

UiO • **Det juridiske fakultet**

Det entrepriserettslige klarhetskravet ved anbud

Kandidatnummer:670

Leveringsfrist:25.11.2013

Antall ord: 17977



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avgrensning.....	2
1.2	Begrepsbruk.....	3
1.3	Metodevalg for oppgaven.....	4
1.4	Er det et klarhetskrav?	6
2	AVTALETOLKNING.....	9
2.1	Plassering av tolkningslæren i oppgavens sammenheng.....	9
2.2	Innledende om tolkning av avtaler	9
3	PARTENES FELLESFORSTÅELSE	14
3.1	Tekstbasert intensjonaltolkning.....	14
3.1.1	Kontekstbasert intensjonaltolkning.....	15
3.2	Intensjonaltolkning ved uklar ordlyd.....	16
4	HARMONISERINGSSTILEN.....	17
4.1	Harmonisering ved uklar ordlyd.....	18
4.1.1	Harmonisering ved klar ordlyd	18
5	RISIKOBASERT TOLKNINGSSTIL	20
5.1	Kort om god-tro regelen i avtaleloven § 33 på entreprisetrakter inngått ved anbudskonkurranse	20
5.2	Alminnelige tolkningsregler	22
5.2.1	Minimumsregelen	22
5.2.2	Ejusdem generis-regelen	23
5.2.3	Uklarhetsregelen	23
6	KORT OM "ENTREPRISRETT"	28

7	TOLKNING AV ENTREPRISEAVTALER	31
7.1	Standardkontrakter, Norsk Standard 8405 m.fler.....	32
8	ENTREPRISEKONTRAKTER INNGÅTT VED ANBUD	35
8.1	Kort om anskaffelsens innledende fase	35
8.2	Før tilbudsfristens utløp.....	36
8.3	Krav til konkurransegrunnlaget og tilbudet.....	37
8.4	Avvisning ved avvik eller forbehold	37
8.5	Avklaring	38
8.6	Særregelen om taktisk prising	39
8.7	Når er bindende avtale inngått?	40
8.8	Endring av kontrakten	40
8.8.1	Endring av kontraktsarbeidet	41
9	UKLARHETSREGELEN VED ANBUDSKONKURRANSE	42
9.1	Eksempler på uklarhet ved at det offentlige endrer standardkontrakten	43
9.1.1	Rt. 1992 s.1105 (NSB-dommen).....	43
9.1.2	Rt.2009 s.160 (Stryn Energi)	45
10	HVOR LANGT REKKER PRESUMSJONSREGELEN OM AT FEIL PRISING AV ENKELT POSTER PRESUMERES INNTATT I ANDRE POSTER?	47
10.1	Rt.2003 s.1531 (Veidekkedommen)	47
10.2	Rt. 2007 s.1489. (Byggholtdommen)	49
10.2.1	Innledning	49
10.2.2	Nærmere om sakens faktiske side	50
10.2.3	Nærmere om sakens rettslige side.....	51
10.2.4	Juridisk teori om Byggholtdommen.....	53
11	RT. 2012 S.1729 (MIKADOMMEN)	56
11.1	Sakens faktiske side.....	56

11.1.1	Kontraktens oppbygning	56
11.1.2	Høyesterett sin vurdering av uklarheten i kontrakten.	58
11.2	Juridisk teori om Mikadommen.....	66
11.2.1	Artikkel av Lasse Simonsen om Mikadommen	66
11.2.2	Artikkel av Kai Krüger om Mikadommen	67
12	OPPSUMMERING	69
12.1	De lege lata etter Mikadommen?.....	69
12.2	De lege ferenda-betraktninger knyttet til Mikadommen og virkningen av den	71
13	LITTERATURLISTE	73

1 Innledning

De siste årene har Høyesterett avsagt flere prinsippavgjørelser med rettsavklarende virkning for klarhetskravet i entrepriseretten. Den siste i rekken er Mikadommen, Rt.2012 s.1729. Ved valg av emne til masteroppgaven fremsto entrepriserett som et spennende rettsområde og da særlig det spesielle klarhetskravets ved anbud, dette ble forsterket ved nærmere lesning av Mikadommen og tidligere praksis¹. Således har Mikadommen vært inspirasjonskilden for denne oppgaven.

Veien til en gjennomgang av dommene innen klarhetskravet i entrepriseretten må nødvendigvis gå via rettsreglene som utgjør bakgrunnsteppet for avgjørelsene. Derfor vil den generelle tolkningslæren, entrepriseretten og anskaffelsesretten først bli gjennomgått, deretter sentrale dommer om klarhetskravet i entrepriseretten. Således tar oppgaven mål av seg å vise den komplekse rettskildesituasjonen som oppstår ved møte mellom forskjellige rettsområder. For avslutningsvis få frem hva som er gjeldende rett og om dette er den beste løsningen for krav til klarhet for både tilbudsgiver (entreprenør) og oppdragsgiver (byggherre).

Klarhetskravet i entrepriseretten er et dagsaktuelt tema, dommene er ferske og kontroversielle, noe særlig artiklene til Lasse Simonsen og Kai Krüger viser.² Professorene inntar forskjellige standpunkt mht. til hvorvidt Mika-dommen er i tråd med tidligere praksis. Et spørsmål som denne oppgaven tar mål av seg å besvare er hvorvidt Høyesterett følger en konsekvent linje egnet til å skape forutberegnelighet, eller om rimelighetshensyn spiller en skjult og avgjørende rolle når uklarheter i avtalen påberopes som grunnlag for å endre kontraktsforpliktelsene mellom partene.

¹ Inntatt i kapittel 9 og 10 under

² Simonsen (2013) og Krüger (2012)

1.1 Avgrensning

Oppgaven omhandler klarhetskravet i entrepriseretten. Det ligger således utenfor oppgaven å besvare spørsmål som relaterer seg til andre kontraktsforhold, men for å få frem innholdet av kravet vil det bli brukt noen eksempler fra andre rettsområder.

Videre vil gjennomgangen av entrepriseretten bli begrenset til karakteristiske trekk ved den. Problemstillinger knyttet til klarhetskravet i entrepriseretten er hovedfokuset, dette blir eksemplifisert med Høyesteretts praksis. Siden oppgaven gjelder anbudstilfellene, er lov om offentlige anskaffelser og forskrifter til denne meget sentral. Det ligger utenfor oppgaven å redegjøre for anskaffelsesretten som sådan, herunder problematikken ved avgrensningen mot forsyningssektoren som reguleres av Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektoren. Videre ligger det utenfor oppgaven å forfølge det EØS-rettslige aspektet knyttet til offentlige anskaffelser ved at reglene er i stor grad en implementering av EU-direktiver. Det vil bli vist til enkelte prinsippavgjørelser fra EU-domstolen, siden domstolen sin tolkning av direktivet er av betydning for reglens innhold, som igjen har betydning i forhold til lex Superior prinsippet i EØS-loven § 2.

Regelen om konkurransepreget dialog i § 14-2 i forskrift om offentlig anskaffelser, heretter omtalt som FOA, vil ikke bli redegjort for.³ Således vil fokuset være på åpen og begrenset anbudskonkurranse.

Regler om anbudskonkurranse når begge parter er private rettssubjekt vil heller ikke bli gjenstand for inngående drøftelser, men det vil bli vist til enkelte regler i NS 8400 og 8410 som er av betydning for klarhetskravet ved anbudskonkurranse.

³ Forskrift nr. 402 om offentlige anskaffelser

1.2 Begrepsbruk

Tradisjonelt har begrepet anbud blitt brukt både om tildelingskonkurransen og om selve tilbudet som inngis. I NS 8400, NS 8410 og FOA, anvendes nå i stor grad tilsvarende begreper.⁴ Jeg vil i det følgende hovedsakelig anvende begrepsbruken som fremgår av NS 8400, se særlig dennes pkt. 1 om definisjoner.

- **Anbudskonkurransen:** Begrepet brukes når flere innen samme frist og på samme grunnlag innbys til å gi et skriftlig tilbud på utførelse av et oppdrag
- **Oppdrag:** Det bygge- eller anleggsarbeid som skal utføres av leverandøren og som benevnes som kontraktsarbeid eller kontraktsgjenstand
- **Tilbud:** En leverandørs bindende svar med prising av oppdragsgiver sitt konkurransegrunnlag
- **Oppdragsgiver:** den som skal ha leveransen.
- **Leverandør:** den som konkurrerer om kontrakten. (i denne oppgaven brukes tilbyder, tilbudsgiver, entreprenør og leverandør som benevnelse på denne parten)
- **Konkurransesgrunnlaget:** utformet av oppdragsgiver og danner grunnlaget for konkurransen mellom leverandørene.⁵

NS 3400 brukte begrepene, "byggherre" og "entreprenør", dette er i NS 8400 endret siden denne også gjelder for kjøp av varer og tjenester i forbindelse med bygge- og anleggsarbeider.⁶

Når det gjelder begrepsbruken i entreprisretten følger jeg hovedsakelig NS 8405s begrepsbruk:

- **Byggherre:** Kontraktspart som skal ha utført det bygg- eller anleggsarbeid som kontrakten omfatter.

⁴ NS 8400 er tilpasset begrepsbruken til regelverket for offentlige anskaffelser, jf. Urbye (2007) s.13. Se også forordet til NS 8400.

⁵ Se NS 8400 pkt. 4 og dennes underpunkter.

⁶ Urbye (2007) s.13

- **Entreprenør:** kontraktspart som har påtatt seg utførelsen av det bygg- eller anleggsarbeidet som kontrakten omfatter.
- **Kontraktsarbeid:**⁷ bygg, arbeid eller anlegg som omfattes av kontrakten mellom byggherren og entreprenøren.

Dette er begreper som går igjen i oppgaven. Andre entrepriserettslige begreper følger definisjonen i NS 8405.

Kontraktrettslige termer brukt i oppgaven blir gjennomgående drøftet etter hvert som de anvendes i oppgaven.

1.3 Metodevalg for oppgaven

Store deler av oppgavens tema omhandler ulovfestet rett. Dermed gjør særlige metode-spørsmål seg gjeldende. Prinsipielle avklaringer fra landets høyeste domstol vil være særlige avgjørende når lovtekst ikke er en del av de tilgjengelige rettskildefaktorer. For entrepriseretten er juridisk teori særlig førende, dette kommenteres nærmere under kapittel 8.

En ikke uvesentlig del av oppgaven omhandler anskaffelsesretten. Denne er lovregulert og bygger på EU-rett. Her gjør særlige rettskildespørsmål seg gjeldende. Implementering av direktivene for offentlige anskaffelser, medfører en implementering av et dynamisk regelverk.⁸ EU-domstolen sin tolkning av reglene vil være førende for hvordan reglene skal anvendes i norske domstoler. Videre oppstiller EØS-lovens § 2 en særlig harmoniseringsregel, som innebærer et forrangsprinsipp for direktivene ved motstrid med annen lovgivning.⁹

⁷ I NS 8407 brukes begrepet kontraktsgjenstand som erstatning for begrepet kontraktsarbeid.

⁸ Se Rt. 2012 s.1793 som viser hvordan EU-domstolen sin tolkning får betydning på direktivene sitt innhold.

⁹ Såkalt semi-konstitusjonell rang.

Avgjørelser truffet av BJFR¹⁰ og KOFA¹¹ vil bli brukt som eksempler til illustrasjon av gjeldende rett. KOFA er et uavhengig statlig organ, leder for nemda er tidligere høyesterettsdommer Georg Fredrik Rieber-Mohn.¹² KOFA sine avgjørelser gjelder brudd på reglene om offentlige anskaffelser.¹³ Nemda sine avgjørelser får en særlig vekt og relevans for tolkning av reglene ved anvendelse av EU-domstolen sin tolkning av regelverket. Mens BJFR er en voldgiftsdomstol, treffer avgjørelser i oppmannssaker og gir uttalelser uten rettsvirkning om løsning på rettstvister.¹⁴ BJFR sine avgjørelser har en rettslig vekt i kraft av kompetansen til komitelemmene, men av større betydning er Høyesterett sin henvisning til rådets uttalelser.¹⁵

¹⁰ Byggebransjens Faglige Juridiske Råd,

¹¹ Klagenemda for offentlige anskaffelser regulert av forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser som er gitt med hjemmel i LOA § 12.

¹² KOFA (2013)

¹³ KOFA (2013)

¹⁴ BJFR (2013)

¹⁵ Se særlig kapittel 11 og kommentarene til Veidekkedommen

1.4 Er det et klarhetskrav?

Stilles det krav til klarhet i utformingen av konkurransegrunnlag og tilbud i forbindelse med anbudskonkurranse? Utgangspunktet for et slikt krav må i tilfelle fremgå av reglene for anbudskonkurranse. Herunder lov om offentlige anskaffelser, heretter omtalt som LOA, og dennes forskrifter, begrenset til FOA.¹⁶ Og NS 8400 og 8410.

LOA og FOA gjelder når det offentlige er oppdragsgiver, jf. LOA § 2. Hva som ligger i begrepet offentlig i denne sammenheng, fremgår av nevnte § 2. Det er viktig å merke seg at § 3 jf. § 2 fastslår at loven med forskrifter gjelder for bygge- og anleggskontrakter. LOA § 5 lister opp noen grunnleggende prinsipper for anskaffelsesprosesser, jf. Ot.prp.nr 71 (1997-1998) s. 24 om innføring av prinsippbestemmelsen i loven. I LOA § 5 fremheves prinsippene om krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. I forlengelsen av de nevnte hensyn, eller som et bakenforliggende krav, følger kravet til klarhet i konkurransegrunnlaget. En slik fortolkning av loven fremgår av KOFA-sak 2010/210. LOA er en kort lov som oppstiller prinsipper for offentlige anskaffelser, de mer spesifikke bestemmelsene fremgår av dennes forskrifter gitt i medhold av loven, jf. LOA § 16.

For denne oppgaven er det FOA som er av interesse. Den er delt opp i et system med 4 hoveddeler. Del I gjelder generelt for alle anskaffelser. Del II gjelder når anskaffelsen er over 500.000 kr., og ikke inngår i unntakene i FOA § 2-1 tredje til syvende ledd. Mens del III gjelder når anskaffelsen er over terskelverdien (også kalt EØS-terskelverdien) i FOA § 2-2. Del IV angir prosessuelle regler. FOA § 2-2 skiller bygge- og anleggskontrakter (BA) fra andre kontrakter, hva gjelder terskelverdi. For BA-kontrakter er EØS-terskelverdien, som regulerer når del III får anvendelse, satt til 40 millioner kr. eks. mva., jf. bestemmelsens første ledd første setning.

¹⁶ Lov om offentlige anskaffelser

De krav til klarhet som gjelder etter FOA del I, fremgår av §§ 3-1 særlig 4., 6. og 7. ledd, 3-2, 3-9 om språkkrav, 3-11 om bruk av kontraktstandarder og § 4-1. I de nevnte oppstilles grunnleggende krav som sikrer klarhet i konkurransen. Dersom anskaffelsen overstiger 500.000 kr. vil det mer detaljerte regelverk i del II gi ytterligere regler som skal sikre blant annet klarhet. For BA- kontrakter vil kontraktssummen ofte være over EØS-terskelverdien, og de tilfellene som er av interesse for oppgaven vil gjennomgående ha en verdi på over 40 mill. kroner. Derfor begrenses omtalen av del II til følgende henvisninger, kapittel 5, § 6-3, kapittel 7 om kommunikasjon, kapittel 8 om konkurransegrunnlag, kapittel 9 om kunngjøringsregler og 11 om gjennomføringen. De nevnte regler har tilsvarende og strengere regler i del III og behandles i kapittel 8 i oppgaven.

Det som er viktig å være seg bevisst, er adgangen til anbudskonkurranse med forhandlinger, jf. § 5-1. Gjennom forhandlinger vil partene kunne redusere mulighetene for uklarheter betraktelig. Men for anskaffelser etter del III er denne adgangen snever, jf. §§ 14-3 og 14-4.

Av FOA §§ 12-1 og 21-1 2.ledd litra a, fremgår det at det kan foretas avklaringer ved at oppdragsgiver innhenter informasjon hos leverandørene for å få klarlagt eventuelle uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Dette er den viktigste regelen for å sikre klarhet innen offentlige anskaffelser. De ovennevnte regler har til hensikt å gjøre grunnlaget mest mulig klart, mens § 21-1 2.ledd litra a er en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor det er uklart hva som fremgår av tilbudene. Av andre setning fremgår det at avklaringsretten ikke gjelder når tilbudene må avvises fordi forholdene ved tilbudet krever det, jf. § 11-11 og 20-13.¹⁷

For anbudskonkurranser hvor oppdragsgiver ikke er et offentlig organ gjelder ikke LOA og FOA, jf. FOA § 1-2 og LOA § 2. Men partene kan regulere anbudskonkurransen etter NS 8400 eller 8410. For tilfeller hvor entreprenøren har hele eller mesteparten av prosjekte-

¹⁷ For nærmere om avklaringer, se kapittel 8.

ringsansvaret, såkalt totalentreprise, vil NS 8410 egne seg best.¹⁸ NS 8400 vil være den foretrukne ved hovedentrepriser.¹⁹ De samme hensyn gjør seg gjeldende, hva gjelder krav til klarhet, og bestemmelsene er i stor grad harmoniserte.²⁰ NS 8400 vil bli nærmere redegjort for i kapittel 8.

For å fastlegge hvorvidt avtalen er klar og entydig må avtalen tolkes, i denne prosessen er tolkningslæren førende. I det følgende redegjøres det nærmere om denne.

¹⁸ Urbye (2007) s.15

¹⁹ Urbye (2007) s. 15

²⁰ Ibid.

2 Avtaletolkning²¹

2.1 Plassering av tolkningslæren i oppgavens sammenheng

Det spesielle ved entreprisekontrakter inngått ved anbudskonkurranse er at avtalen er en sammenhengende materie. Kontraktene består av en rekke dokumenter som ofte har innbyrdes sammenheng. Videre er det en spesiell rettskildesituasjon ved at det er et skille mellom anskaffelsesretten og kontraktsretten. De særlige regler som gjelder innen anskaffelsesretten er ikke til hinder for tolkningslærens anvendelse på prosessen rettsanvenderen foretar for å fastlegge konkurransegrunnlaget og tilbudets innhold. Videre vil tolkningslæren være avgjørende for å fastlegge avtalens innhold.

