måtte

utføre etter kontraktens opprinnelige sluttfrist doblet seg i arbeidsomfang. Opprinnelig pristilbud, som var på kr 93 000 eks. mva., økte til kr 163 914 eks. mva. Fakturakravet er betalt, og faktura vedlegges:

Bilag 27: Faktura 1104559 av 30. juni 2023

I tilbudsbrevet til Birkeland, som kommunen godtok, var det inkludert krav om tillegg i tid på 5 dager. Som følge av merarbeidet som ikke var kjent før oppstart, fikk arbeidene en lengre varighet. Arbeidene pågikk fra 19. mai – 9. juni 2023, dvs. 24 kalenderdager utover avtalt sluttfrist.

2.7 Overlevering og sluttoppgjør

Som opplyst om innledningsvis er partene enige om at arbeidene skal anses overlevert 12. juni 2023, selv om ferdigbefaring først ble foretatt noe senere. Kommunen har også bekreftet skriftlig i e-post av 8. september 2023 at Birkeland har levert inn all dokumentasjon som kommunen har bedt om.

Kopi fra ferdigbefaring avholdt 19. juni 2023 vedlegges:

Bilag 28: Kopi protokoll ferdigbefaring og mangelsliste 19. juni 2023 (ikke signert)

Siste arbeider ble fakturert i juli 2024, mens sluttoppstilling ble oversendt kommunen 9. august 2023, jf.

Bilag 29: Sluttoppstilling Birkeland (udatert, men oversendt 9. august 2023)

Den 24. august 2023 innkalte kommunen til møte for å diskutere blant annet gjenstående arbeid, jf.

Bilag 30: E- post fra kommunen med innkalling til møte 24. august 2023

Bilag 31: E-post fra Karmøy kommune av 8. september 2023 med tilsvaret til sluttoppgjør

I e-posten av 8. september 2023 fremmet kommunen for første gang krav om dagmulkt. Dette hadde verken vært tema i møtet som partene avholdt 24. august, eller under ferdigbefaringen.

Birkeland er uenig i dagmulktkravet og oppfatter at kravet kun har blitt fremsatt i den hensikt å «nulle ut» et berettiget tilleggskrav, dvs. EV 09.

Birkelands utestående fremgår av figur 8 under, som er utskift fra prosjektrengskapet:

Åpne poster på Kloakksanering Heiå										
Fakturabeløpene er inkludert moms.										
Konto	Navn	Dato	Forfall	Fakturanr	Tekst	Debet	Kredit	Status	Restbeløp	
100756	Karmøy Kommune	12.07.2023	11.09.2023	1104754	Faktura nr.1104754	kr 2 348 834,12	kr 0,00	Åpen	kr 2 348 834,12	Innestående
100756	Karmøy Kommune	31.08.2023	30.09.2023	1104911	Kreditnota nr.1104911	kr 0,00	-kr 354 060,00	Åpen	-kr 354 060,00	Korrigerig av slutfaktura (vannledning, pumpeutstyr og lenseledning)
100756	Karmøy Kommune	20.09.2023	20.10.2023	1105013	Faktura nr.1105013	kr 129 560,00	kr 0,00	Åpen	kr 129 560,00	Rest innstående (pga feil i et excelark var dette beløpet ikke kommet med)
100756	Karmøy Kommune	30.06.2023	30.07.2023	1104595	Faktura nr.1104595	kr 1 035 962,50	kr 0,00	Åpen	kr 1 035 962,50	EV09 Midlertidig gangvei
									kr 3 160 296,62	

Figur 8: Utskrift prosjektrekningskap

3 NÆRERE OM DEN RETTSLIGE BEGRUNNELSEN FOR EV 09

3.1 EV 09: midlertidig G/S-vei

Birkeland fastholder at arbeidet med midlertidig G/S-vei er et endringsarbeid. Karmøy kommune har organisert arbeidene som en utførelsesentreprise etter NS 8405, og med et enhetsprissystem etter NS 3420. Systemet forutsetter at kommunen har utarbeidet prispåbærende poster som omfatter alle arbeider entreprenøren skal utføre.

Postbeskrivelsene skal være utformet slik at en normalt forstandig entreprenør er i stand til å forstå prosessene og kalkulere pris for arbeidene. Arbeid som ikke er prosjektert, beskrevet eller medtatt i prispåbærende poster er byggherren ansvar. Ubeskrevne arbeider vil derfor være tilleggsarbeid som gir entreprenøren krav på vederlagsjustering og/eller fristforlengelse.

