

5.7.3 KOE 063 – Forbud mot nattarbeid

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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