2.2 Innledende om tolkning av avtaler

I det følgende vil jeg redegjøre for sentrale deler av tolkningslæren. Ved fastleggelse av avtalens innhold vil en ved å lese teksten, gjøre seg opp en mening om innholdet. Nettopp det å gjøre seg opp en mening om hva innholdet av partsytringene betyr, er kjernen i Huser sin definisjon av avtaletolkning.²²

Utgangspunkt ved tolkning av avtaler er det objektive tolkningsprinsipp jf. Rt. 1979 s. 676. Dette innebærer at ordlyden i avtalen må leses ut i fra dens normale språklige betydning. Motpolen til det objektive tolkningsprinsipp er det subjektive. Det subjektive tolkningsprinsipp har sin opprinnelse i "viljesteorien".²³ Et utslag av viljesteorien er regelen om

²¹ En interessant debatt er avtaler sin eventuelle rolle som rettskildefaktor, det ligger utenfor oppgaven å gå nærmere inn på den. Således nøyer jeg meg med å henvise til Eckhoff " Rettskildelære" og Nygaard " Rettsgrunnlag og standpunkt".

²² Huser (1983) s.49

²³ Arnholm (1973) s.34

tolkning av testamenter.²⁴ Dette skal tolkes i samsvar med testators ønske, jf. Arvelova § 65. Utenom denne spesialregelen gjelder det objektive tolkningsprinsipp, som er en modernisert utgave av "erklæringsteorien".²⁵ Dette fordi muligheten til forutberegnelighet ligger i den alminnelige forståelse av ordlyden i det en har forfattet.²⁶ I likhet med tolkning av lovverk vil rettesnoren for avtaletolkning være, hva en normalt språklig forståelse leder til.²⁷ Men dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. Normal språklig forståelse bidrar lite i seg selv når det først er flere objektivt fornuftige tolkningsalternativer av teksten. Derfor har det objektive tolkningsprinsipp etter norsk rett, viktige innslag av subjektivitet. Dersom partene har en felles forståelse på avtaletidspunktet, vil den være avgjørende.²⁸

Det viktigste hensynet ved avtaletolkningen er fastlegging av partenes rettsavklaring seg i mellom. Således har den intersubjektive forståelse høyeste rang når domstolene fastlegger avtalens innhold.²⁹ Dermed vil ordlyden kunne få en annen betydning ved tolkningen enn den normale språklige forståelse.³⁰ Hov påpeker at det vil kunne være mer treffende å bruke termen "det intersubjektive tolkningsprinsipp", fremfor det objektive.³¹ Dette for å understreke det subjektive aspektet.

Et illustrerende eksempel er følgende tenkte regulering i en avtale: " Gnr. 15 brk.nr.105 gis veirett over utpekt parsell tilhørende Gnr. 15 brk.nr 104, i et omfang som er vanlig for en husstand."

²⁴ Ibid. Samme syn gjelder gavedisposisjoner.

²⁵ Krüger (1989) s.511

²⁶ Forutberegnelighet er et særlig viktig hensyn i avtaler mellom profesjonelle parter, jf. Hagstrøm (2008) s.44

²⁷ Viktig forskjell ved tolkning av lovverk er lovgivers vilje i form av forarbeider som et tungtveiende hensyn, og kan gi lovteksten et annet innhold enn normal språkforståelse tilsier. jf. Ekchoff "Rettskildelære"

²⁸ Hov (2002) s.149

²⁹ Hov (2002) s.148 og Huser (1983) s.378 og f. Høgberg (2006) s.96 med henvisning til Rt.1993 s.564

³⁰ Til illustrasjon, se Rt. 2010 s.961.

³¹ Hov (2002) s.149

Det som er en naturlig tolkning av teksten er det som er egnet til å ivareta partenes berettigede forventning.³² Det man i dette tilfellet med sikkerhet kan slutte fra avtaleteksten, er at bruksnummer 105 har fått en veirett over tjenende eiendom 104 sin grunn. Men kan denne teksten gjennom objektiv tolkning avgjøre hvorvidt 105 kan gi utparsellerte eiendommer tilsvarende rettigheter til å bruke veien? En objektiv forståelse innebærer at en leser teksten i sammenheng og ikke kun siste komma uavhengig av det foranstående. Videre inngår reelle hensyn i form av rimelighet og søken etter et fornuftig resultat i det objektive tolkningsprinsipp.³³ Den er ikke bokstavtolkning.

Forskjellen mot bokstavtolkning belyses godt av følgende islandske saga: "Hrða Pattr", illustrerende. Den danske kjøpmannen Hroa (kalt den enfoldige) kjøpte et hus " med alt som var i". Han fikk gjennomslag på tinget, i Uppsala, for at dette måtte innebære at han også fikk med selgeren av huset. Dermed var selgeren nå å anse som Hroa sin trell, og Hroa fikk kallenavnet "den vise".³⁴

Etter min vurdering vil en naturlig språklig forståelse av teksten ikke løse spørsmålet vedrørende nye parsellers mulige veirett. Dermed vil rimelighetshensyn og særlig hensynet til et fornuftig resultat være avgjørende.³⁵ Her vil særlig samfunnsøkonomiske hensyn tale for at nye parseller også erverver veirett.³⁶

Et annet viktig unntak fra det objektive tolkningsprinsipp er god-tro standarden.³⁷ I norsk kontraktsrett er lojalitets- og redelighetshensyn førende ved fortolkningen av kontrakten, da

³² Hov (2002) s.45 Høgberg (2006) s.353

³³ Hagstrøm (2008) s.43

³⁴ Eksempelet er hentet fra Flateyjarbok, (norsk utgave) s73-80. Eksempelet brukes av både Huser og Hov i deres gjennomgang av det objektive tolkningsprinsipp.

³⁵ Avtalen er løselig basert på Rt.1915 s.20 som gjelder tolkning av lignende passus i avtale om veirett.

³⁶ Noe som også ble vektlagt i nevnte dom.

³⁷ Huser (1983) s.

særlig i tilknytning til sakens faktiske sider.³⁸ Således vil det kunne være stridende mot god-tro standarden å inngå en avtale hvor parten holder forutsetning eller forståelsen skjult for motparten. Tolkingsresultatet blir således ikke den objektive forståelsen av avtalen. Grunnen til dette er at parten som har holdt tilbake informasjon eller villedet den andre, ikke skal nyte fordelene av ordlyden i avtalen. Dette strider mot etikk og moral. Derimot oppstilles en risikoplassering hos den som har opptrådt illojalt ved at han bærer risikoen for meningsforskjellen mellom avtalepartene.³⁹ Dette understreker den culpøse siden av standarden. I praksis er det nærliggende at standarden i realiteten blir en vurdering av de faktiske forhold, således et spørsmål om bevis.⁴⁰

Det endelige tolkningsresultat avgjøres ut ifra relevante "tolkningsmomenter", videre anvendes harmoniseringsmodeller og det Alf Petter Høgberg kaller "tolkningsstiler"⁴¹. For den videre fortsettelse om avtaletolkning er det nødvendig å definere begrepene "tolkningsmomenter" og "tolkningsdata".

"Tolkingsmomenter" er et hjelpebegrep som betegner de argumenter en kan slutte fra tilgjengelige "tolkningsdata".⁴² Således utgjør tolkningsdataen det totale bevisbildet som er tilgjengelig ved tolkningssituasjonen, mens tolkningsmomenter utgjør de rettslige.⁴³ Herunder vil partenes etterfølgende opptreden og andre momenter kunne trekkes inn for å begrunne tolkningsresultatet.⁴⁴ Jeg finner termen tolkningsmomenter beskrivende fordi begrepet leder tankene på riktig spor, det å slutte et argument fra et moment er naturlig i jusens verden. Det er nettopp dette en gjør når en bruker de rettslig relevante argumenter for å begrunne tolkningsresultatet.

³⁸ Krüger (1989) s.511

³⁹ Haaskjold (2013) s.177

⁴⁰ Huser eller Arnholm sier noe om dette

⁴¹ Alf Petter Høgberg (2006)

⁴² Haaskjold (2013) s. 197.

⁴³ Ibid. S.197 Huser (1983) s.82

⁴⁴ Hov (2002) 162 og f.

I det følgende anvendes Høgbergs nevnte "tolkningsstiler". Av hensyn til omfanget vil gjennomgangen bli begrenset. Høgbergs "tolkningsstiler" er etter min mening klargjørende for harmonisering av tolkningsmomenter.

3 Partenes fellesforståelse

Partenes intensjoner kan ikke observeres hverken i retrospektiv, av rettsanvenderen, eller i presens av kontrahentene. Hva partene faktisk la til grunn for sin forståelse er et spørsmål om bevis og således om sakens faktiske forhold. Det som er interessant når en skal se nærmere på avtaletolkning er den juridiske siden av spørsmålet. At parten eller for så vidt partene, hadde sine baktanker eller intensjoner under forhandlingen av avtalen er uten rettslige relevans hvis denne ikke har vært observerbar for den andre, slik at den begrunner en berettiget forventning.⁴⁵ Således understrekes det objektive tolkningsprinsipp som grunnlag for intensjonaltolkning.⁴⁶ Det er partenes fellesvilje som er tolkningsmomentet av avgjørende betydning ved intensjonaltolkning, hvilket tolkningsmoment som underbygger en felles vilje er avhengig av de tilgjengelige tolkningsdata. Her vil forutgående og etterfølgende (såkalte historiske tolkningsmomenter) være av betydning.

Tolkningsmomenter som har vært observerbare for partene kan fastlegges enten ut ifra et tekst-basert eller kontekstbasert grunnlag.⁴⁷

3.1 Tekstbasert intensjonaltolkning

Med begrepet "tekst-basert" menes at domstolen forankrer fellesforståelsen i avtalens ordlyd. Dersom partenes intensjon har kommet til uttrykk i en egen bestemmelse i avtalen, vil en tekstbasert intensjonaltolkning kunne endre innholdet i en ellers klar klausul, jf. Rt. 1990 s.220

⁴⁵ Høgberg (2006) s.105-107

⁴⁶ Høgberg (2006) s.103 og Rt.2002 s.1155

⁴⁷ Ved bruk av Høgbergs tolkningsstiler

For å tilsidesette en klar ordlyd må det være særlige hensyn som gjør seg gjeldende. En presisering av ordlyden, hvor en velger tolkningsalternativet som gir det mest fornuftige og rimelige resultatet, er i tråd med tolkningslæren etter norsk rett.

Den tekstbaserte intensjonaltolkning er hovedregelen for å fastlegge avtalens innhold, jf. Rt. 1979 s. 676. De andre stilene vil derfor være unntak fra hovedregelen og krever derfor særlig begrunnelse. Når avtalen regulerer forhold mellom profesjonelle parter, står ordlyden særlig sterkt noe domstolen fremhever ved det objektive tolkningsprinsipp som utgangspunktet for tolkning av avtaler, se Rt.1994 s.581. Det å bevege seg ut på usikre betraktninger om partenes felles forståelse sikrer ikke de rettferdighetshensyn, herunder hensyn til tredjemann, som gjør seg gjeldende i kontrakter mellom profesjonelle, jf. Rt. 2002 s.1155.⁴⁸ Det skal for eksempel mye til for at bransje uttrykk skal gis en avvikende betydning fra gjengs oppfatning i bransjen, når avtalen er mellom profesjonelle.

3.1.1 Kontekstbasert intensjonaltolkning

Ved fastleggelse av innholdet i avtalen vil konteksten kunne være avgjørende. Dersom partene har et skjevt styrkeforhold innbyrdes vil den klare ordlyd kunne bli tolket innskrenkende til fordel for den svake part. Illustrerende er det særlige vern av enkelte kontraktsparter.⁴⁹ Videre vil tolkningsmomenter som formålsbetraktninger og etterfølgende omstendigheter underbygge en kontekstbasert intensjon. De rene tilfeller hvor domstolen tilsidesetter en klar ordlyd på bakgrunn av en kontekstbasert intensjon er ikke særlig tilstedeværende i høyesterettspraksis.⁵⁰ De tilfeller hvor det kan spores en slik argumentasjonslinje er særlig i avtaler mellom familie eller venner, se særlig Rt. 1973 s. 559. Men også Rt. 1990 s. 626, som gjelder mellom profesjonelle parter, kan tas til inntekt for en kontekstbasert intensjonaltolkning. Men i nevnte dom er dette begrunnet i at ordlyden ikke var egnet til å frembringe en entydig mening og således var det ikke et tilfelle med klar ordlyd.

⁴⁸ Se også Rt.2012 s.1537, særlig avsnitt 42, som bygger på en slik forutsetning

⁴⁹ se Arbeidsmiljøloven og forbrukerkjøpsloven

⁵⁰ Høgberg (2006) s.135

Den kontekstbaserte tolkningsstil ved klar ordlyd vil etter min mening få en beskjeden rolle i kommersielle kontrakter og kommenteres ikke nærmere.

3.2 Intensjonaltolkning ved uklar ordlyd

Her vil enten tolkningsmomenter som kan sluttes fra tilgjengelige partsrelaterte tolkningsdata avgjøre tolkningsresultat, eller ved eliminering av alternative resultater. Den første fremgangsmåten er intensjonaltolkningsstil i reel forstand.⁵¹ Den andre ligger i forlengelse av intensjonstolkning og er enten harmonisering eller risikoplassering.⁵² Og begrunnes i en hypotese om hva partene må ha ment.⁵³

Ved uklar ordlyd er det viktigste tolkningsdatumet ikke egnet til å løse tvisten, således får andre tolkningsmomenter større vekt. Hardhaus-dommen Rt. 1991 s. 719 viser at ved uklar ordlyd vil rettsanvenderen trekke inn andre momenter for å klarlegge intensjonen med avtalen. I dette eksempelet hadde Høyesterett to høyesterettsadvokater⁵⁴ sine forutgående tolkninger av kontrakten. Dermed var det naturlig for Høyesterett å se hen til den uttrykte forståelse av standardavtalen ved fastlegging av avtalens formål. Selv om kontrakten var uklar, var partene enige om at den uansett ikke omfattet katastrofetilfeller. Høyesterett la derfor det til grunn. Når det gjaldt selve avklaringen av ansvaret i saken ble de nevnte forutgående forhandlinger avgjørende, dermed ble konteksten i form av tolkningsmomentet forutgående forhandlinger grunnlaget for en kontekstbasert intensjonaltolkning av den uklare ordlyden.

⁵¹ Ibid. s.143

⁵² Ibid. s. 143, se kapittel 4 og 5

⁵³ Høberg (2006) s.

⁵⁴ Høyesterettsadvokat Ole Lund og Høyesterettsadvokat Per Brunsvig

4 Harmoniseringsstilen

Harmonisering er nødvendig når det foreligger motstrid mellom rettskildefaktorer, for eksempel avtale og lovtekst. Her vil enten avtalen forbli uforandret eller lovteksten vil gjennom harmonisering medføre at avtalen redigeres eller opphører. Dette avhenger av hvilken vekt lovteksten skal gis i den gitte tolkningssituasjon. Er det en preseptorisk lov har loven forrang i sin preseptoriske karakter, her er det naturlig å se hen til forbrukerkjøpslovene og særlig deres regler om mangelsbeføyninger.⁵⁵ Harmonisering vil også være virkemiddelet for å løse motstrid innad i avtalen.⁵⁶ Når man anvender en harmonisering av tolkningsmomenter gjelder det noen forutsetninger. Ved motstrid mellom kapittel og tekst er det tekst som gjelder, mellom trykte og skrevne ord er det skrevne som gjelder.⁵⁷

Videre er det slik at spesialreguleringer i kontrakten går foran den generelle, i tråd med *lex specialis* prinsippet.⁵⁸

Høgbergs modell anvender begrepet "harmoniserende tolkningsstil" som en harmonisering av partsrelaterte tolkningsmidler og rettstoff uten partstilknytning.⁵⁹ Med dette vil enhver løsning på tolkningstvill ved å anvende generelle rettskildefaktorer på tilgjengelige tolkningsdata være medberegnet i harmoniseringsstilen.⁶⁰ Den er subsidiær fra intensjonaltolkningen og vil ikke være anvendelig når det foreligger en intersubjektiv forståelse. Typisk innebærer harmonisering en pragmatisk tilnærming til en lagune i avtalen. Og kan begrunnes i en hypotese om at partene ikke ønsker å avtale et innhold i strid med gjeldende rett.⁶¹ Det siste vil etter min vurdering ikke være særlig aktuelt i kommersielle forhold utenom de

⁵⁵ Krüger (1998) s. 40

⁵⁶ Hov side 161

⁵⁷ Hov s. 161

⁵⁸ Hovs s. 161

⁵⁹ Høgberg (2006) s164

⁶⁰ Høgberg (2006) s.172

⁶¹ Høgberg (2006) s.

tilfeller hvor partene står overfor en uklar ordlyd. Dersom ordlyden er klar er det liten grunn til å se etter andre løsninger.

4.1 Harmonisering ved uklar ordlyd

Harmoniseringsstilen beskriver tilfeller hvor partene ikke har en regulering av et gitt tilfellet i avtaleteksten, en såkalt lagune. Fins det bakgrunnsregler som gir svar på tilfellet vil en positiv utfylling av avtalen kunne løse problemet. Dette taler for at avtalen bør utfylles. Dersom bakgrunnsretten er lovtekst av deklarasjonsart vil den være regulerende for partene dersom annet ikke er avtalt og således vil det ikke være nødvendig med ytterligere tolkning. Illustrerende er kontrakter ved forbrukerentrepriser. Her kan partene lage en kort avtale siden Bustadoppføringslova sine deklarasjonsregler fyller inn de punkter som ikke er avtalt. Det må presiseres at nevnte lov også har regler av preseptorisk art som vil kunne tilsidesette deler av avtalen mellom partene.

4.1.1 Harmonisering ved klar ordlyd

Her vil det objektive tolkningsprinsipp være førende. Dermed skal det noe til for at harmonisering skal medføre at avtalen får et annet innhold enn den objektivt gir uttrykk for. Høgberg anvender partenes intensjon som grunnlag for en harmonisering med bakgrunnsrett.⁶² Her vil jeg innskyte at hensynet til forutberegnelighet og derunder rimelighetshensyn tilsier at en slik løsning er sekundær og noe domstolen sjeldent vil komme til.⁶³ Det at en avtale er spesiell eller avvikende fra normen, medfører ikke at partene er fristilt fra avtalen eller at domstolen skal tolke ordlyden innskrenkende slik at den blir i tråd med normen.⁶⁴ Intensjonen til partene, å opprette en avtale i tråd med bakgrunnsretten, er ikke intensjonal i begrepsforstand brukt over. Men ut i fra en hypotese om hva partene egentlig ønsket på avtale-tidspunktet. Etter min mening krever en slik tolkning forankring i rimelighetshensyn. Føl-

⁶² Høgberg (2006) s.

⁶³ Slik forstår jeg også Høgberg (2006), se s.