Postbeskrivelsene og konkurransegrunnlaget skal med andre ord gi alle nødvendige opplysninger om prosjektet, slik at entreprenøren settes i stand til å kalkulere kostnader og ressurser for de kommende arbeidene. Grensen for hva som er tilstrekkelig veiledning må vurderes konkret opp mot prosjekteringsforpliktelsen, og hva som etter bransjepraksis normalt forutsettes at entreprenøren kan utføre uten nærmere veiledning og beregning.

Kontraktens mengdebeskrivelse inneholder to prispåbærende poster som gjelder klargjøring av adkomst eller plasser, post 01.01.01.4 og post 01.01.01.6.

Post 01.01.01.4 gjelder etablering av anleggsvei innenfor hele bygge- og anleggsplassen, mens post 01.01.01.6 gjelder skilting og trafikkavvikling tilknyttet anleggsområdet, samt etablering av skille med fysisk kjørestrekk stengsel klasse T3 mellom kjørebane og gang- og sykkelsti i hele traseen i hele anleggsperioden:

01.01.01.4	<p>AK3.199 KLARGJØRING AV ADKOMST ELLER Plasser Rund sum TYPE/FORMÅL: Anleggsveg/omkjøringsveg <i>Lokalisering:</i> Hele bygge- og anleggsplassen og midlertidige anleggsveger/omkjøringsveger. <i>Beskrivelse:</i> For anleggsveier/omkjøringsveier, plasser og utstyr for trafikkavvikling. <i>Andre krav:</i> Nei</p>	RS
------------	---	----

Figur 9: Fra postbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget

01.01.01.6	<p>AK3.199A KLARGJØRING AV ADKOMST ELLER Plasser Rund sum</p> <p>TYPE/FORMÅL: Trafikkavvikling Lokalisering: Hele anlegget Beskrivelse: Entreprenøren skal stå for all skilting/trafikkavvikling knyttet til anleggsområdet Andre krav:</p> <p>a) Omfang og prisgrunnlag</p> <p>Viser til kap 6.1.4 og 6.2.18 i tekniske bestemmelser.</p> <p>Myke trafikanter skal skilles fra kjørebane med langsgående kjøresterk tung sikring, klasse T3 i hele lengden og i hele anleggstiden.</p> <p>På tilsvarende måte skal grøfter sikres forskriftsmessig med nødvendige sikringsgjerdertiltak i hele lengden og hele anleggstiden.</p> <p>Etter hvert som myke trafikanter ledes tilbake i ny trase for fortau/gs-veg skal denne ha et fast vegdekke som er egnet for sykling.</p> <p>Ved reduksjon av kjørearelet til en kjørebane skal trafikkavvikling foregå ved bruk av lysregulering. Alle kostnader for dette inkluderes i posten.</p>	RS
------------	---	----

Figur 10: Fra postbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget

Ingen av postene omfatter ansvar for prosjektering og etablering av gang- og sykkelsti utenfor traseen. Tvert imot fastslår post 01.01.01.4 helt tydelig at byggherre bestiller en løsning hvor gang- og sykkelsti skal skilles fra kjørebane med kjøresterk tung sikring i klasse T3.

Konkurransegrunnlaget fastslår heller ikke at prosjekteringsansvaret for midlertidig gang- og sykkelsti skal forskyves fra byggherre til entreprenør. Prosjektets omfang er oppsummert i konkurransegrunnlaget punkt 2. Her fremgår det at arbeider vil foregå langs hele traseen/gangstien over Heiå, og at hagearealer kan bli berørt. Det fremgår ikke at det må påregnes arbeider langt borte fra traseen, slik det etter hvert viste seg at man måtte gjøre mht. omlegging av midlertidig G/S-vei.

I konkurransegrunnlaget punkt 2.1.1 beskrives hovedtrekkene i arbeidenes art og omfang. Her fremgår det at arbeidene i hovedtrekk omfatter «re-etablering av sykkel- og gangsti og kryssinger av FV.» Det står som påpekt i punkt 2 over ingenting her om at arbeidene også omfatter prosjektering og etablering av midlertidig omlegging av G/S-vei utenfor traseen eller anleggsområdet.

De alminnelige bestemmelsene i konkurransegrunnlaget punkt 6.5 regulerer disponering av grunn. Her står det bl.a. at byggherre ikke har forhandlet riggplass med grunneiere, og at entreprenøren selv må sørge for riggplass inkl. nødvendig grunneiertillatelse. Det står ingenting i punktet om at entreprenøren også må sørge for plass til omlegging av midlertidig G/S-vei utenfor anleggsområdet. Dette ville vært naturlig å ta opp under et generelt

punkt for disponering av grunn, dersom det var meningen at Birkeland skulle forestå prosjektering og etablering av midlertidig G/S-vei utenfor traseen.