⁶⁴ Se LB-2013-058687

gelig befinner en seg i kjernen av rimelighet som rettferdighetshensyn i norsk rett. Dette vil innebære at ordlyden tolkes innskrenkende for å harmonisere den med bakgrunnsretten. I Stryn Energidommen er Høyesterett inne på et slikt spor, dommen drøftes i kapittel 10. Dommen viser også den glidende overgang til risikoplasseringsstilen.

5 Risikobasert tolkningsstil

I denne stilen inngår de resterende tolkningsfaktorer som ikke har blitt omtalt over. Her vil domstolen ikke basere avgjørelsen på grunnlag av intersubjektivitet eller harmonisering med bakgrunnsretten. Således omfatter den risikobaserte tolkningsstil forutsetningsbetraktninger, de alminnelige tolkningsregler og lojalitetshensyn, derunder god tro regelen.⁶⁵

Sistnevnte vil jeg kommentere kort, da god tro-regelen og lojalitetshensyn hovedsakelig er interessant i et perspektiv hvor en betrakter tilfeller hvor parten(e) operer i en sfære eller gråsoner av hva som tåler dagslys. Heller ikke tilfeller hvor etterfølgende omstendigheter medfører at avtalen er kvalifisert urimelig etter avtl. § 36, forfølges videre.

Forutsetningsbetraktninger vil ikke drøftes i det følgende av hensyn til oppgavens omfang.⁶⁶

Felles for tilfeller innen denne tolkningsstilen er at risikoen blir plassert hos en av partene og presumtivt hos den av partene som er noe å klandre for at tolkningsproblemet oppsto eller ikke ble avklart. Dersom ingen er å klandre for tolkningsproblemet, vil konkrete rimelighetshensyn kunne underbygge en risikoplassering.

5.1 Kort om god-tro regelen i avtaleloven § 33 på entreprisekontrakter inngått ved anbudskonkurranse

Avtaleloven § 33 oppstiller krav til partene sin opptreden i kontraktsforholdet. Det er videre gjengs oppfatning at krav til redelighet også gjelder ved tolkning av kontrakten i en his-

⁶⁵ Høgberg s.238

⁶⁶ Forutsetningslæren og avtl. § 36 er et emne det er mye å skrive om, blant annet i enterpriseretten. Men det vil føre for langt å skulle gå inn på dette i denne oppgaven.

torisk kontekst.⁶⁷ Den pre-kontraktuelle fasen ved anbudskonkurranse skiller seg vesentlig fra den alminnelige tilblivelse av kontraktsforpliktelser. Ved at anskaffelsesretten har en omfattende regulering av kontraktens tilblivelse vil anvendelse av avtalelovens regler bryte med de forutsetninger som reglene bygger på. Partenes mulighet til forhandling er vesentlig innskrenket og de generelle hensyn i avtl. § 33 gjør seg derfor ikke gjeldende. I Veidekdommen og Byggholtdommen knesetter Høyesterett en utpreget objektiv tolkningsregel, se kapittel 10. Når regelen ses i lys av partenes begrensede mulighet til forhandling blir det mindre rom for avtalelovens regler. De mer alvorlige tilfeller av illojalitet forfølges ikke i oppgaven.

⁶⁷ Kai Krüger " Kontraktsrettslige virkninger av anbuksfeil ved offentlige anskaffelser" artikkel inntatt i Festskrift til Torgny Håstad s. 376.

5.2 Almennelige tolkningsregler

Dersom tolkningsresultatet ikke er entydig etter objektiv tolkning, intensjonaltolkning eller harmonisering, må tolkningstvilen løses etter tolkningsreglene. Tolkningsreglene er subsidiære, de får kun anvendelse når det ikke foreligger et entydig tolkningsresultat.⁶⁸ Tolkningsreglene er minimumsregelen, ejusdem generis-regelen og uklarhetsreglen.

5.2.1 Minimumsregelen

Hov og Giertsen fremholder minimumsregelens side mot bevisbyrdereglene.⁶⁹ Etter minimumsregelen er det den part som hevder at avtalen har kommet i stand, med det innhold som pretenderes, som har bevisbyrden for dette.⁷⁰ Dette underbygges av at den part som hevder at avtalen ikke er inngått vil ha vanskeligheter med å bevise dette, utenom det å konstatere at slike bevis mangler.⁷¹

En annen side av regelen er ved tilfeller hvor det foreligger to tolkningsalternativ, løsningen er at domstolen skal velge det minst byrdefulle.⁷² Denne forståelsen kritiseres av Hov, det som er byrdefullt for den ene må nødvendigvis innebære en fordel for den andre. Hov konkluderer med at reglen må forstås slik at dersom det er tvil om tolkningen av avtalen skal en velge det som medfører minst skade.⁷³ Dermed oppstiller Hov en totalvurdering hvor konkret rimelighet i form av en kost-nytte vurdering skal være avgjørende for hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn. Dette er i teorien en bedre løsning, men i praksis vil det ikke innebære noen forskjell siden en tilstrekkelig klar byrde for den ene vil

⁶⁸ Hov (2002) , Huser (1983) , Haaskjold (2013) og Rt. 1965 s.140 og Rt.2011 s. 670

⁶⁹ Hov(2002) s.159 og Giertsen (2006) s. 50

⁷⁰ Giertsen (2006) s. 50

⁷¹ Hov (2002) s.159

⁷² Hov (2002) s.159

⁷³ Ibid. s.160

kunne innebære en total skadevurdering som gjør at alternativet må forkastes til fordel for det andre. Dermed er en like langt.

5.2.2 Ejudem generis-regelen

Regelen betyr direkte oversatt, av samme slag. Innholdsmessig gjelder regelen for de tilfeller hvor kontrakten fastsetter en generell bestemmelse som illustreres med eksempler. Etter regelen vil den generelle bestemmelsen begrenses av eksemplene.⁷⁴

5.2.3 Uklarhetsregelen

Uklarhetsregelen innebærer i sin essens, at uklarhet i kontrakten skal tolkes mot den som har størst ansvar for kontraktens ordlyd.⁷⁵ Regelens subsidiære karakter ligger i at det må foreligge en uklarhet som medfører en tolkningstvil, dersom det foreligger tolkningsdata som er egnet til å belyse avtalens innhold vil rettsanvenderen ikke gå videre i tolkningsprosessen, jf. Rt. 2011 s.670.

Ved å plassere uklarhetsregelen innunder tolkningsstilen risikobasert tolkningsstil fremgår et viktig hensyn bak denne regelen. Nemlig at den som kunne eller burde unngått tolkningstvilen skal bære risikoen som materialiserer seg på tvistetidspunktet, uavhengig av hvorvidt det var påregnelig eller tenkelig at den gitte situasjon skulle oppstå. Både de culpøse og de unnskyldelige tilfeller konsumeres av regelen.

I det følgende utskilles uklarhetsregelen i contra stipulatore, kyndighetsregelen og adversus eum

⁷⁴ Huser (1983) s. 505 Haaskjold (2013) s. 134 Hov (2002) s. 160.

⁷⁵ Se. Andenæs (1989). s 346, Arnholm (1978) s.36, Giertsen (2006) s. 119, Haaskjold (2013) s.316, Hov (2002) s.158,Huser (1983) s. 553,Fremgår også av UNIDROIT PRINCIPLES 2010 art. 4.6 (contra profenren-tem-rule)

5.2.3.1 Contra stipulatorem

Hvis en av partene har stått for utformingen av avtalen, underbygger rimelighetshensyn at denne ikke skal oppnå fordeler grunnet avtalens uklarhet. Regelen begrunnes særlig med at forfatter av avtalen er nærmest til å bære risikoen for uklarheten han selv har forfattet. Rimelighetshensyn taler for at forfatteren ikke skal kunne "mele sin egen kake",⁷⁶ som eksempel på dette, se Rt.1961 s.1022. Der utbetalingsbestemmelsen i kontrakten, mellom selger og forlaget, var tvistegjenstand mellom partene. Spørsmålet var hvorvidt forlaget hadde rett på tilbakebetaling av utbetalt vederlag, når salgene ble hevet eller annullert innen en 4-års periode. Kontrakten var uklar på punktet om tilbakebetaling.

Sitat fra Rt.1961 s.1022:

"...På grunn av de særegne forhold ved kontraktforholdet som jeg har nevnt, finner jeg at den uklarhet som består, må gå ut over forlaget. Det er en standardkontrakt, utarbeidet av forlaget, og det ville vært en enkel sak å gi klar beskjed om det punkt som er omtvistet i saken. Som et særskilt moment vil jeg også nevne at forlaget synes å ha lagt stor vekt på å sikre sine interesser ved formuleringen av kontrakten..."(min understrekning)

Høyesterett underbygget resultatet med at avtalen gjennomgående var til fordel for forlaget og at dette medførte at retten måtte vise større forsiktighet med å la uklarheten ramme selgeren.⁷⁷

I samme retning er resultatet i Rt. 1994 s.1, her var spørsmålet hvordan konsesjonskraftprisen skulle fordeles i et eventuelt etteroppgjør. Etter å ha redegjort for vurdering av hvem av partene som bør bære risikoen legger Høyesterett vekt på hvem som har utformet kontrakten og at tolkningsresultatet som VAE påberoper seg må anses som ekstraordinært.⁷⁸

Resultatet i dommen kan ses som en fusjon av uklarhetsreglen og risikoplassering hos den part som påberoper seg et ekstra ordinært tolkningsalternativ.

⁷⁶ Huser s. 560

⁷⁷ S.1027 Rt.1961 s.1022

⁷⁸ Avsnitt 5 s.13 Rt.1991 s.1

Uklarhetsregelen er også inntatt i avtalelovens § 37 3.ledd. Det følger av ot.prp.nr.89 (1993-1994)⁷⁹ at bestemmelsen er en kodifisering av den ulovfestede uklarhetsregelen. Bestemmelsen er en særregulering av contra stipulatorem i form av contra venditorem, uklarhet skal tolkes mot selger, og bestemmer at det tolkningsalternativ som er mest gunstig for kjøper(forbruker) skal være det gjeldende. Bestemmelsen gjelder kun for vilkår som ikke er individuelt forhandlet, jf. Avtl. § 37 første setning.

Forfatterregelen omfatter som vist både standardkontrakter og individuelle kontrakter. Regelen gjelder også dersom begge parter har deltatt i utformingen av kontrakten. Løsningen er at klausulen eller vilkåret tolkes mot den som forfattet eller tok formuleringen inn i kontrakten, jf. Rt.1979 s.676.⁸⁰ Dommen viser også at dersom parten har fått bistand identifiseres parten og medhjelperen. Det siste er praktisk da kontrahentene ofte vil og bør søke råd hos kyndige.

Forfatterregelen kan begrunnes som en rettsøkonomisk god regel, siden den gir klare incentiver til forfatter av avtalen til å tilstrebe klarhet. Mot dette kan det hevdes at uklarheten fremstår klarest, først når situasjonsavhengige faktorer tilspisser forståelsen av kontrakten. Og den omfattende mengde rettspraksis hvor uklarhetsregelen påberopes, viser at partene ikke er fremmed for å gjennomføre dokumentene for eventuelle uklarheter og ta de til inntekt for at avtalen er uklar og at dette må tilsi en tolkning som begunstiger dem. Når en først er inne i en slik de lege ferenda vurdering, er det viktig å ha utgangspunktet klart for seg, regelen gjelder plassering av risiko. Dette kommer jeg inn på i kapittel 11 ved gjennomgang av førstvoterendes votum i Mikadommen.

⁷⁹ Se særlig s.11 16 og 17

⁸⁰ Dette fremheves også av Arnholm s.133 og Selvig s.411. Huser inntar samme standpunkt på s. 556

5.2.3.2 Kyndighetsregelen

Dersom en part er særlig kyndig, eller besitter kunnskap om de faktiske forhold som avtalen bygger på, skal uklarheten i avtalen tolkes mot denne. Kunnskap om faktiske omstendigheter inngår i den bredere uklarhetsvurdering i teorien omtalt som "adversus eum".⁸¹

Kyndighetsregelen er i tidligere teori fremholdt som en del av forfatterreglen.⁸² Og ofte vil dette være en sammenfallende vurdering, siden den kyndige også vil være den som forfatter avtalen. Da vil forfatteren sin kyndighet være et viktig moment for å argumentere for at uklarheten tolkes mot den. I norsk rett er likevel kyndighetsreglen skilt ut som en egen regel i risikoplasseringen ved uklarhetsvurderingen.⁸³

Regelen har sin begrunnelse i almene rettferdighetsbetraktninger.

Det vil være lite rimelig at en part, her kan en tenke seg en juridisk person med tilgang på personell med særlig kompetanse, skal kunne påberope seg uklarheter i avtalen som parten var nærmest til å forstå rekkevidden av. Den kyndige part ville kunne tie om den uheldige formuleringen og senere anføre forfatterreglen som grunnlag for plassering av risikoen hos den som førte avtalen i penn.⁸⁴ Kyndighetsregelen vil her kunne gjøre unntak fra forfatterregelen, jf. Rt.1929 s.1106

Det kan også tenkes at en av partene har fått bistand av advokat i forhandlingssituasjonen. Når den kyndige bidrar med råd i den pre-kontraktuelle fasen, gir kyndighetsreglen incentiver til å "dele" kunnskapen. Nettopp fordi den kyndige ikke kan komme senere å påberope uklarheter han selv burde avklart.

Når begge parter er bistått med kontraktrådgivere foreligger det ingen skjevhet, hvorvidt den ene medhjelperen er noe mer kyndig enn den andre er et forhold som ikke bør være

⁸¹ Huser s.560

⁸² Platou

⁸³ Huser trekker frem Arnholm som den første som utskiller kyndighetsregelen som et eget moment og at dette er fulgt opp i ettertid i teorien.

⁸⁴ Se også god-tro standarden

særlig viktig. Risikoen for uklarhet må da løses ved hjelp av andre momenter. Partene må selv være nærmest til å bære risikoen for valg av medhjelpere.

5.2.3.3 Adversus eum

Istedenfor å presse andre tolkningsmomenter inn i contra stipulatore- og kyndighetsregelen, blir de mer generelle momenter forbeholdt "adversus eum", den som burde uttalt seg klarere. Dermed kan rettferdighetshensyn som foreligger mellom partene i den gitte situasjon, begrunne hvem som skal bære risikoen for uklarheten.

Dersom en av kontrahentene besitter faktisk kunnskap som må antas å være av betydning for medkontrahenten, vil dette være et moment som tilsier at uklarhet i avtalen tolkes mot vedkommende, se Rt.1989 s.122 (Rørmaterielldommen). Saksforholdet var utleie mellom profesjonelle og tvisten var hvem som skulle dekke utgifter knyttet til nødvendig vedlikehold av taket. Høyesterett konkluderte med at leietaker måtte dekke utgiften og løste tvisten ved å la uklarhet i ordlyden gå utover leietaker, som hadde best kunnskap om bygningens befatning. Når det var uklart hva som omfattes av avtalen mellom partene, burde leietaker gjort utleier oppmerksom på at han ikke ville betale for reparasjoner av taket. Eksempelet viser en glidende overgang mot god-tro standarden.

6 Kort om "entreprisrett"

Entrepriseretten omhandler bygge- og anleggsarbeider som foretas på fastland. Bygge- og anleggsarbeider innen offshoresektoren faller normalt utenfor.

NS 8405 definerer virkeområdet slik: ... "for bruk i kontraktsforhold hvor en part (entreprenøren) påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid (herunder anlegg, nybygg, vedlikehold, reparasjon og ombygging) for den andre parten (byggherren)..." (min understrekning).

For at det skal være entrepris må entreprenøren utføre arbeid for byggherren, dermed avgrenses det positivt til de tilfeller hvor det foregår en utførelse. Således avgrenses entrepriseretten mot andre kontraktsforhold, herunder mot avtaler om kjøp og andre forberedende deler av prosjektet slik som prosjekteringen.⁸⁵ Kjennetegnet ved entrepriseretten er at utfører (entreprenøren) har en resultatforpliktelse. Hva denne forpliktelsen omfatter vil blant annet avhenge av hvilken entreprisform som er avtalt mellom partene. Tradisjonelt skilles det mellom hovedentrepris (utførelsesentrepriser) og totalentrepriser. Forskjellen ligger prinsipielt i ansvaret for prosjektering av kontraktsarbeidet, i det en totalentreprenør både skal utføre og prosjektere (jf. Innledningen i protokollen i NS 8407).⁸⁶ Hovedentreprenøren skal bare utføre, jf. Pkt. 1 i NS 8405. Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt i det en hovedentreprenør også kan ha et delvis prosjekteringsansvar. Dette gjelder blant annet når beskrivelsen fastsetter at entreprenøren skal oppnå et bestemt funksjonskrav, jf. Pkt. 13.1 i NS 8405. Hvem som har prosjekteringsansvaret for de forskjellige deler av kontrakten vil derfor være regulert i den enkelte kontrakt. Men uansett entreprisform vil byggherren som hovedregel svare for det arbeidsgrunnlag han overleverer entreprenøren, jf. NS 8405 pkt. 19.3 og 8407 pkt.22.3.⁸⁷

⁸⁵ Hagstrøm (1997) s.10

⁸⁶ Marthinussen (2010) s.46

⁸⁷ Se blant annet NS 8407 pkt. 24.2, hvor det er adgang til å avtale en annen risikofordeling

Ved at forpliktelsen gjelder utføring av arbeid for medkontrahenten, ligger det også en langsiktighet i avtaleforholdet. Tidshorisonten vil kunne være betydelig og således avvike fra regulære kjøpsavtale mv. Av dette følger også de usikkerhetsmomenter som ligger i en langsiktig kontrakt og det faktum at arbeidet som regel vil være prisgitt værforhold og andre utenforstående omstendigheter. De nevnte usikkerhetsmomenter og det innovative aspektet ved entreprisforhold, har gitt seg utslag i et system med endrings- og varslingsregler, se NS8405 pkt. 21 og kapittel IV.

Samfunnsøkonomisk er endringsreglene utslag av samfunnets behov for at nytten maksimeres, både for byggherre og samfunnet for øvrig. Av hensyn til partenes behov for oversikt over kostnadsbildet knyttet til det endelige oppgjøret er varslingssystemet av stor betydning. Endringer vil gjennomgående utløse en rett på vederlagsjustering jf. Pkt. 25. Systemet bygger også på preklusive frister.⁸⁸

Partene blir på denne måten pålagt å følge et strengt formalisert endringsordresystem, noe som medfører skjerperte krav til profesjonalitet hos partene.⁸⁹ Systemet fremgår av innledende bestemmelse i NS 8405 pkt. 8. Her oppstilles krav til skriftlighet for alle varsler og krav, jf. Pkt. 8 1.ledd. Videre fremgår det av 3.ledd at dersom parten ønsker å gjøre gjeldende at varsel er sent for sent fremsatt, må varselet sendes uten ugrunnet opphold.

Hagstrøm bruker metaforen "ping-pong spill" for å forklare systemet. Dette passer godt siden fristene er korte og den som ikke varsler eller unngår å svare på et varsel, vil kunne

⁸⁸ Til illustrasjon se pkt. 25.3 i NS 8405.

⁸⁹ Hagstrøm (1997) s.23

miste rettigheter jf. Pkt. 25.3 første ledd siste setning.⁹⁰ Dersom partene ser seg tjent med et mindre avansert varslingsystem vil NS 8406 være et alternativ.

Det faktiske bildet vil kunne bli betydelig mer komplisert med flere entreprenører og underentreprenører, dette vil igjen gi juridiske konsekvenser i forhold til ansvarfordelingen mellom partene. Etter generelle entrepriserettslige prinsipper svarer parten for sine kontraktsmedhjelpere, jf. Rt. 1917 s.673 (Pæledommen). I det følgende vil jeg se nærmere på kontraktsforholdet mellom entreprenør og byggherre og herunder kontraktstolkningen.

⁹⁰ Marthinussen (2010) s.372 fremholder at retten er tapt dersom fristen oversittes, men dette gjelder kun for endringer relatert til krav som er nevnt i pkt.25.2 litra b og c. Dette er naturlig siden krav etter pkt. 22 og 23 allerede er varslet, så lenge partene har fulgt NS`n sitt system, jf. punktene. 22 og 23

7 Tolkning av entreprisetavler

I det foregående har fokuset vært på den generelle tolkningslæren, siden den er førende for tolkning i entrepriseretten⁹¹. Entreprisetavler kjennetegnes av en lagvis oppbygning. Det er flere dokumenter, herunder konkurransegrunnlaget og tilbudet, som til sammen utgjør den endelige kontrakten som blir gjenstand for tolkning.⁹²

Det er viktig å merke seg at standardene har egne tolkningsregler for motstrid, jf. NS 8405 pkt. 3.1 jf. Pkt. 3.2. Tolkningsregelen bygger på et trinnhøydeprinsipp, en variant av *lex Superior*. Et høyere plassert dokument i pkt.3.1 vil ha forrang over et lavere. Dersom dette ikke løser problemet, vil motstriden søkes løst gjennom *lex Posterior*- eller *lex Specialis*-reglene, i denne rekkefølgen.⁹³ Den praktiske betydningen av pkt. 3.2 i NS 8405 er velkjent i bransjen, entreprenør vil typisk prøve å flytte tilbudet lengst mulig opp på listen i pkt. 3.1. Mens byggherre vil se seg tjent med å ha konkurransegrunnlaget og sine beskrivelsestekster lengst opp på listen.

Prinsippet var også tidligere å finne i standard for totalentreprise, men her er det nå skjedd en viktig endring. Etter NS 8407 pkt. 2.2 2.ledd er det *lex Posterior* alternativet som i utgangspunktet gjelder, dermed går nyere dokument foran eldre uavhengig av plasseringen av dokumentene i pkt. 2.1.⁹⁴ Dersom dette ikke løser motstrid problematikken vil spesielle gå foran generelle, og atter subsidiært gjelder særskilte utarbeidede bestemmelser foran standardiserte bestemmelser. Dersom byggherre eller entreprenør endrer rekkefølgen på

⁹¹ Tolkningslæren er generell og danner bakgrunnsteppe for den spesielle kontraktsrett. Hagstrøm

⁹² Sandvik (1966) s.141

⁹³ Marthinussen (2010) s. 73-75

⁹⁴ Giverholt (2012) s.75-76

dokumentene i NS 8407 pkt. 2.1, vil dette være uten betydning hvis ikke det angis konkret at hovedregelen om lex Posterior ikke skal gjelde.⁹⁵

Dersom motstridsbestemmelsene ikke løser uklarheten følger løsningen av contra stipulotrem, dette er særlig aktuelt i tilfeller med såkalt skjult dissens.⁹⁶

7.1 Standardkontrakter, Norsk Standard 8405 m.fler.

Tradisjonelt har entrepriseretten vært ulovfestet. I kjølvannet av forbrukerlovgivningens opptrapping i europeisk og norsk lovgivning, ble bustadoppføringslova innført i 1997.⁹⁷ Enkelte deler av loven er å anse som kodifisering av entrepriserettslige prinsipper. Loven gjelder i avtaler mellom forbruker og entreprenør når han inngår avtale om oppføring av egen bolig, jf. Buofl. § 1.

Mellom profesjonelle parter på begge sider benyttes gjennomgående NS kontrakter. For at en NS-kontrakt skal få anvendelse i avtaleforholdet mellom partene, må kontraktsdokumentene inneholde en henvisning til den standard partene ønsker å følge. Dette fordi standardkontraktene ikke er deklarasjonslov, men utgjør en bransjestandard som er utarbeidet etter forslag, fra blant annet, bransjerepresentanter fra byggenæringen.⁹⁸ For avtaler inngått etter FOA sine regler, følger det av § 3-11 1.ledd at standardkontrakter skal som hovedregel benyttes. I teorien fremheves det at standardene kan ses som en "best practice" og således at enkelte vilkår vil få anvendelse i avtaleforholdet uten at kontrakten er gjort til en del av kontrakten. Dette vil ikke gjelde de mer særlige bestemmelser som oppstiller preklusive frister ved varsling, dagmulkt eller bestemmelser som gir hjemmel for lemping av erstatningsansvar, jf. Rt. 2004 s. 1887 (Molodommen). Dette fordi slike særlige

⁹⁵ Giverholt (2012) s.76

⁹⁶ Sandvik (1977) s.46

⁹⁷ I likhet med de andre forbrukerlovene bygger loven på CISG-konvensjonen. Loven er av Hagstrøm og Krüger fremholdt å legitimere større grad av analogi fra den alminnelige kontraktsrett til entrepriseretten.

⁹⁸ Se forordet til NS 8405

regler avviker fra hva som følger av alminnelig entrepriserett. For lemping av erstatningsansvar og ved forsinkelse vil den alminnelige erstatningsrett være gjeldende dersom ikke annet følger av avtalen mellom partene. Reelle hensyn taler således mot anvendelse av avvikende regler fra normen.

Når det gjelder tolkning av standardkontrakter er det særlige grunner til å fremheve ordlyden fremfor den intersubjektive forståelse, jf. Rt. 2010 s.961 (Florø idrettssenter). Dette siden standarden gjelder generelt og partene som regel ikke har noe grunnlag for å tillegge bestemmelsene en avvikende betydning.⁹⁹ Dette underbygges av at standarden er et substitutt for lovgivning og derfor bør ordlyden stå særlig høyt som rettskildefaktor.¹⁰⁰ Siden konsipistene til reglene er en komite, vil det ikke foreligge autorative forarbeider. Derfor har juridisk teori hatt en særlig viktig rolle som tolkningsfaktor ved fastlegging av reglenes innhold.¹⁰¹ Og da særlig kommentarutgavene til standardene.¹⁰² Rt.1999 s.922 (Salhusbrodden) er beskrivende for betydningen av juridisk litteratur i entrepriseretten.¹⁰³ Videre vil formålsbetraktninger og reelle hensyn kunne få tyngde grunnet den spesielle rettskildesituasjonen.¹⁰⁴

Dersom partene endrer de generelle kontraktbestemmelsene slik at de blir spesielle for deres tilfelle, vil den intersubjektive forståelse kunne bli avgjørende i tråd med den intensjonale tolkningsstilen. Illustrerende for dette er Hardhausdommen, nevnt over. Etter NS 8405

⁹⁹ Dette fremgår av avsnitt 44 i Rt.2010 s.961

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Hagstrøm (1997) s. 15

¹⁰² Ibid. s. 15

¹⁰³ På seminar i Bergen 12.november 2013 fremholdt Høyesterettsdommer Endresen betydningen Professor Sandvik har, og har hatt, i entrepriseretten. Se også HR-2013-02382-A som i stor grad blir en diskusjon knyttet til Marthinussen sin tolkning, av pkt. 28.1 NS 8405. Marthinussen var samstemt med Sandvik, Kaasen og Kolrud. Resultatet ble 3-2 i disfavør nevnte forfattere.

¹⁰⁴ Dette følger særlig av formålsbetraktningene i Rt.2010 s.961

pkt. 3.2 siste ledd siste setning, har bestemmelser som er utarbeidet særskilt for kontrakten forrang foran standardiserte bestemmelser.

8 Entreprišekontrakter inngått ved anbud

Siden BA-kontrakter gjennomgående gjelder store verdier, er anbudsformen benyttet i majoriteten av kontraktsinngåelsene.¹⁰⁵ Ved anbudskonkurranse gis flere entreprenører mulighet til å konkurrere ved å inngi tilbud om utførelse av et nærmere angitt arbeid. På denne måten kan oppdragsgiver/byggherre velge det tilbudet som er lavest, dersom det er en ren priskonkurranse hvor entreprenørene konkurrer på pris.¹⁰⁶

Det forutsettes i det følgende at EØS-terskelverdien på 40 mill. kr. er oversteget, dette fordi BA-kontrakter gjennomgående gjelder store verdier, men også av hensyn til oppgavens omfang. Videre forutsettes det at konkurransen ikke reguleres av unntakene i §§ 14-2 til 14-4. Tilsvarende vil heller ikke reglene i NS 8410 bli gjenstand for drøftelse.

Det forutsettes dermed at anskaffelsen følger hovedregelen om åpen eller begrenset konkurranse, uten mulighet for forhandling jf. FOA § 21-1 jf. 14-1. Enkelt sagt, vil åpen konkurranse innebære at alle potensielle leverandører kan delta. Mens begrenset innebærer at kvalifiserte leverandører får invitasjon om å delta. Sondringen mellom åpen og begrenset er uten særlig betydning i det følgende.

For NS 8400 er terskelverdier uten betydning, ved anvendelse av denne standarden er det likevel åpen eller begrenset konkurranse som gjelder.

8.1 Kort om anskaffelsens innledende fase

Det følger av kapittel 18 i FOA at det stilles krav til kunngjøring av konkurransen. Over EØS-terskelverdi skal det kunngjøres nasjonalt og regionalt, i henholdsvis Doffin og TED.¹⁰⁷ Ved kunngjøringen får aktuelle leverandører første innblikk i konkurransen. Det er også på dette tidspunktet leverandøren vurderer om det er aktuelt å inngi tilbud eller ikke.

¹⁰⁵ Urbye (2007) s.8

¹⁰⁶ Oppdragsgiver kan selv oppstille i tildelingskriteriene hvilke kriterier som er avgjørende.

¹⁰⁷ Nordby (2013) kap. 17

Dersom leverandøren melder sin interesse vil han motta kunngjøringstekst og tilleggsdokumenter, herunder konkurransegrunnlag.¹⁰⁸ Stadiet frem til tilbudsfristens utløp er tilbyder sin mulighet til å utforme sitt tilbud.

8.2 Før tilbudsfristens utløp

Det går noen viktige skiller ifht. hvilke stadier i prosessen partene befinner seg i. Tilbudsfristens utløp er en slik milepæl. Etter fristens utløp er det en meget begrenset mulighet for kontakt mellom oppdragsgiver og leverandør. Før derimot vil det være avklarende for den videre prosessen å ha en spørsmålsrunde angående konkurransegrunnlaget.¹⁰⁹ Det vil også være naturlig å avholde en steds befaring på større utbyggings prosjekter.¹¹⁰ Dette er gjennomgående i praksis.¹¹¹ Her vil leverandør kunne stille spørsmål ved hvordan konkurransegrunnlaget er å forstå, og på denne måten vil muligheten for uklarheter reduseres. Det er allikevel ingen forhandlingsposisjon for noen av partene. Dette fordi endring av tildelingskriterier eller konkurransegrunnlag er snever når tilbyder har fått kunnskap om disse, jf. FOA § 17-2.

Hvorvidt tildelingskriterier, for eksempel vekting av språkkunnskaper hos leverandør, faktisk kan endres etter de er gjort kjent for tilbyder er ikke avklart i praksis. I KOFA-sak 2011/278 drøfter nemda rekkevidden av EU-domstolens avgjørelse i c-448/01. Det vises til en meget bastant uttalelse i KOFA-sak 2010/159, hvor nevnte EU-dom blir tatt til inntekt for at det ikke er noen mulighet til å endre tildelingskriteriene etter de er offentliggjort. I sin konkrete vurdering i sak 2011/278 kommer nemda til at endringen ikke er å anse som en endring. Likevel uttaler de i et obiter dictum at tildelingskriterier som ikke er vesentlige og som følger en prosedyre som er egnet til å ivareta forutberegnelighet, vil være tillatt.

Dermed kan det muligens være muligheter for å trekke en analogi til vurderingen knyttet til endring av konkurransegrunnlaget. Etter denne skal det foretas en helthetsvurdering.

¹⁰⁸ Nordby (2013). kap17

¹⁰⁹ Krüger (2010) s.115

¹¹⁰ Ibid. S.115

¹¹¹ Ibid. s.115

Hvorpå terskelen uansett er overtrådt dersom det må antas at endringen medfører at andre leverandører ville ønsket å delta ved kunngjøringen.

8.3 Krav til konkurransegrunnlaget og tilbudet

Når tilbudsfristen er utløpt er tillatt kontakt mellom partene begrenset til avklaring av tilbudets innhold, jf. FOA § 21-1 2.ledd bokstav a-c og 3.ledd.

Dette bl.a. for å ivareta hensynet bak systemet med konkurransegrunnlag og tilbud. Systemets forutsetning er at avtalegrunnlaget skal fremgå av konkurransegrunnlaget og tilbudet. I NS 8400 har dette gitt sitt utspring i pkt. 4.1.1, som fastslår at konkurransegrunnlaget og tilbudet skal sammen med aksepten av tilbudet være så "uttømmende og klart" at det vil utgjøre en fullstendig avtale.

Siden det presumeres et sammenfall mellom tilbud og konkurransegrunnlag er det særegne regler for tolkning av tilbud.

8.4 Avvisning ved avvik eller forbehold

Dersom tilbudet inneholder forbehold angående vesentlige punkter i konkurransegrunnlaget skal det avvises, dette fremgår av NS 8400 pkt. 6.4.4 og FOA § 20-13 1.ledd. Vesentlige punkter har tradisjonelt omfattet kontraktbestemmelser, se FOA § 20-13 1.ledd litra d. Dette har bidratt til debatt i teorien angående det offentlige sine endringer og tilpasninger av fremforhandlede standarder.¹¹² Det har blitt fremhevet at det offentlige ikke bør la seg friste til å endre risikofordelingen i kontraktsforholdet.¹¹³ Dette underbygges særlig av det faktum at dersom leverandøren tar forbehold, må de gjennomgående medføre avvisning og da er forbeholdet uten den virkning entreprenøren ønsket.

¹¹² Se s.41 i oppgaven

¹¹³ Knag (2010) s.88 fotnote 8.

Avvikende tilbud vil kunne medføre en avvisningsplikt for oppdragsgiver. Dersom avviket er vesentlig skal tilbudet avvises, jf. FOA § 20-13 1.ledd litra e og NS 8400 6.4.4. Regelen begrunnes med at vesentlige avvik vil kunne virke konkurransevridende til fordel for det avvikende tilbud.¹¹⁴ Videre vil oppdragsgiver risikere å få tilbud som er innholdsmessig ulikt det han ønsket tilbud om.¹¹⁵ Bestemmelsen i NS 8400 favner vidt og konsumerer både forbehold, avvik og alternative tilbud. Bestemmelsen må således forstås å åpne for større vurderingsrom for når avvisning påkrevs. Etter FOA vil avvik som ikke er vesentlige bedømmes etter den fakultative regelen i § 20-13 2.ledd.

8.5 Avklaring

Avklaringsadgangen er en begrenset mulighet oppdragsgiver har til å få informasjon etter tilbudsfristens utløp.¹¹⁶ Den begrenses av forholdet som søkes avklart. Er ukklarheten åpenbar skal den avvises med mindre løsningen på feilen er utvilsom, jf. FOA § 21-1 3.ledd jf. § 20-13. Vil avklaringen medføre en vesentlig endring kan den heller ikke gjennomføres grunnet brudd på forhandlingsforbudet, jf. § 21-1 1.ledd. Hvis forholdet som søkes avklart er innenfor de to nevnte vilkår og i tillegg er av en slik art som nevnes i et av de tre alternative i § 21-1 2.ledd litra a-c, så har oppdragsgiver en rett til å avklare forholdet.

Grensen mellom avklaringsadgangen og avvisningsplikten fremgår av KOFA-sak 2010/200 som gjaldt arkitekttjenester. Grensen er overtrådt dersom ukklarheten eller tvilen med tilbudet vil medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de andre tilbudene.¹¹⁷

Avklaringsadgangen etter FOA § 21-1 2.ledd litra b gjelder løsninger og materialer med mer. Det er viktig å være bevisst på at adgangen åpner kun for avklaring av hvorvidt tilbu-

¹¹⁴ Nordby (2013) s. 168

¹¹⁵ Ibid. S.168

¹¹⁶ Nordby (2013) s.150

¹¹⁷ Premiss 30 i 2010/200

det oppfyller kravene i tildelingskriteriene, bestemmelsen åpner ikke for endring av tilbudet.¹¹⁸

For mindre endringer av tilbudet knyttet til tekniske eller funksjonelle sider av leverandørens løsninger, er det et snevert unntak i § 21-1 2.ledd litra c. Adgangen er snever siden det er et unntak fra forhandlingsforbudet.¹¹⁹

Dersom uklarheter i tilbudet er et resultat av uklarheter i konkurransegrunnlaget, kan oppdragsgiver ha en plikt til å avklare uklarheten.¹²⁰ En slik plikt fremgår av KOFA-sak 2004/279, hvor nemda forankrer avklaringsplikten i likebehandlingsprinsippet i LOA § 5,¹²¹

8.6 Særregelen om taktisk prising

En særlig tolkningsregel som må forstås i lys av det nevnte systemet med tilbud og konkurransegrunnlag, er regelen om manglende prising av en prisbærende post ikke nødvendigvis regnes som en feil med tilbudet. Løsningen er at posten anses innberegnet i de andre postene med mindre annet fremgår av tilbudsbrevet, jf. NS 8400 pkt. 5.1.2 og FOA § 21-2. Denne presumsjonsregelen har sin øvre grense mot åpenbare feil, se pkt. 6.6 og FOA § 21-1 (3). Det vil således være en feil at posten ikke priset og dersom feilen er åpenbar og det er klart hvordan feilen skal løses, kan tilbudet rettes, jf. FOA § 21-1 (3) og NS pkt. 6.6. Men er denne grensen ikke overskredet, er feilen altså uten betydning og tilbudet kan antas.