Punkt 6.1.4 fastslår blant annet at entreprenøren «skal stå for all skilting/ trafikkavvikling innen anleggsområdet» og at «gående og syklende skal i anleggstiden skilles fra kjørebane med fysisk kjøresterkt stengsel». Heller ikke her neves at Birkeland er ansvarlig for prosjektering for midlertidig omlegging av sykkel- og gangsti utenfor anleggsområdet, eller skilting/trafikkavvikling overhodet utenfor anleggsområdet.

Midlertidige omkjøringsveier omtales i punkt 6.2.18, og her står det at:

«All etablering og utforming av midlertidige omkjøringsveier er entreprenøren sitt ansvar. Inkludert nødvendige grunneieravtaler/ tillatelser. Entreprenøren må sette seg godt inn i de stedlige forhold etter befaring i området og evt. foreta egne undersøkelser/ beregninger.»

Punkt 6.2.18 er vagt formulert og det er derfor uklart hvor stort ansvar kommunen her mener å legge over på entreprenøren. Dette er antakelig også grunnen til at det ble bedt om avklaring den 25. august 2021:

25.08.2021 13.56	Spørsmål til midlertidig omkjøringsveier	<p>Spørsmål:</p> <p>Punkt 6.2.18 i Tekniske bestemmelser. Dette punkt sier at midlertidige omkjøringsveger er entreprenøren sitt ansvar, inkludert grunneieravtaler og tillatelser. Hvordan ser kommunen for seg at tilbyder skal prise dette? Skal entreprenør ta kontakt med hver enkelt grunneier og avtale direkte? Før en priser jobben? Hva med tilbakeføring? Og hva hvis grunneier ikke ønsker tiltak på sin eiendom? Skal det være vegmerking på omkjøringsveger? Hvilke krav stilles til tykkelse og oppbygning av midlertidige omkjøringsveger?</p> <p>Svar:</p> <p>Entreprenør må selv påse at dersom man velger å lage en eller flere omkjøringsveier må grunneier kontaktes og det må lages avtaler med den enkelte grunneier om bruk av grunn og tilbakeføring av eiendom til slik den stod før anlegget startet. Dersom grunneier ikke ønsker tiltak på sin eiendom må entreprenør ha en plan som løser eventuell omkjøring på en annen måte.</p> <p>En omkjøringsveg vil kreve søknad om skilt- og arb. varsling og da vil man få svar på hvilke krav det settes til merking.</p> <p>Omkjøringsvegen skal holde standard til den trafikkmengden den skal tåle og den skal ha standard nok til etablering, vedlikehold og fjerning. Det skal være fast dekke på toppen.</p>
------------------	--	---

Figur 11: Utdrag fra spørsmål og svar, før tilbudsfrist

Se videre oppfølgingen til denne spørsmålsrunden påfølgende dag, og tilleggsinformasjonen som ble gitt til prisbærende post 01,01,01,4 for anleggsveier:

26.08.2021 13.38	Tilleggsinformasjon post 01.01.01.4	Posten skal inneholde etablering av eventuelle anleggsveier/omkjøringsveier, plasser og utstyr for trafikkavvikling.
26.08.2021 13.29	Oppfølging trafikkavvikling	<p>Spørsmål:</p> <p>Viser til svar på spørsmål vedrørende post 01.01.01.6. Da forstår vi deres tilbakemelding dithen at vi kun skal pris inn lysregulering i denne posten (foruten T3-sikring i hele lengden i hele anleggstiden, samt sikring av grøfter i hele lengden i hele anleggstiden), og ikke ta høyde for eventuelle omkjøringsveger.</p> <p>Svar:</p> <p>Det stemmer.</p>

Figur 12: Utdrag fra spørsmål og svar, før tilbudsfrist

Byggherre har her bekreftet at man i post 01.01.01.6 ikke skal ta høyde for eventuelle omkjøringsveier. Dette er i samsvar med den forståelsen Birkeland AS har lagt til grunn i sitt tilbud.