Regelen kan ses som en følge av friheten leverandøren har ved sin prising av tilbudet. På den måten at han ikke trenger å prise alle poster i tilbudet, men kan innberegne en post i en annen. Dette blir omtalt som taktisk prising.

Regelen må ses i samsvar med regelverkets grense mot åpenbart for lave tilbud, se FOA § 20-13 2.ledd litra c og NS pkt. 6.4.4.

¹¹⁸ Nordby (2013) s. 152

¹¹⁹ Ibid. s.153

¹²⁰ Ibid. s153

¹²¹ Premiss 30-34 i avgjørelsen

8.7 Når er bindende avtale inngått?

Reglene i FOA bygger ikke på avtalelovens modell med tilbud og aksept. Det at melding om tildeling av kontrakt er sendt, innebærer ikke at avtale er inngått. FOA § 23-3 siste ledd angir at kontrakten anses inngått når begge parter har signert kontrakten.¹²² NS 8400 bygger på avtalelovens prinsipp og fastslår i pkt. 7.3 at avtale er inngått når skriftlig melding er kommet frem til leverandøren innen vedståelsesfristens utløp.

8.8 Endring av kontrakten

Når avtalen er inngått er utgangspunktet at anskaffelsesreglene ikke gjelder lenger. Avtalen reguleres da av kontraktsretten. En hjemmel for endring av kontrakten gir således mulighet for endringer av kontraktsarbeid og kontraktssummen.¹²³ En slik adgang er ikke unntaksfri. EU-domstolen har i en prinsippavgjørelse, c-454/06 (presstext), gitt føringer om vesentlige endringer i kontrakt. Her oppstiller utgangspunktet for læren om vesentlige endringer. Avgjørelsen er fulgt opp av KOFA.¹²⁴ Etterfølgende endring av risikofordeling og pris vil gjennomgående være å anse som vesentlig endring, dersom dette ikke har klar hjemmel i avtalen. Netto 15 % regelen i NS 8405 pkt. 22, vil være innenfor endringsadgangen i anskaffelsesretten. Dette fordi hensynet til forutberegnelighet og likebehandling ivaretas ved en klar hjemmel for endring i konkurransegrunnlaget. Endring av pris og risikofordeling vil være uproblematisk dersom dette relaterer seg til kontraktsarbeidet.¹²⁵

¹²² Her er det uenighet i teorien. Marthinussen (2010) fremhever at bestemmelsen er ment å ivareta hensynet til andre potensielle leverandører og ikke dermed innebærer at oppdragsgiver er ubundet. Krüger (2010) s.113 tar til ordet for en lik forståelse. I Nordby (2013) fremheves bestemmelsen som en regel for når avtale er inngått. Urbye (2007) tillegger bestemmelsen samme innhold som Nordby. En kan anføre at de avtalerettslige reglene ikke gjelder før kontrakten er inngått, frem til dette tidspunkt gjelder anskaffelsesreglene.

¹²³ Nordby (2013) s. 201

¹²⁴ Sak:2008/5

¹²⁵ Nordby (2013) s. 202

8.8.1 Endring av kontraktsarbeidet

Muligheten til å foreta endringer er av stor viktighet i BA-kontrakter, jf. NS 8405 pkt. 22. At dette er i tråd med anskaffelsesreglene fremgår av KOFA:2008/5.

Fra avgjørelsen siteres følgende "... *Standardvilkårene gir byggherren rett til å rekvirere endringer og tillegg mot tilleggsvederlag, og slike vil ikke kunne anses som nye oppdrag som må kunngjøres. Det ville være lite hensiktsmessig om ikke den valgte entreprenør kunne utføre endringer under oppførelsen i tråd med byggherrens ønsker...*"

For fullstendighetens skyld nevner jeg at det offentlige ble dømt for ulovlig direkteanskaffelse, siden de før kontraheringstidspunktet var klar over at endringene måtte foretas og endringene ikke var innenfor endringsadgangen i NS 8405.

9 Uklarhetsregelen ved anbudskonkurranse

Som vist over vil innbyrdes motstrid mellom dokumenter være en konsekvens av lag på lag oppbygningen i entreprisekontrakter. Dette er uproblematisk hvis bestemmelsene om harmonisering av kontraktsdokumentene løser motstriden. Verre blir det når partene gjør endringer i standardbestemmelser med "hjemme snekrede" løsninger, av typen "vanntette" klausuler som "ingeniøren" har liggende i skrivebordsskuffen.¹²⁶ Når endringene tolkes i lys kontraktens system, er det ikke gitt at resultatet blir slik konsipisten ønsket. Dersom klausulen blir meningsløs eller kvalifisert urimelig er det nærliggende at en harmonisering vil endre klausulen.

Videre kan tvetydigheter og uklarhet bli resultatet hvis forfatteren anvender presise termer i NS 3420 (beskrivelsestekster for bygge- og anleggsbransjen), uten hensyntagen til systemets oppbygning. At dette i praksis er relevante problemstillinger fremgår av voldgiftspraksis og rettspraksis. En mulig årsak til slike uklarheter kan muligens ligge i en pragmatisk tilnærming til problemløsning. En slik fremgangsmåte ved kontraktskrivning, vil fort kunne bli et problem. Da særlig mht. systematikken, og min påstand er at kanskje jurister finner det mer nærliggende å vurdere endringen eller klausulen opp mot systematikken i kontrakten. Når det offentlige er byggherre foretar de i stor grad vesentlige endringer i standardkontraktene og har i mange tilfeller egne generelle beskrivelsestekster. Siden endringer av standardkontraktenes system vil kunne forskyve balansen i kontrakten, har dette vært et sentralt tema i nyere tid.

I teorien forfektes det syn at det offentlige bør bruke "rene" standardkontrakter. I 2009 uttalte daværende fornyings- og administrasjonsminister Heidi Grande Røys, at når det offentlige har vært delaktig i utvikling av standardkontrakter så skal disse brukes uten endringer.¹²⁷ I kommentarutgaven til NS 8407, fremheves det kritikkverdige ved en praksis

¹²⁶ Knag (2010) s.89

¹²⁷ Brev av 1.7.2009 til offentlige oppdragsgivere

med vesentlige avvik fra standardene og at dette bør unngås.¹²⁸ Kai Krüger inntar samme synspunkt, i "På rett grunn" side 118, og viser til statsrådets nevnte uttalelse og forarbeidene til FOA (ot.prp.nr.71 (1997-98)). Praksisen er interessant sett i lys av forordet til standardene hvor det forutsettes følgende: "...standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendig på grunn av spesielle forhold..."

9.1 Eksempler på uklarhet ved at det offentlige endrer standardkontrakten

9.1.1 Rt. 1992 s.1105 (NSB-dommen)

NSB og Eeg-Henriksen Anlegg AS inngikk juni 1986 avtale om anleggsarbeid på Ofofbanen. NSB hadde foretatt innhugg i utgangspunktet om entreprenørens rett på fristforlengelse når forhold utenfor hans risikosfære medførte krav på fristforlengelse. Endringen relaterte seg til NS 3401 pkt. 8.2 som tilsvarer NS 8405 pkt. 24.3. Den var gjennomført som en konsekvens av at NSBs generelle kontraktbestemmelser gjaldt foran standardkontraktens bestemmelser. Forholdet som tvisten relaterte seg til var en endring av arbeidstidsbestemmelsene ved tariffavtale. Denne medførte en reduksjon fra 40 timers uke til 37,5 timer. Dette gav direkte utslag i ferdigstillingsfristen og entreprenøren måtte forsere, noe som medførte overtidsbetaling.

Tvisten var hvorvidt dette ga entreprenøren krav på tilleggsvederlag. De generelle kontraktbestemmelser punkt C02.2 hadde følgende ordlyd:

"Basis for kontrakt.

Kontrakten skal være basert på de offentlige bestemmelser (påbud, forbud o.l.) som var publisert og i kraft 14 kalenderdager før anbudsfristens utløp.

¹²⁸ Giverholt (2012) s.54

Endringer av slike forutsetninger, som ikke dekkes av denne kontrakt, gir partene rett til regulering av frister og kontraktssum i den utstrekning endringene måtte få betydning for disse.

Endring av overenskomst mellom entreprenøren og hans arbeidstakere, medfører ikke rett til regulering av frister eller kontraktssum."

NSBs påstand var at pkt. C02.2 måtte forstås slik at 1.ledd var førende for tolkning av 2.ledd. Dette innebar etter deres forståelse at kun endring i lov, i dette tilfellet arbeidsmiljøloven, skulle gi entreprenøren krav på tilleggsvederlag for forsering grunnet kortere arbeidstid per arbeider. Deres tolkning ville derfor innebære at tariffavtalen skulle løses etter ordlyden i 3.ledd. Høyesterett fant C02.2 uklar i sitt innhold for regulering av det spørsmål partene sto ovenfor. Det var etter rettens mening ikke slik at 3.ledd konsumerte tilfellet hvor tariffavtale var grunnlag for timeendring. Videre var det heller ikke klart at 2.ledd ekskluderte tariffavtaler. "Slik forutsetning" er ordvalget NSB har brukt i bestemmelsen, og nettopp endring gjennom tariffavtale måtte omfatte slike forutsetninger. Særlig da lovendring ville være det sedvanlige for slike endringer av arbeidstidbestemmelser. Et tilfeldig unntak ved at tariffavtale ble brukt, kunne ikke medføre at entreprenøren skulle bli dårligere stilt. Høyesterett uttaler at ukklarhetsregelen ikke er nødvendig for tolkningsresultatet, dette er etter min mening fordi førstvoterende løser tolkningsspørsmålet ved å bruke det objektive tolkningsprinsipp. Herunder fremheves den intersubjektive forståelsen partene knyttet til de forutsetninger som lå til grunn for avtalevilkåret.

Det at forutsetningssvikten vanligvis ville bli fanget opp av den avvikende klausulen, siden lovsform har vært det sedvanlige ved endring av arbeidstidsbestemmelser, underbygger at et tolkningsresultat i favør NSB sin forståelse måtte bygge på en klarere ordlyd. Dette kan ses som en risikobasert tolkningsstil hvor den som hevder et avvikende resultat fra normalen, må bære risikoen for denne forståelsen. Men det kan også forankres i at avtalen ikke ga leverandøren en berettiget forventning om at forutsetningssvikt av denne art skulle være unntatt fra avtalen. Dommen viser hvordan forsøket på endring av risikofordelingen i standardkontraktens bestemmelser, i dette tilfellet NS 3401, ble tolket i disfavør forfatteren.

Entreprenøren vant frem med sitt krav på tilleggsvederlag, avgjørelsen var enstemmig.

9.1.2 Rt.2009 s.160 (Stryn Energi)

Partene i saken var NCC Construction AS og Stryn Energi AS. Tvisten omhandlet tilleggsvederlag grunnet uriktige opplysninger om grunnforholdene.

Dommen er illustrerende siden den anvender en risikobasert tolkningsstil, som er redegjort for i kapittel 5. Den er også illustrerende for hvordan endring av bestemmelser i NS`n ikke nødvendigvis medfører at en oppnår det ønskede resultat. Saken gjelder en totalentreprise og spørsmålet var for Høyesterett begrenset til hvorvidt varslingsfristen var overholdt. Utgangspunktet etter NS 3431 var at fristen var relativ, "uten ugrunnet opphold", altså avhengig av situasjonen. Før avgjørelsen var det uklart hvordan kunnskapskravet i varslingsregelen var å forstå. Etter en konkret vurdering oppstiller Høyesterett et krav om positiv kunnskap, hvorpå totalentreprenøren må få tid til å få oversikt over totalbildet av kostnader og utgifter. I tillegg må entreprenøren gis noe tid til vurdering av ansvarsspørsmålet før fristen anses utløpt.

Det som er av størst interesse, for denne oppgaven, er hvordan retten tolket byggherrens endring av den relative fristen, til en absolutt frist på 24 timer. I kontrakten mellom partene var det inntatt et pkt. 2.2, som endret varslingsregelen i NS 3431 pkt. 22.5, fra "uten ugrunnet opphold" til 24 timer.

Når førstvoterende skal ta stilling til hvilken varslingsregel som gjelder mellom partene, vurderer han hvorvidt endringen er tilpasset systemet som NS 3431 bygger på. Som nevnt over følger standarden en systematisk oppbygning og endring av enkelt bestemmelser vil være uten ønsket virkning, dersom endringen ikke er gjennomgående og i tråd med systemet. Pkt. 22.5, som pkt. 2.2 i kontrakten endret, er den generelle varslingsregelen. Mens varslingsregelen for opplysninger angående grunnforholdene, reguleres i pkt. 8.5.

Høyesterett tar ikke standpunkt til hvorvidt pkt. 8.5 skal vurderes som en særskilt bestemmelse, uavhengig og annerledes enn pkt. 22.5. Men når byggherren har gjort en endring av standardkontrakten og ikke eliminert denne uklarheten, er han også den som er nærmest til å bære risikoen for dette. En ser dermed at retten kunne kommet til en fortolkning av avtalen ut i fra harmonisering, men hopper over gjerdet der det er lavest. Jeg anser det som lettere å argumentere for en løsning etter forfatterregelen, fremfor den mer tungroddede argumentasjonen ved å løse spørsmålet etter en lex-specialis tolkning. Rimelighetsbetraktninger i form av reelle hensyn knyttet til risikoplassering underbygget også at forfatterreglen skulle slå igjennom her. Dette påpeker Høyesterett ved å vise til at en frist på 24 timer i seg selv er meget inngripende, men dersom avtalen hadde vært klar på dette punktet vil nok domstolen avstå fra å frata profesjonelle parter deres autonomi.

Tingretten (TFJOR-2006-137356) var også klar på at § 36 ikke fikk anvendelse på avtalevilkåret om 24 timers varslingsfrist. Dette underbygges særlig av Salhusbrodommen, hvor Høyesterett oppstiller en meget streng linje for bruk av avtl. § 36 i entrepriseretten. Slik jeg leser Alf Johan Knag i artikkelen "Hvordan skrive kontrakt"¹²⁹, legger han til grunn at dersom avtalen hadde vært klar ville ikke avtl. § 36 ført frem. Etter min mening er det ikke noe ekstraordinært at Høyesterett lettere konkluderer med uklarhet når resultatet er lite rimelig. I tråd med tolkningslæren og da særlig harmoniseringsstilen er det ved urimelige tolkningsresultater, naturlig å se hen til bakgrunnsretten. Da har det forutsetningen mot seg at partene ønsket en avvikende bestemmelse, dersom dette ikke fremgår med klarhet. Således blir det en løsning hvor risikoplasseringen underbygges av harmoniseringsstilen. Det er en glidende overgang mellom den risikobaserte tolkningsstil, herunder uklarhetsregelen, og harmoniseringsstilen i slike tilfeller.¹³⁰

NCC vant saken i sin helhet, dommen var enstemmig.

¹²⁹ "På rett grunn" s.85-110 her særlig s. 96.

¹³⁰ Se kapittel 4 og 5.

10 Hvor langt rekker presumsjonsregelen om at feil prising av enkelt poster presumeres inntatt i andre poster?

Det er et gjentakende tema i entrepriseretten ved anbudskonkurranse at det oppstår spørsmål knyttet til hvordan prising av poster i tilbudet er å forstå. Dette reguleres som nevnt av spesialregelen for BA-kontrakter i FOA § 21-2 og av NS 8400 pkt.5.1.2.

Men det kan også være at prisen er satt for lavt grunnet feil ved beregningen. Spørsmålet blir for begge tilfellene hvorvidt det er muligheter for etterfølgende endring av kontraktssummen. Avgjørende blir dermed hvilke rettsregler som skal gjelde. Er det anskaffelsesretten eller kontraktsrettens regler som gjelder? Spørsmålet må løses etter anskaffelsesrettens sine regler, siden kravet til likebehandling mellom tilbyderne, jf. LOA § 5, tilsier at konkurransen ikke skal bli illusorisk ved å kunne endre prisene i ettertid ved anvende avtaleretten.¹³¹

10.1 Rt.2003 s.1531 (Veidekkedommen)

Twisten har sitt utspring i en tunnelentreprise, hvor Statens vegvesen kontraherte med Veidekke ASA. Avtalen ble inngått ved anbudskonkurranse etter NS 3400 sine regler, kontrakten ble inngått i 1997 og således før LOA trådte i kraft. Hovedspørsmålet var hvordan feilprising av poster i anbudet, etter terminologien i denne oppgaven kalt tilbudet, skal løses. Feilprisingen relaterte seg ikke til uklarheter eller feil i konkurransegrunnlaget, men oppsto grunnet multiplikasjonsfeil hvor enhetsprisen ble beregnet etter kvadratmeterpris istedenfor kubikkmeterpris. Således var det forhold hos entreprenøren som medførte at prisingen ikke dekket kostnaden ved utførelsen. Enhetsprisen for den aktuelle prosessen ble vesentlig lavere, 74,72 kroner istedenfor 1.494,40 kroner.

¹³¹ Veidekke- og Stryn Energidommen

Førstvoterende innleder sitt votum med å redegjøre for rettskildesituasjonen i saken. Deretter fastslår han at det er de særskilte regler for anbudsinnbydelse, i dette tilfellet NS 3400, som er utgangspunktet for vurderingen. Dermed blir NS 3400 sine regler for endring av tilbudet etter tilbudsfristens utløp, avgjørende for løsningen. Den klare hovedregel er at slike endringer ikke kan forekomme, jf. Pkt. 13.2 1.ledd som tilsvarer NS 8400 pkt. 6.5. Unntak fra hovedregelen krever derfor hjemmel, i dette tilfellet blir det en vurdering etter pkt. 13.2 2.ledd (pkt. 6.6 i NS 8400). Høyesterett konkluderer med at kravet til retting etter pkt. 13.2 2.ledd, oppstiller en todelt vurdering. Feilen må være åpenbar og det må være åpenbart hvorledes feilen skal rettes. Høyesterett sin tolkning av det siste vilkåret er særlig klargjørende for forståelsen av regelen.

At bestemmelsen skal forstås slik forankres i juridisk teori, da gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser¹³² § 9-1 3.ledd og forslaget til NS 8400 pkt. 6.6. Regelen settes også i sammenheng med presumsjonsregelen om manglende prising av enkeltposter, se kapittel 8.6 over. Dette underbygger den friheten tilbyder har ved sin prising av oppdraget, og gir rom for taktisk prising. Høyesterett går også inn på lagmannsretten sin rettsanvendelse og uttaler at pkt. 13.3, som gjelder oppdragsgiver sin mulighet til å innhente opplysninger fra tilbyder, står tilbake for avvisningsregelen i pkt. 12,4. Hvis oppdragsgiver skal rette feilen må dette skje uten innspill fra tilbyder, derfor må det være åpenbart hvorledes feilen skal rettes. Dersom feilen er åpenbar og det ikke er opplagt hvordan den skal rettes, må oppdragsgiver avvise tilbudet.

Det er viktig å ha med i vurderingen at dersom oppdragsgiver avviser på feilaktig grunnlag vil han kunne bli erstatningsansvarlig. En ser dermed at systembetragtninger blir viktigere enn rimelighetsbetragtninger. Således blir rettstilstanden betydelig klarlagt ved denne avgjørelsen. For denne oppgaven er det nettopp denne delen av dommen som er av interesse. Ved at listen settes høyt før oppdragsgiver er pliktig til å endre tilbudet, ivaretas hensynet til likebehandling og forutberegnelighet.

¹³² FOA av 2001 nr.616

Tilbyder bærer risikoen for sin forståelse av konkurransegrunnlaget og innholdet av sitt eget tilbud. Et viktig moment i avgjørelsen er at Høyesterett gjør det klart at avtaler inngått ved anbudskonkurranse må vurderes særskilt og til dels annerledes enn andre avtaler, da særlig siden anskaffelsesregelverket ikke gir rom for de generelle reglene i avtaleloven. Harmoniseringshensyn tilsier at inngåelsesreglene i anbuksretten må være utgangspunktet for vurderingen.¹³³ Høyesterett konkluderer således med at staten frifinnes, avgjørelsen er enstemmig.

10.2 Rt. 2007 s.1489. (Byggholtdommen)

10.2.1 Innledning

Spørsmålet i Byggholtdommen var hvorvidt manglende prising av tiltransport i tilbudet måtte anses innberegnet i andre poster i tilbudet, jf. Veidekkedommen. Innunder denne vurderingen var spørsmålet hvorvidt prosjektbeskrivelsen, kalt "bok 0", var tilstrekkelig klar. Således kan dommen plasseres i både kapittel 9 og 10 i denne oppgaven.

Før jeg drøfter innholdet og resultatet av dommen finner jeg det hensiktsmessig å redegjøre for det entrepriserettslige begrepet "tiltransport". Tiltransport er en av to former for arrangert entrepriserett.¹³⁴ Som nevnt over kjennetegnes entrepriseretten ved at risikofordelingen følger funksjonsfordelingen i kontrakten. Entreprenøren bærer risikoen for sin kontraktsforpliktelse og sine kontraktsmedhjelpere. Byggherren kan kontrahere med flere entreprenører, såkalte sideentreprenører.¹³⁵ Etter funksjonsfordelingen vil ikke en sideentreprenør ha risikoen for det en annen entreprenør utfører.¹³⁶ For byggherren kan det være ønskelig å forholde seg til en entreprenør istedenfor å kontrahere med flere. Dette kan ha sitt grunnlag i flere forhold. Det faktiske bildet blir mer oversiktlig og samordningen på byggeplassen

¹³³ Denne tolkningen baserer jeg på Avsnitt 46 i dommen.

¹³⁴ Begrepet "arrangert entrepriserett" ble innført av Tore Sandvik, se kommentarutgave til NS3401 s.63

¹³⁵ NS 8405 pkt. 2.9

¹³⁶ Marthinussen (2010) s.219

bedres, men det viktigste er risikofordelingen.¹³⁷ Når sideentreprenøren transporteres til hovedentreprenøren, endres risikobildet ved at sideentreprenøren nå er å anse som underentreprenør hos hovedentreprenøren.¹³⁸

Den som får ansvaret, for det som nå er en underentreprenør, blir omtalt som hovedentreprenør.¹³⁹ I juridisk teori og i NS'ene er det oppstilt krav til klart avtalegrunnlag for at tiltransport til hovedentreprise skal anses avtalt.¹⁴⁰ Det er også i juridisk teori enighet om at tiltransport til hovedentreprise gir entreprenøren rett på påslag, dette fremgår nå direkte av NS 8405 pkt. 16.5.¹⁴¹

10.2.2 Nærmere om sakens faktiske side

Ved anbudskonkurranse ble entreprenør J.M Byggholt tildelt oppdraget med å utføre tilbygg og ombygging av Linderud skole. Oppdragsgiver var Oslo kommune v/Undervisningsbygg Oslo KF. Det fremgikk av bok 0 at kommunen skulle kontrahere direkte med entreprenører for teknisk arbeid, og at disse skulle tiltransporteres entreprenøren som ble tildelt oppdraget. Kommunen hadde ikke inngått avtale med entreprenørene som forutsattes tiltransportert.

Kapittelet for de prisgivende poster, bok 0, var bygd opp etter systemet i NS 3420. Enkelte steder var det også vist til de tilsvarende kodene i NS 3420.

Den aktuelle posten hvor tiltransport skulle prises, var ikke utfylt av Byggholt i tilbudet. Byggholt hadde derimot priset post 01.B22.10 som var en overordnet post for Administra-

¹³⁷ Marthinussen (2010) s. 219

¹³⁸ Hagstrøm (1997) s. 19.

¹³⁹ Sandvik kommentarutgave til NS3401 og Marthinussen kommentarutgave til NS8405

¹⁴⁰ Se NS3401 pkt.5.2 og NS8405 pkt. 16.1 1.ledd. Dette er også lagt til grunn i Hagstrøm entrepriserett s.20, Sandvik kommentarutgave til NS3401 s.70 og Marthinussen kommentarutgave til NS8405 s.217

¹⁴¹ Marthinussen (2010) s. 235 argumenterer for at manglende prising av tiltransport i tilbudet ikke kan medføre at retten på betaling bortfaller, dette fordi tilleggsvederlaget ikke er en del av kontraktssummen.

sjon. Dennes underpost, "B22.10.1" som inneholdt en henvisning til bok 0, var ikke priset. Videre viste bok 0 til et skjema hvor tiltransport for underentreprenør skulle prises. I tilbuds brevet var denne delen av tilbudet kommentert med "det forutsettes at de tiltransporterte underentreprenørene har tilstrekkelig kapasitet". Byggholt presiserte videre at tilbudet bygget på NS 3420 og NS 3430. Sistnevnte er forgjenger til NS 8405.

I avklarende møte etter tilbudet var antatt, ble det opplyst fra Byggholt at tiltransport ikke var omfattet av prisingen av Post 01.B22.10. Dette ble fulgt opp med brevveksling mellom partene, uten at enighet ble oppnådd omkring prising av tiltransport. Etter avholdt møte undertegnet partene kontrakten, men presiserte at de ikke var enige angående posten om tiltransport. Byggholt forbeholdt seg retten til å avklare dette i rettssystemet og tok ut stevning for Oslo tingrett 15.oktober.2004. Byggholt vant delvis frem i tingretten og tapte i lagmannsretten.

10.2.3 Nærmere om sakens rettslige side

I avsnitt 48-59 redegjør førstvoterende, dommer Tønder, for kontraktens oppbygning, jeg går ikke nærmere inn på dette.

Høyesterett oppstiller deretter (i avsnitt 60-61) det rettslige utgangspunktet for endring av kontraktsvilkårene ved anbudskonkurranse, se oppgavens kapittel 8.5. Deretter oppstiller Høyesterett et strengt objektivt tolkningsprinsipp. Hvor systembetragtninger er avgjørende for hvordan avtalen skal forstås, se avsnitt 62 3.setning.

Avsnitt 62 i dommen (inntatt her i sin helhet)

"...Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. Av samme grunn vil det være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebran-

sjen, jf. i denne sammenheng forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9. Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd..."

Således oppstilles et strengt krav til forfatteren av konkurransegrunnlaget, siden han har god tid til å utarbeide dette. Til forskjell fra leverandørene som har en tidsbegrenset mulighet til å sette seg inn i hvordan konkurransegrunnlaget skal forstås. Høyesterett viser i denne sammenheng til § 3-9 i tidligere FOA, som er videreført i gjeldende FOA § 3-11 1.ledd. Her fremgår det at standardkontrakter som hovedregel skal brukes. Når oppdragsgiver bryter med systemet som følger av standardkontrakten underbygger dette at oppdragsgiver må bære risikoen for eventuelle uklarheter dette medfører.

Det fremheves (i avsnitt 64) at fremgangsmåten som er brukt i konkurransegrunnlaget ikke er vanlig. Videre er valgte løsning heller ikke i tråd med systemet i NS 3420, ved å prise tiltransport av sideentreprenør med rund sum med den her benyttede kode. Når oppdragsgiver velger å bruke systemet i NS 3420 på en avvikende måte skal avviket fremgå tydelig. Etter standarden gjøres dette ved tilføyelse av tallet 9 i koden. Dette fremhever Høyesterett i avsnitt 65.

Som nevnt over er tiltransport en av to former for arrangerte entrepriser. Den andre formen omtales som administrerende sideentreprenør. Når den omtvistede posten som ikke er priset, omtalt som B22.10.1, gjelder "administrasjon med fremdriftsansvar for underentreprenør...", fremholdes det at posten ikke er egnet til å få frem at den gjelder full tiltransport. Høyesterettsdommer Tønder fremhever i avsnitt 67, at det fremstår som Undervisningsbygg har benyttet begrepene uten å inneha den riktige forståelsen av dem.

Videre medfører heller ikke henvisningen til bok 0 i post B22.10.1, at det fremgår med tilstrekkelig klarhet hvordan tiltransport skulle prises i tilbudet. Selv ikke når anbudsdokumentene leses i sammenheng, jf. avsnitt 70.

I avsnitt 73-75 redegjør Høyesterett for en streng objektiv fortolkning og det understrekes at oppdragsgiver sine subjektive intensjoner er uten betydning med mindre de fremgår av konkurransegrunnlaget. Videre fastslås det at tilbyder ikke er ansvarlig for uklarheter i tilbudet når dette skyldes konkurransegrunnlaget sin ufullstendighet. Høyesterett oppstiller således en særlig streng uklarhetsregel i form av contra stipulorem i entrepriseretten.

Byggholt vant saken og som et obiter dictum i oppgavens sammenheng nevnes det at kravet ikke var prekludert etter NS 3430 sine regler, slik i tingretten kom til for deler av kravet. Høyesterett forstår den spesielle preklusjonsregelen i NS 3430 pkt. 28.3.4 sett i sammenheng med pkt. 28.3.1, kun å regulere hvorvidt tiltransport var en del av kontraktsforpliktelsene til entreprenøren. Vederlaget for tiltransport var derfor ikke prekludert.

Dommen var enstemmig.

10.2.4 Juridisk teori om Byggholtdommen

Alf Johan Knag trekker påpeker i sin artikkel, inntatt i "På rett grunn" på s. 102, at dommen viser den særlige tyngden uklarhetsregelen har ved motstrid mellom kontraktsdokumentene. Videre påpeker han uklarhetsregelens betydning sett i lys av leverandøren sin begrensede mulighet for å ta forbehold mot slike uklarheter, da dette gjennomgående må medføre avvisning jf. FOA § 20-13 litra d.

Kai Krüger sin artikkel i samme bok på s.127 og 128 påpeker at kommunen prøvde å sette regelen i NS 3430 pkt. 12.4 til side med sin spesielle oppbygning av konkurransegrunnlaget. Han viser til BJFR sin konklusjon i sak 558 (2004), hvor Byggholtsaken ble forelagt rådet. Rådet sin konklusjon går lenger i en harmoniserende tolkningsstil og løser spørsmålet om entreprenørens rett på tilleggsvederlag etter hvordan NS 3420 tradisjonelt forstås. Videre fremheves plasseringen av tiltransport under kapittelet rigg og drift, noe som er meget uvanlig i praksis. Rådet konkluderer videre med at "bok 0" sin omtale av tiltransport er

uten betydning i denne sammenheng. Krüger fremhever at Høyesterett knesetter særlig to prinsipielle avklaringer.

- Høyesterett knesetter: En særlig ukklarhetsregel etter "contra stipulatore".
- Avviser en undersøkelses- og varslingsplikt etter godtro-standard.

Lasse Simonsen foretar i artikkelen "Tolkning av anbudsgrunnlag Rt-2007-1489"¹⁴² en analyse av Byggholtdommen. Jeg vil i det følgende påpeke noen momenter han trekker frem som ikke allerede er nevnt over. Dette for å unngå gjentakelser.

På s.279 påpeker Simonsen Høyesteretts bekreftelse av en tilstramming av den generelle ukklarhetsregelen, når forholdet reguleres av anskaffelsesreglene. Simonsen fremhever videre leverandørens begrensede mulighet til påvirkning av konkurransegrunnlagets utforming, som i praksis er begrenset til forbehold med de risikoer dette medfører.

Videre, påpeker han, leverandørens spesielle situasjon ved kalkulering av tilbudet kunne vært trukket frem. Det er som han fremhever, små sjanser for at leverandøren faktisk tildeles kontrakten ved en åpen anbudskonkurranse.¹⁴³ Dermed begrenses også leverandørens ressursbruk på gjennomlesning og kalkulering av rent praktiske grunner. Noe som igjen underbygger at kravene til konkurransegrunnlaget må være høye, hva gjelder klarhet og entydig utforming.¹⁴⁴

Et annet sentralt moment Simonsen påpeker, er Høyesteretts tilsynelatende overseelse av regelverkets åpning for avklaring av ukklarheter før tilbudsfristen utløp.¹⁴⁵ Som jeg har redegjort for over er tilbudsfristen en viktig milepæl når det gjelder kontakt mellom partene. Men muligheten til avklaringer kan etter min mening ikke åpne for at en ukklarhet i konkurransegrunnlaget lempes over på tilbudsgiver. Særlig må dette være tilfellet når reguleringen

¹⁴² Torsten Iversen (2009) s.277og f.

¹⁴³ Ibid. S.280

¹⁴⁴ Ibid. S.280

¹⁴⁵ Ibid. S.286

i så stor grad avviker fra det sedvanlige. Muligheten er velegnet til å avklare tvetydigheter og uklarheter, men det er ikke en avklaringsplikt for entreprenøren. Simonsen fremholder at objektivitetsprinsippet ved anbudskonkurranse må gjelde tilsvarende ved tolkning av partsutsagn avgitt enten som forbehold eller ved avklaringer før tilbudsfristens utløp. Dette må være korrekt og underbygges også av reglenes krav til klarhet både i FOA og NS 8400 og prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet i LOA § 5.

11 Rt. 2012 s.1729 (Mikadommen)

Dommen gjelder uklarhetsregelens eventuelle anvendelse på kontrakten mellom tunnelentreprenør Mika AS, omtalt som Mika, og Statens vegvesen, omtalt som Vegvesenet.

11.1 Sakens faktiske side

Ved anbudskonkurranse utlyste Vegvesenet bygging av Stedjeberg tunnelen med tilhørende veg i dagen (vei utenfor tunnel) på Rv. 55 i Sogn og Fjordane. Leverandørene konkurrerte på pris og Mika hadde det laveste tilbudet. Tilbudet ble beregnet på bakgrunn av prising av enhetsprispostene inntatt i kapittel E i kontrakten. På denne måten får leverandøren ansvaret for å prise postene eller prosessene slik at kostnader og eventuell fortjeneste dekkes inn.¹⁴⁶ Enhetsprisen multipliseres med oppdragsgivers mengdeangivelse, som beregnes etter oppmåling. Dermed bærer partene risikoen for at mengdeangivelsen og enhetspris tilsammen utgjør et korrekt kostnadsbilde. Tvisten var hvorvidt prising for kjøp og leveranse av stein, til opparbeidelse av en såkalt natursteinmur, fremgikk med tilstrekkelig klarhet av konkurransegrunnlaget.

11.1.1 Kontraktens oppbygning

De prispåbærende poster var inntatt i et eget kapittel i kontrakten mellom partene. Dette kapitlet var bygd opp etter Vegvesenets håndbok 025. I håndboken fremgår det innledningsvis at den "*først og fremst er beregnet for bruk internt i etaten.*"¹⁴⁷ Håndboken inneholder prosesskoder som forutsettes benyttet ved arbeider for Vegvesenet i entrepriser.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Det kan tenkes at en leverandør kun priser tilbudet slik at han får full kostnadsdekking, for å etablere seg i bransjen.

¹⁴⁷ Innledende tekst s.2

¹⁴⁸ Dette fremgår av innledningen pkt. 1 i håndbok 025 prosesskode 1 1994 utgaven som var gjeldende i kontrakten mellom Mika og Vegvesenet.

Den funksjonelle siden ved prosessene er todelt. En teknisk beskrivelse som forenkler utformingen av tilbudet, egnet til å sikre en ensartet utførelse.¹⁴⁹ Dernest en kontoplan for kostnadsoppfølging for Vegvesenet. Således benyttet ikke NS 3420 sine beskrivelseskoder i kontrakten mellom partene.¹⁵⁰

Likevel, håndboken er ment å ivareta de samme hensyn som NS 3420. Håndboken bygger på en hierarkisk oppbygning i et titall-system, hvor flere desimaler betyr mer detaljert beskrivelse. Av særlig interesse for tvisten mellom Mika og Vegvesenet, er pkt. 5 i håndboken. Denne gjengir Høyesterett i sin helhet i avsnitt 11. Jeg begrenser meg til å gjengi følgende:

"... Tekster angitt på et høyt nivå (lite antall sifre) gjelder også for underordnede delprosesser (større antall sifre), dersom ikke ny tekst om samme emne er angitt i den underordnede delprosessen..." (min understrekning).

Kapittel E i konkurransegrunnlaget inneholdt de prosesser som Mika skulle prise i sitt tilbud. Oppføring av mur, ble angitt med prosessene 71.1, Spesiell beskrivelser 71.13 og Spesiell beskrivelser 71.14 under hovedprosess 7.

Det var ikke vist til prosess 71, som er på et høyere nivå, mindre antall siffer. Denne koden, 71 litra a som fremgår av håndboken, sier klart at prosessen omfatter levering av materialer.

Mika oppga enhetsprisen 1.870 kr. for prosessene 71.13 og 71.14, enhetsprisen ble multiplisert med 1 810 og 850 kvm. Prisen blir da 4.974.200 kr. og utgjør ca. 4,8 % av tilbudet som var på 102.779.273 kr.¹⁵¹ Tilleggskravet var på 2.629.325 kr, som vil være en total økning i underkant av 2,6 % av det opprinnelige tilbudet. Tilbudet kunne derfor ikke anses som åpenbart for lavt, noe som heller ikke ble anført.