At byggherre har forutsatt at kun tilgrensende hagearealer berøres av arbeidene i traseen, er også forutsatt i referat fra oppstartsmøte av 29. november 2021 punkt 17 og 18. Det ville vært naturlig å nevne behov for avtaler mv. for andre berørte i disse punktene:

17	Grunneieravtaler		
17.1	Det er utarbeidet grunneieravtaler for selve grøftesnippet langs hele anlegget. Det er kommunisert ovenfor disse grunneierene at vi må grave på eiendommen for å få til grøften. Det er ikke kommunisert noe anleggsvei på disse eiendommene.	Info	
18	Besiktigelse av hus og eiendommer langs grøftetrase		
18.1	Takst team AS har utført en besiktigelse langs grøftetraseen og tatt for seg alle eiendommer som grenser til grøften. Birkeland skal istandsette eiendommene tilbake til opprinnelig standard som før anlegget, så det er viktig å ta gode bilder for hver eiendom man passerer. KK oversender rapport til Birkeland	KK	UKE 48

Figur 13: Utdrag fra oppstartsmøte avholdt 29.11.22

Karmøy kommune har tidligere anført at Birkeland skulle planlagt (og prosjektert) midlertidig G/S-vei utenfor anleggsområdet på eget initiativ, og vist til at kontrakten har et «funksjonskrav» om at «veien i utgangspunktet ikke skal kunne stenges, men holdes åpen, for eksempel gjennom etablering av en eller flere omkjøringsveier, jfr konkurransegrunnlaget punkt 6,1,4 sammenholdt med 6,2,18.».

Birkeland bestrider dette. Utgangspunktet er at prosjektet er organisert som en utførelsesentreprise etter NS 8405 og at byggherren er prosjekteringsansvarlig. Entreprenøren skal i utførelsesentrepriser bare forestå nødvendig

prosjektering og der kontraktsdokumentene klart fastsetter at entreprenøren skal oppnå et bestemt funksjonskrav eller hvor dette er særlig avtalt, jf. NS 8405 punkt 13.1.

Kontrakten inneholder ikke noen funksjonskrav som gir Birkeland et prosjekteringsansvar for midlertidig G/S-vei. Begrepet «funksjonskrav» er ikke nærmere definert i NS 8405, og Birkeland mener at begrepet omhandler klart spesifiserte krav til *det ferdige anleggets* egenskaper, anvendelse, holdbarhet, drift, vedlikehold mv. Se i samme retning TEK17 § 1-3 bokstav c som definerer «funksjonskrav» i forskriftens forstand slik:

«overordnet formål eller oppgave som skal oppfylles i det ferdige byggverket» (vår understrekning).

Vi viser også til Marthinussen m.fl., NS 8405 med kommentarer (2016), s. 177-178:

«Standarden inneholder ingen definisjon av uttrykket funksjonskrav. Uttrykket var imidlertid definert i NS 3431 «Alminnelige bestemmelser for totalentrepriser» pkt. 2.6. Det antas at definisjonen fremdeles er anvendelig ettersom NS 8407 ikke har definert begrepet. Med funksjonskrav menes etter denne standarden spesifiserte krav til byggets eller anleggets egenskaper, anvendelse, holdbarhet, drift, vedlikehold og liknende som normalt konstateres ved måling, prøving eller bruk.» (vår understrekning)

Birkeland mener derfor at krav om *midlertidig trafikkavvikling under prosjektets utførelse* ikke er et bestemt funksjonskrav som gir entreprenøren prosjekteringsansvar etter NS 8405 punkt 13.1.

For det andre er uansett ikke det påståtte funksjonskravet tilstrekkelig «*fastsatt*» i kontrakten. Kravet må fremgå med tydelighet slik at det er synlig for entreprenøren på kalkulasjonstidspunktet at kontrakten også omfatter plikt til å forestå nødvendig prosjektering av midlertidig G/S-vei utenfor anleggsområdet. Det er ikke tilfellet her.

Det påståtte kravet om at entreprenøren selv skulle planlagt og anlagt midlertidig G/S-vei utenfor anleggsområdet, representerer et betydelig avvik fra det alminnelige funksjonsdelingsprinsippet i utførelsesentrepriser, og medfører betydelige merkostnader for entreprenøren. Dette tilsier i seg selv at kravet må være klart og entydig formulert i kontraktsdokumentene, ikke bare forutsetningsvis ved å lese flere bestemmelser i sammenheng slik som Karmøy kommune gjør.

I alle tilfeller gir kontraktens post 01.01.01.6 detaljert beskrivelse av kontraksarbeidet for gang- og sykkelsti («*skilles fra kjørebane med langsgående kjøresterk tung sikring, klasse T3 i hele lengden og i hele anleggsperioden*») som står i motstrid med byggherrens tolkning. Denne spesielle beskrivelsen må gå foran en eventuell mer generell beskrivelse om at veier i utgangspunktet skal «*holdes åpen, for eksempel gjennom etablering av en eller flere omkjøringsveier*».