¹⁴⁹ Pkt. 1 håndbok 025

¹⁵⁰ I 2007 utgaven er håndboken tilpasset NS 3420, jf. Pkt. 1 i denne. Og avviker i stor grad fra 1994 utgaven.

¹⁵¹ Således kan det ikke anføres å være unaturlig lavt, jf. FOA § 20-13 2.ledd litra c jf. § 20-14.

11.1.2 Høyesterett sin vurdering av uklarheten i kontrakten.

I motsetning til underinstansene kom Høyesterett til at levering av stein var omfattet av Mikas tilbud. Førstvoterende, dommer Tønder, fastslår innledningsvis i sitt votum at det rettslige grunnlaget for vurderingen er tolkning av entreprisetrakter. Deretter redegjør han for det objektive tolkningsprinsipp i kontrakter mellom næringsdrivende, jf. Rt. 2002 s.1155 (kommentar over). Videre fremheves at en objektiv fortolkning får ytterligere styrke ved anbudskonkurranse i entrepriseretten, siden kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene. Deretter redegjør førstvoterende for uklarhetsreglen i entrepriseforhold inngått ved anbudskonkurranse og viser til Veidekke- og Byggholtdommen. Det rettslige utgangspunktet for vurderingen, kan sammenfattes slik: "Dersom det til tross for enkelte uklare punkter, etter en objektiv fortolkning er klart hva oppdragsgiver har ment, må tilbudsgiver forholde seg til det". Dette betyr, at når konkurransegrunnlaget er klart, har leverandøren risikoen for sin forståelse av dette, jf. Avsnitt 58 i dommen. Høyesterett trekker frem avsnitt 62 fra Byggholtdommen og BJFR sin uttalelse som er inntatt i Veidekkedommen.

En av statens hovedanførsler var at Byggholtdommen bygger på en misoppfatning av anbudsretten.¹⁵² Høyesterettsdommer Tønder påpeker at uttalelsen, om at leverandøren i praksis må ta et forbehold dersom han pålegges en avklaringsplikt, var uten betydning for resultatet i Byggholtdommen. Således avstår han fra en nærmere drøftelse av en eventuell "avklaringsplikt". Etter min vurdering kan ikke tilbyder pålegges en slik plikt, men Høyesterett lar altså problemstillingen stå ubesvart.

For innholdet av den objektive fortolkning på entrepriserettens område vises det til Rt. 2010 s.961. Her særlig uttalelsen om at objektiv tolkning åpner for formålsbetraktninger og reelle hensyn. I sistnevnte dom var formålsbetraktninger særlig aktuelt siden saken gjaldt NS 3431 sine regler om sluttoppgjør.

¹⁵² I tråd med Simonsen sin kommentar til Byggholtdommen inntatt over.

Førstvoterende tilføyer at systembetraktninger og en helhetsvurdering av kontrakten må kunne vektlegges ved fastlegging av konkurransegrunnlagets innhold (avsnitt 67). Særlig systembetraktninger er etter min mening særlig viktig ved ukklarhetsregelen i entreprisretten.

Tolkningsprosessen oppsummeres i avsnitt 69:

"Spørsmålet er om det av beskrivelsen av det som skal prissettes, når dette blir lest av en normalt forstandig tilbyder, framgår at dette også omfatter stein som inngår i murarbeidet."

Deretter går Høyesterett over på selve tolkningsprosessen. Her vises det til kontrakten som ble undertegnet av partene ved tildelingen av entreprisen. Av denne følger det at opplysninger om og vilkårene for arbeidet er angitt i konkurransegrunnlaget og de dokumenter og tegninger konkurransegrunnlaget viser til. I avsnitt 71 i dommen gjengis konkurransegrunnlagets oppbygning. Det essensielle er at i tillegg til anbudsdokumentene, suppleres konkurransegrunnlaget av prosesskodene herunder håndbok 025 (prosesskode 1) og 026 (prosesskode 2) og tegningshefte. Dette fremgår av kapittel A i anbudsdokumentene under overskriften "Dokumentoversikt".

Førstvoterende drøfter deretter hvorledes anbudsdokumentene angir prosessen for murarbeidet i kapittel E. Ikke overraskende kommer Høyesterett til at beskrivelsen i prosessen ikke positivt nevner levering av stein. Førstvoterende nevner at det i den spesielle beskrivelsen er angitt at prisingen omfatter levering og utføring av fiberduk, og levering og utfylling av filterlag. At det er inntatt en således uttømmende beskrivelse av hva som skal leveres og prises i denne posten, uten at levering og prising av stein nevnes, blir derimot ikke drøftet. I stedet for går Høyesterett over til å drøfte beskrivelsen i pkt. 71.1 litra a. Her fremheves første og siste setning i litra a. Av første setning fremgår det at oppføring av mur skal prises. Mens det i siste setning er inntatt en henvisning til hovedprosess 2 i forbindelse med beskrivelsen av uttak i linje og sideuttak av stein. Henvisningen blir ikke meningsfull da hovedprosess 2 ikke nevner uttak i linje eller sideuttak av stein.

Det som derimot er klart er at pkt. 71.1 litra a er klippet ut av håndbok 025 og limt inn i kapittel E, og gir ikke noen nærmere avklaring av spørsmålet.

Når det gjelder bokstavenes betydning i forhold til beskrivelsen, gjelder litra a for beskrivelse av arbeidet som skal utføres. Litra b gjelder krav til materialer. Høyesterett sier seg enig i Mikas anførsel om plasseringen av passusen, "*entreprenøren kan ikke rekne med å nytte stein frå anlegget*", i litra b, isolert sett må forstås som kvalitative krav til stein som skal brukes i muren. Mika fremholder passusen ikke kan tas til inntekt for hvorvidt prising av stein og frakt av denne inngår i deres enhetspris. Argumentet blir etter min mening ikke særlig drøftet i dommen. Mikas poeng var at stein tilgjengelig på anlegget skulle brukes til å oppføre muren. Høyesterett avviser denne anførselen da steinen det var snakk om relaterte seg til en tidligere utført entreprise og derfor måtte være uten betydning for forståelsen av mellomværende mellom partene. Hvorfor slike faktiske forhold er uten betydning for tolkning av avtalen angis ikke. Muligens er poenget at Mika anfører en subjektiv forutsetning som er uten relevans, når den objektive forståelse av avtalen skal fastlegges. Men dersom dette var faktiske omstendigheter som var nærliggende for tilbudsgiverne å vektlegge ved sin prising, blir avvisningen av argumentet noe formalistisk. Spørsmålet er nettopp hvordan en forstandig tilbyder forstår konkurransegrunnlaget og da vil faktiske forhold virke inn på forståelsen.

I avsnitt 82 konkluderer førstvoterende med at det isolertsett ikke fremgår i hovedprosess 7 i kapittel E, med tilstrekkelig klarhet at prising av anskaffelse av stein og frakt av denne er innberegnet.

Høyesterett stopper ikke tolkningsprosessen ved kapittel E. Som nevnt over fremgår det av pkt. 4 i kontrakten at konkurransegrunnlaget ikke er begrenset til anbudsdokumentene, herunder kapittel E, men suppleres bl.a. håndbok 025, jf. kapittel A i anbudsdokumentene. I kapittel A fremgår det under overskriften "DOKUMENT" pkt. 3 at håndbok 025 inngår i konkurransegrunnlaget.

Spørsmålet blir dermed om dette betyr at kodene i håndboken også får betydning for innholdet av entreprenøren sin prising muren. I så fall er den overordnende prosessen til 71.1 litra a, 71.13 og 71.14 av avgjørende betydning.

Det fremgår av prosess 71 "Murer" følgende:

"Proessen omfatter levering av materialer til og alle arbeider med bygging av murer av naturstein..."

Den rettslige problemstillingen blir dermed hvorvidt prosess 71 bortfaller grunnet manglende henvisning til prosessen i kapittel E. Mika sin hovedanførsel var at manglende henvisning i kapittel E til prosess 71 må medføre at prosess 71 ikke er en prisbærende post. For å løse denne problemstillingen anvender Høyesterett prosesskoden sin innledende bestemmelse pkt. 4 som har overskriften " BRUK AV PROSESSKODEN VED ANBUD". I dens pkt. 4.1 fremgår det avslutningsvis *"...I pkt. E skal det være tatt inn eller henvist til de enkelte prosesser i Prosesskoden. Hele Prosesskoden (Håndbok-025 og 026) gjelder imidlertid som et av anbudsdokumentene når denne er nevnt som vedlegg til Anbudsgrunnlag..."* (min understrekning).

Høyesterett forstår denne bestemmelsen slik at manglende henvisning i kapittel E er uten betydning for hvorvidt prosess 71 gjelder for konkurransegrunnlaget eller ikke. Dette grunnet henvisningen i kapittel A, nevnt over. Således er følgende rettsanvendelse i lagmannsretten sine premisser utslag av feil rettsanvendelse: *"...Denne prosesskoden er ikke direkte gjort til en del av selve kontrakten ved at det er vist til den..."*

Når prosess 71 således er en del av konkurransegrunnlaget blir neste spørsmål hvorvidt prosess 71 faller bort ved at det er gitt spesifiserende tekster for murarbeidet i kapittel E, jf. Pkt. 5 i håndboken nevnt over. Høyesterett forstår pkt. 5 siste ledd som en motstridsbestemmelse, som innebærer at kun dersom det fremgår av de underordnede prosesser mot-

stridende tekst, så vil prosess 71 være unntatt. At pkt. 5 siste ledd skal forstås på denne måten er ikke opplagt.

I tingretten og lagmannsretten blir bestemmelsen tillagt en annen betydning. På den måten at dersom det foreligger spesifiserende underpunkter vil dette medføre at den overordnede prosess ikke gjelder. Tingretten er klarest i at pkt. 5 må tillegges en slik forståelse.¹⁵³ Når Høyesterett tillegger pkt. 5 denne forståelsen blir det avgjørende hvorvidt prosessene inn- tatt i kapittel E inneholder noen motstridende tekst om prising av stein. Dermed er utgangspunktet for Mika fullstendig snudd på hodet. Deres hovedpoeng er at kapittel E ikke angir noen prosess for prising av stein. Nå har derimot Høyesterett kommet frem til at kun dersom kapittel E inneholder en motstridende tekst om prising av stein, så vil prising av stein være unntatt.

Høyesterett drøfter i avsnitt 93 og 94 hvorvidt utelatelsen av prosess 71 i kapittel E taler for en antitetisk tolkning av konkurransegrunnlaget. Men med den forståelsen Høyesterett tillegger pkt. 5 i håndbok 025 taler systembetragtninger for at en slik forståelse ikke medfører riktighet. Videre fremheves at en slik forståelse også følger av de spesielle kontraktsvilkår som gjelder for anbudskonkurransen, jf. Kapittel D2 i anbudsdokumentene. Her vises det særlig til pkt. 12, hvor det fremgår at alle kostnader ved utføring av arbeidet skal være inkludert i tilbudsprisene. Det vises også til pkt. 4.4 i håndbok 025 som har en innholds- mes- sig lik bestemmelse.

Det siste Høyesterett tar stilling til ved vurderingen av innholdet av konkurransegrunnlaget er hvorvidt tegningene, dokument J2, medfører at stein ikke anses priset i tilbudet. Tegningene bruker en beskrivelse som fremhever at det i størst mulig grad skal brukes stein fra anlegget. Høyesterett tolker beskrivelsen dit hen at den ikke er til hinder for at stein hentes annen steds fra. Dette begrunnes med bruken av ordene "i størst mulig grad". Denne tolk-

¹⁵³ Se TSOGN-2010-25287 sin vurdering knyttet til pkt. 5 i håndbok 025.

ningen må sies å være svakt begrunnet. Nettopp fordi beskrivelsen gir grunn til å tro at stein ikke hovedsakelig er tenkt anskaffet og priset av entreprenøren.¹⁵⁴

Høyesterett fremholder at tolkningen ikke er avgjørende da kapittel C, kontraktsbestemmelser, inneholder et eget punkt, pkt. 4.2, om løsning av motstrid mellom kontraktsdokumentene.

Kapittel C er NS 3430 og har dermed motstridsbestemmelsen som jeg har redegjort for ovenfor i oppgaven. Etter denne skal motstrid løses etter rekkefølgen dokumentene er gitt i pkt. 4.1. Det fremgår av pkt. 4.1 at tegninger kun gjelder foran NS 3430, således tilsidesetter resterende anbudsdokumenter tegningene.

På bakgrunn av dette finner Høyesterett det klart at Vegvesenet sin intensjon om at stein skulle hentes utenfor anlegget og prises i tilbudet av Mika, fremgår med tilstrekkelig klarhet av anbudsdokumentene. Med dette sier Høyesterett at anbudsdokumentene var egnet til å skape en berettiget forventning hos en normalt forstandig tilbudsgiver til at stein skulle prises og hentes utenfor anlegget. Førstvoterende påpeker igjen betydningen av å lese konkurransegrunnlaget i sammenheng og ut ifra det system som ligger til grunn og dets oppbygning. Dommen er således illustrerende for systematikkens betydning ved tolkning av entreprisekontrakter. Den inkonsekvens i konkurransegrunnlaget som Mika påberoper seg som en uklarhet ved kontrakten, bryter likevel ikke med systemet i håndboken og således medfører ikke inkonsekvensen at kontrakten er uklar.

Når konkurransegrunnlaget etter dette er klart, er heller ikke argumentene i Byggholtdommen anvendelige. Tilbudsgiver svarer selv for sine forutsetninger ved prising i tilbudet. Dette følger av anbudsretten og er fastslått i Veidekkedommen.

Dommens premisser, gjennomgått over, er i stor grad tolkning av den konkrete kontrakt mellom Mika og Vegvesenet. Avsnitt 102 i dommen er derimot generell for entreprisekontrakter inngått ved anbudskonkurranse.

¹⁵⁴ Særlig når dette ses i sammenheng med prosess 71.1, 71.13 og 71.14

Avsnitt 102:

"Situasjonen er på dette punkt en annen enn det som var forholdet i Byggholt-saken. Selv om det gjelder et krav til klarhet i utformingen av konkurransegrunnlaget, kan ikke dette strekkes så langt at tilbyder ved enhver mulig uklarhet uten videre kan legge til grunn den forståelsen som er vedkommendes interesse, når det framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment. En slik adgang ville kunne åpne for en uheldig jakt på uklare formuleringer og spekulasjoner i tekstutformingen." (min understrekning).

Uttalelsen kan tas til inntekt for å innskrenke uklarhetsregelens nedslagsfelt i entrepriseretten. Selv om den innledes med å skille Byggholt- fra Mikadommen, kan uttalelsen likefullt forstås som en henvisning til at Byggholtdommen ikke kan tas til inntekt for en strengere uklarhetsregel. Etter min vurdering modereres utgangspunktet med dette noe fra Byggholtdommen. Det som uansett må være klart er at uttalelsen har en rettsavklarende effekt på den måten at uklarhet i kontraktsdokumentene må være av en kvalifisert størrelse før den får betydning. Dette særlig når man ser uttalelsen i forbindelse med saksforholdet i saken. Det kan neppe sies å være slik at det var nødvendig å foreta en jakt på uklare formuleringer i denne saken for Mika sitt vedkommende. De uklare formuleringer i kapittel E ble først klare når pkt. 5 i håndbok 025 måtte forstås som en motstridsbestemmelse som påkrevde positiv motstrid. Det er fullt mulig å forstå bestemmelsen som en motstridsbestemmelse som angir at overordnede prosesser ikke gjelder når underordnede prosesser spesifiserer med en høy detaljeringsgrad hva som skal prises. Dette kan understøttes av at det er lettere for oppdragsgiver å unngå denne uklarheten, enn det er for tilbudsgiver å oppdage den. For oppdragsgiver ville det i dette tilfellet innebære å innta prosess 71 i kapittel E. Tilbudsgiver har på sin side begrenset med tid og begrenset med ressurser å avse til hvert enkelt tilbud. Når prosess 71 sto i klar motstrid med flere av anbudsdokumentene, hva gjelder hvor steinen skulle hentes fra, ville også rimelighetshensyn underbygget en slik løsning.

Resultatet bærer etter min mening preg av å sette systembetraktninger og forutberegnelighet høyere enn rimelighetshensyn i entrepriseretten. På sikt kan dette være til fordel for bransjen. Videre kan avsnitt 102 også forstås som en prosessøkonomisk uttalelse. Det skal med andre ord ikke være slik at domstolene skal kunne tillegge enhver uklarhet betydning i favør tilbudsgiver. Uttalelsen angir også klart at det ikke er ønskelig med spekulative tilbud hvor tilbudsgiver priser seg lavt for så å kreve tilleggsbetaling grunnet uklarheter.

Vegvesenet vant således saken i sin helhet og ble også tilkjent saksomkostninger. Dommen var enstemmig.

11.2 Juridisk teori om Mikadommen

11.2.1 Artikkel av Lasse Simonsen om Mikadommen

I artikkelen "Mikadommen. Tolkning av anbudsgrunnlag utarbeidet av Vegvesenet med grunnlag i Prosesskode 1 (Håndbok 025) – Rt.2012 s.1729" inntatt i 2. utgave 2013 av "Nytt i privatretten", redegjør professor Lasse Simonsen for dommen. Jeg vil i det følgende trekke frem noen momenter som fremgår i artikkelen som ikke er belyst over.

Innledningsvis i artikkelen fastslår Simonsen betydningen av dommen, og påpeker den allmenne betydningen dommen har for tolkning av kontrakter mellom profesjonelle parter. Han påpeker også dommens sentrale betydning innenfor sitt område, tolkning av inngåelsen av entreprisekontrakter og dokumenthierarkiet som gjelder der.

I kapittel 2.3 fremhever han betydningen av NS 3420 sitt system når kodene anvendes i konkurransegrunnlaget. Et viktig poeng han fremhever er at beskrivelsessystemet legges til grunn av partene og er velkjent i bransjen. Domstolen vil således ikke kunne se bort fra systemet hvis den finner det vanskelig tilgjengelig å forstå. Deretter trekker han frem at Prosesskoden gjelder tilsvarende for Vegvesenet sine kontrakter og er bygd opp etter samme modell. Simonsen sitt poeng er at Prosesskoden er velkjent i bransjen og har lange tradisjoner. Således er aktørene godt kjent med oppbygningen og praktiseringen av den. Dette antar han har vært avgjørende når Høyesterett legger stor vekt på systembetragtninger i dommen. Dette er en antagelse som må sies å være berettiget.