Oppsummert finnes det ikke noe funksjonskrav i kontrakten som medfører at Birkeland er ansvarlige for å prosjektere og etablere midlertidig G/S-vei utenfor traseen. I beste fall kan man si at det ikke er tilstrekkelig klart og entydig presisert noen steder i kontraktsdokumentene at Birkeland ilegges ansvar for prosjektering og etablering av midlertidig G/S-vei utenfor traseen. Risikoen ved uklarhetene og tvetydighetene i kontraktsunderlaget er byggherrens risiko.

3.2 Kravsberegning EV 09

I sluttoppstilling fra juli krevde Birkeland et tilleggsvederlag for EV 09 på totalt kr 828 770 eks. mva.

Da Birkeland i søksmålsvarselet fra mars 2023 presenterte kravsberegningen tok Birkeland samtidig opp med kommunen hvorvidt den ønsket innsyn i bestemte kravsposter. I svarbrev av 26. april 2023 (bilag 2) svarte kommunen kort at

«Hva gjelder kravets størrelse, har vi foreløpig ikke funnet grunnlag for å vurdere om de oppførte poster har vært nødvendige for å opparbeide de aktuelle omkjøringsveier. Fra vår side er det imidlertid åpenbart at opparbeidelseskostnadene for omkjøringsveiene ikke i sin helhet representerer merutgifter, dette idet opparbeidelsen av omkjøringsveiene har gitt en effektivitetsgevinst, blant annet ved at arbeidet igrøftetraseen har blitt vesentlig mer effektiv. Subsidiært bestrides følgelig også størrelsen på merkostnadene.»

Dersom kommunen opprettholder innsigelsene til kravsberegningen ber vi om at innsigelsene blir utdypet i tilsvaret. Innsigelsene som kommunen så langt har presentert er etter Birkeland sitt syn uholdbare.

3.3 Kort om kommunens varslede dagmulktkrav

I tilsvaret til sluttoppgjøret av 8. september fremmet kommunen som nevnt over krav om dagmulkt, og kravet var beregnet til kr 484 267,50 basert på følgende oppsett:

Overtakelse fant sted 12.06. Avtalt justert ferdigstillelse 26 mai. Som gir et dagmulktkrav på kr. 484.267,50	
Oppsett dagmulkt.	
Tidsfrist ferdigstillelse:	15.05.2023
Overlevering	12.06.2023
Antall dager:	28 dager
Fradrag helligdager og offentlige	7 dager
Høytidsdager	
Fradrag fra godkjent ifra byggherre:	8 dager
Sum:	13 dager
Utgjør en promille av kontraktsum: (37.251.346x 0,001)x13 dager = kr.484.267,5,-	
Sluttdokumentasjon er overlevert og godkjent.	

Figur 14: Utdrag fra kommunens tilsvaret til sluttoppgjør (e-post av 8. september 2023)

Birkeland anser kravet som grunnløst, og anser seg berettiget til tillegg i tid tilsvarende faktisk byggetid. Vi overlater til kommunen å begrunne kravet nærmere i tilsvaret, men viser særlig til at kommunen i sin beregning har uteglemt tilleggsarbeider som ble bestilt 19. mai 2023, og hvor arbeidsomfanget doblet seg i omfang sammenlignet med tilbudsforespørselen som kommunen sendte til Birkeland 11. mai 2023.

1. AVSLUTNING OG PÅSTAND

I sluttoppgjøret holder Karmøy kommune tilbake kr 3 160 296,62 inkl. mva. Beløpet inkluderer oppgjør for EV 09 som Birkeland mener er et berettiget tilleggskrav. Kommunen holder videre tilbake oppgjør for dagmulkt som Birkeland anser som klart uberettiget. Årsaken til øvrig tilbakehold er ukjent.

Birkeland krever utbetaling iht. sluttoppstilling, og krever utbetalt sitt tilgodehavende på kr 3 160 296,62 inkl. mva. I tillegg kreves rente fra forfall til betaling skjer, og i tillegg kreves sakskostnader dekket.

I en hovedforhandling vil daglig leder Kai Peder Birkeland møte som partsrepresentant. Birkeland vil avgi forklaring. I tillegg vil anleggssjef Frode Naley og prosjektleder Ole Kristian Nilsen bli innkalt som vitner. Hvorvidt det blir aktuelt å innkalle ytterligere vitner må avklares etter at kommunen har inngitt tilsvaret.

Det nedlegges foreløpig slik

P Å S T A N D :

1. Karmøy kommune betaler kr 3 160 296,62 inkl. mva. til Birkeland AS, med tillegg av merverdiavgift og forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.
2. Birkeland AS tilkjennes sakens omkostninger.

Denne stevningen signeres elektronisk ved inngivelse i Aktørportalen.

Stavanger, 19.10.2023

CMS Kluge Advokatfirma AS

Grethe Gullhaug

Partner