Et annet viktig poeng han fremhever, er i relasjon til de antitesebetragtninger som følger av Mika sin argumentasjon. Her trekker han frem at en general klausul i seg selv har liten vekt ved fastlegging av partenes plikter, men at Høyesterett i denne saken anvender pkt. 12 i D2 til å underbygge at en slik antitese ikke er en naturlig løsning på problemstillingen. Dette fulgte også som nevnt av Prosesskoden, noe han også understreker. Avslutningsvis trekker han frem at Høyesterett skiller klart mellom denne saken og Byggholtdommen. Jeg forstår

Simonsen slik at Mikadommen ikke kan tas til inntekt for en retningsendring, hva gjelder klarhetskravet ved anbudskonkurranse entrepriseretten. Dette beror etter min mening på at han i likhet med Høyesterett skiller denne saken såpass klart fra Byggholtdommen. Den generelle uttalelsen i avsnitt 102 blir ved en slik forståelse ikke naturlig å se som noen høyning av terskelen for når uklarhet kan påberopes av tilbudsgiver.

11.2.2 Artikkel av Kai Krüger om Mikadommen

Artikkelen heter "Klarhetskrav ved anbud i bygg- og anleggsentrepriser (BA) Frimodig ytring om Mika-dommen Rt. 2012.1729 (HR 8. november 2012)" og er inntatt i Tidsskrift for forretningsjus 4.utgave 2012. Jeg vil kun trekke frem momenter fra artikkelen som ikke er belyst eller som avviker fra det ovennevnte. Kapittel 1 og 2 i artikkelen vil ikke bli kommentert, der nøyer jeg meg med å henvise til kapittel 8, 9, 10 og 12 i denne oppgaven.

Etter å ha gjengitt det rettslige utgangspunkt for dommen, gir Kai Krüger følgende forutsetningen for gjennomgang av dommen:

" Den seneste dom på området – Mika (Rt. 2012.1729) – kan forstås som en konsolidering av Byggholt-dommen, som en presisering av uklarhetsregelens avgrensning – eller som et skritt tilbake i dette landskapet. Dette er temaet i det følgende."

Ved redegjørelse for kontraktsdokumentene i saken og Høyesterett sin anvendelse av disse, påpeker Krüger en av hovedanførselene til Mika. Som var at Pkt. 4.1 i håndbok 025 sier uttrykkelig at de enkelte prosesser skal være inntatt eller henvist til i kapittel E. Ved videre gjennomgang påpeker han at dommen ser ut til å bygge på en nødvendighet om at prising av stein og leveranse må fremgå av avtaleteksten. Det holder således ikke å bygge på en kontekstbasert intensjonaltolkning. Når Høyesterett oppstiller denne klare forutsetningen på grunnlag av teksten i kontraktsdokumentene i avsnitt 88-92, trekker Krüger frem den alternative forståelsen av pkt. 4.1. I dommen problematiseres ikke det faktum at bestemmelsen er selvmotsigende.

"Der de to siste setningene i sitatet spriker – hvis nemlig hele prosesskoden inngår i konkurransegrunnlaget, er det overflødig å si at kapittel E, «Beskrivelse og mengdefortegnel-

se», skal ha en henvisning til håndboken. For førstvoterende legges allikevel den siste forståelsen til grunn i premiss (90)"¹⁵⁵

I kapittel 4 oppsummeres dommen og betydningen av den, herunder hvordan dommen bryter med tidligere rettspraksis. Entreprenøren pålegges en plikt til å studere de generelle prosesser i byggherrens egne beskrivelsestekster. Videre må de leses i sammenheng med de spesielle kontraktsbestemmelsene, når de prisbærende poster eller prosesser skal prises. På den måten settes listen høyt for hva som kreves av leverandørene i anbudskonkurransen. Krüger påpeker at dommen syns å tilsløre det faktum at håndbok 025 (1994 utgaven) "*først og fremst er beregnet for bruk internt i etaten.*"¹⁵⁶ Dette er et viktig moment i favør lagmannsrettens tolkning av pkt. 4.1 i håndboken. Videre viser han til at oppdragsgiver etter NS 3420-systemet ikke kan overlate til leverandørene å undersøke de generelle beskrivelsene for å klargjøre hva som skal prises.

Han gjør også et poeng av førstvoterendes inngående drøftelse av kontraktsdokumentene, for å etablere et klart og utvetydig konkurransegrunnlag. Når den kompliserte tolkningsprosessen ses i sammenheng med det faktum at entreprenøren har et tidspress på seg ved utarbeidelse av tilbudet, og det faktum at tilbudet ikke nødvendigvis blir antatt. Så stiller Krüger det betimelige spørsmålet, hvorvidt Høyesteretts gjennomgang av kontraktsdokumentene underbygger argumentet om et klart konkurransegrunnlag, eller om det tvert imot svekker argumentet?

Professor Kai Krüger konkluderer på følgende måte¹⁵⁷: "*Det som burde vært klart for Mika var altså ikke klart for lagdommerne i Gulating. Mika-dommen er etter mitt syn et betenkelig skritt tilbake i forhold til Byggholt-dommen fra 2007.*"

¹⁵⁵ Sitatet er hentet fra side 259 og 260 i TFF 2012 nr.4.

¹⁵⁶ Dette fremgår utrykkelig av side i håndboken og ble fremholdt av Mika uten hell.

¹⁵⁷ TFF 2012 nr.4 s.263

12 Oppsummering

12.1 De lege lata etter Mikadommen?

Spørsmålet blir hvorvidt Mikadommen endrer rettsbildet for tilbudsgiver og oppdragsgiver. Dette beror på hvorvidt Høyesterett faktisk "distinguishes the case", altså skiller Mika sin sak fra Byggholtsaken. En gjennomgang av hva som skiller dem foretas ikke i dommen, kun en konstatering av at sakene ikke er like. Dermed overlates denne prosessen til teorien og nærmere avklaring i rettspraksis.

Likheten mellom dommene er anførselen om at prisingen av tilbudet blir vanskeliggjort ved at konkurransegrunnlaget ikke er tydelig på hvordan og hva som skal prises. Det som skiller Byggholt- fra Mikadommen, er at i den første oppstilles det en løsning som bryter klart med hvordan slike prosesser vanligvis prises. Både plasseringen og beregningen av posten avviker fra normalen. Mens i Mikadommen var prising av stein og frakt av denne, en kurant prosess å stipulerer til en enhetspris. Således bygget Vegvesenets antatte intensjon på normalordningen for tilfellet.¹⁵⁸ For begge tilfeller fremsto det klart for tilbyder at den omtvistede post skulle utføres, men prisingen av den var uklar.

Sakene skiller seg sådan fra hverandre ved at uklarheten i Byggholt-saken skyldtes feil bruk av begreper og systemoppbygning i konkurransegrunnlaget.

I avsnitt 70 i Byggholtdommen fremgår det forutsetningsvis, at dersom bok 0 gjorde det klart hvordan tiltransport skulle prises ville dette kunne bli avgjørende. Således kan Mikadommen sies å følge samme mønster.

Dermed skyves en inngående undersøkelsesplikt over på tilbyder, som med dette må sammenholde de generelle beskrivelser og de prispåberende poster ved beregning av sitt til-

¹⁵⁸ Høyesterett påpeker at intensjonen til Vegvesenet måtte ha vært klart, dette er dette jeg her sikter til.

bud.¹⁵⁹ Det blir ikke nevnt i dommen om en slik plikt kan begrunnes i forlengelsen av presumsjonsregelen for prising av tilbud. Det blir heller ikke drøftet at en slik tolkning av kontrakten faktisk pålegger tilbyder en slik plikt. Hvis en skal spekulere i fremtiden kan det tenkes at neste høyesterettsdom på området vil uttrykkelig pålegge en avklaringsplikt hos tilbyder i tråd med statens anførsel i Mikadommen. Eller uttrykkelig fastslå tilbyders særlige undersøkelsesplikt, som Mikadommen forutsetningsvis bygger på.

Gjeldende rett blir etter dette følgende: Når parten har en oppfattelse av avtalegrunnlaget må denne være berettiget ut ifra dokumentene som utgjør konkurransegrunnlaget. Således må tilbyder undersøke hvorvidt forståelse han legger til grunn er et rimelig tolkningsresultat når de tilgjengelige dokumenter leses i sammenheng. Dersom det er holdepunkter for en annen forståelse en den tilbyder forfekter, bærer tilbyder risikoen for dette. Høyesterett har gjennomgående lagt vekt på systembetragtninger og dersom tolkningsresultatet er i tråd med systemet kontrakten bygger på, vil dette være avgjørende. I Mikadommen var det klare holdepunkter for at stein skulle prises og da kunne ikke tilbyder vinne frem med det syn at konkurransegrunnlaget var uklart.

¹⁵⁹ Krüger (2012)

12.2 De lege ferenda-betraktninger knyttet til Mikadommen og virkningen av den

Dommen er godt begrunnet og Høyesterett foretar en nøye gjennomgang av tilgjengelige dokumenter. Men etter mitt syn svekkes den noe av manglende argumentasjon knyttet til tolkning av pkt. 4.1 og pkt. 5 i håndboken. Således blir argumentasjon noe ensidig. Som Krüger fremholder er pkt. 4.1 selvmotsigende. Grunnen til at dommen med dette svekkes er at den alternative forståelsen underbygger Mikas forståelse av konkurransegrunnlaget. Særlig når pkt. 4.1 ses i sammenheng med oppdelingen av anbudsdocumentene i kapitler, hvor kapittel E skal angi de nærmere beskrivelser som skal prises. En konsekvens av dette kunne vært at "sweeping statements" og generelle beskrivelsestekster ment for intern bruk er uten betydning, når prisbærende kapittel mangler henvisning til den omtvistede post.

Etter mitt syn er det gode argumenter i form av systembetraktninger for at Mika ved prising av tilbudet kunne forholde seg til prosessene som oppgis i kapittel E. Dommen angir klart at spekulative tilbud unngås ved kravet om å lese konkurransegrunnlaget i sammenheng. Men hva med hensynet til tilbydere og deres begrensede tid til å beregne tilbudet? Hva med det faktum at den reelle muligheten for å vinne konkurransen tilsier en begrensning i ressursbruken ved utformingen av tilbud? En mulig konsekvens kan være at entreprenører med særlig juridisk kompetanse med dette må ta forbehold om punkter i konkurransegrunnlaget og således risikere å bli avvist. Byggherre vil således anta et tilbud uten forbehold, hvor entreprenøren kanskje har en misoppfatning av konkurransegrunnlaget. Og på den måten oppnår Byggherren en uberettiget vinning. Utgangspunktet for vurderingen er hvordan en normalt forstandig tilbyder vurderer konkurransegrunnlaget. Vil en normalt forstandig tilbyder måtte foreta en så vidt avansert gjennomgang av konkurransegrunnlaget i sin helhet, slik Høyesterett gjør i Mikadommen?

Det kan også spørres om bransjen er tjent med at risikoen på denne måten flyttes over på leverandørene. Et slikt syn kan muligens forankres i forlengelsen av presumsjonsreglen om taktisk prising. Entreprenøren må bære risikoen for sin tolkning av konkurransegrunnlaget

ved utformingen av tilbudet. Høyesteretts avgjørelse forsterker dette ved at leverandøren må kunne vise til en kvalifisert uklarhet for å vinne frem med krav om tilleggsvederlag. Når tolkningsprosessen kan være kronglete og innviklet, som i Mikadommen, uten at kravet er oppfylt, er det grunn til å tro at tvister for domstolen om uklarhet i entreprisekontrakter vertfall ikke bli større. Siden kravene til entreprenørens gjennomgang blir høyere.

Er det så grunn til å tro at konkret rimelighet spiller en skjult rolle i høyesterettspraksis i entrepriseretten inngått med anbudskonkurranse ved spørsmål om uklarhet? Dersom Høyesterett ville avgjort saken begrunnet i reelle hensyn av slik karakter, vil jeg tro at dette ville fremgått av votumet. Det som gjennomgående fremstår som det avgjørende er systembetraktninger. Så svaret må bli nei.

Oppstiller Høyesterett en konsekvent linje som er egnet til å skape forutberegnelighet for aktørene i bransjen? Jeg vil tro at Mika sin sak fremsto som god ved evalueringen av sjansene for å vinne frem i retten. Dette på grunn av Byggholtdommen, noe underinstansenes vurdering av saken viser. Mikadommen er en innstramming av det en kan kalle en kontrert ratio decidendi i Byggholtdommen Men som vist over er forskjellen mellom dommene særlig et viktig punkt, nemlig systemsvikten i Byggholtdommen. Videre fremstår avsnitt 70 i sistnevnte å forutsette at henvisningen til bok 0 ville vært tilstrekkelig dersom den oppklarte uklarheten ved prisingen av tiltransport. Således kan Mikadommen sies å plukke opp tråden derfra. Dommene vil, etter min vurdering, sammen være egnet til å skape forutberegnelighet.

Konklusjon på spørsmålene jeg oppstiller innledningsvis er derfor, at Høyesterett vektlegger systembetraktninger fremfor konkret rimelighet i den enkelte sak. Dette gjør at dommene vil være egnet til å sikre forutberegnelighet.

13 Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Forfatter(e)	Tittel	Utgave/opplag	Utgivelsessted/forlag	År
Haaskjold, Erlend	Kontraktsforpliktelser	2.utgave 1.opplag	Oslo, Cappelen Damm AS	2013
Espen, Bakken og Thomas Nordby	Offentlige Anskaffelser	Nettutgave, Rettsdata.no	Bergen, Fagbokforlaget Vigmstad & Bjørke AS	2013
Giverholt, Heikki Arvesen, Hans-Jørgen og Karl Marthinussen	NS 8407	1. utgave 1.opplag	Oslo, Gyldendahl Norsk Forlag AS	2012
Marthinussen, Karl Giverholt, Heikki og Arvesen, Hans-Jørgen	NS 8405	3. utgave 1. opplag	Oslo, Gyldendahl Norsk Forlag AS	2010
Jan Einar Barboe og Lasse Simonsen (red.)	På Rett Grunn*	1.Utgave 1.Opplag	Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS	2010
Gøran Lambertz Stefan Lindskog og Mikael Møller (red)	Festskrift til Torgny Håstad**		Uppsala, Iustus Forlag AB	2010
Torsten Iversen (red.)	Festskrift til Det Danske Selskab for Byggerett***	1.utgave 1.opplag	Kjøbenhavn, Thomson Reuters	2009
Urbye, Hans Jakob	Kommentarer til NS 8400 og NS 8410	1. utgave	Lysaker, Pronorm AS	2007

Høgberg, Alf Petter	Kontraktstolkning		Oslo, Universitetsforlaget AS	2006
Giertsen, Johan	Avtaler	2.opplag	Bergen, Universitetsforlaget AS	2006
Nygaard, Nils	Rettsgrunnlag og standpunkt	2.utgave	Bergen, Universitetsforlaget AS	2004
Hov, Jo	Avtaletolkning og ugyldighet Kontraktrett I	3. utgave	Oslo. Papinian AS	2002
Torstein Eckhoff ved Jan E. Helgesen	Rettskildelære	5.utgave	Oslo, Universitetsforlaget AS	2001
Krüger, Kai	Norsk Kontrakts Rett	1.utgave	Bergen, Alma Mater Forlag AS	1989
Krüger, Kai	Kjøpsrett	4.Utgave	Bergen, Alma Mater Forlag AS	1998
Simonsen, Lasse	Prekontraktuell ansvar		Oslo, Universitetsforlaget	1997
Hagstrøm, Viggo	Entrepriserett utvalgte emner		Oslo, Vinderen Forlag	1997
Huser, Kristian	Avtaletolkning		Bergen, Universitetsforlaget	1983
Kolrud, Helge Jacob Olav Bergsaker, Olav Brekken, Inger-Johanne Lund, Svein Arild Pihlstrøm og Stein Erik Stinnesen	Kommentarutgave NS 3430	1.utgave	Oslo, Universitetsforlaget	1992

Sandvik, Tore	Kommentarutgave til NS 3401	1.Utgave	Bergen, Universitetsforlaget	1977
Arnholt, Carl Jacob	Lærebok i avtalerett	1.utgave	Oslo, Tanum-Norli	1974
Sandvik, Tore	Entreprenørrisiko	1. utgave 1.opplag	Oslo, Tanum	1966

***Artikler fra " På Rett Grunn" Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepri-
serett:**

Goller, Morten	Avvisningsregler, kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier, kontraktsgjennomføringskrav og tildelingskriterier
Knag, Alf Johan	Hvordan skrive kontrakt
Krüger, Kai	Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse

****Artikkel fra "Festskrift til Torgny Håstad"**

Krüger, Kai	Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser
-------------	---

*****Artikkel fra "Festskrift til Det Danske Selskab for Byggerett"**

Simonsen, Lasse	Tolkning av anbudsgrunnlag
-----------------	----------------------------

Tidsskrift:

Nytt i Privatretten nr.2 2013

Simonsen, Lasse	Mikadommen. Tolkning av anbudsgrunnlag utarbeidet av Vegvesenet med grunnlag i prosesskode 1 (håndbok 025)-Rt.2012 s.1729
-----------------	---

Tidsskrift for forretningsjus 4. utgave 2012

Krüger, Kai	Klarhetskrav ved anbud i bygg- og anleggsentrepriser (BA) Frimodig ytring om Mika-dommen Rt. 2012.1729 (HR 8. november 2012)" (siteret fra rettsdata.no)
-------------	--

Domsregister:

Høyesteretts avgjørelser:

Rt.1915 s.20	Rt.1991 s.1	Rt.2003 s.1531
Rt. 1917 s.673	Rt. 1991 s. 719	Rt. 2004 s. 1887
Rt.1929 s.1106	Rt. 1992 s.1105	Rt. 2007 s.1489
Rt.1961 s.1022	Rt.1993 s.564	Rt.2009 s.160
Rt. 1973 s. 559	Rt. 1994 s.1	Rt. 2010 s.961
Rt. 1979 s. 676.	Rt.1994 s.581	Rt. 2012 s.1729
Rt.1989 s.122	Rt.1999 s.922	HR-2013-02382-A
Rt. 1990 s. 626	Rt.2002 s.1155	
Rt.1991 s.1	Rt.2003 s.1531	

Lagmannsretts avgjørelser:

LB-2005-147374 LB-2013-058687
LG-2010-201086

Tingretts avgjørelser:

T SOGN-2010-25287 T OSLO-2004-65309
TFJOR-2006-137356

KOFA avgjørelser:

sak 2004/279 sak 2010/200
Sak:2008/5 sak 2011/278
sak 2010/159

BJFR avgjørelser:

Sak 558 (2004)

Utenlandske rettsavgjørelser

EU-domstolen:

c-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria

c-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich

Lovregister:

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. Mai nr. 4
- 1997 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13.juni nr.43
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni nr. 62
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven). 21.juni nr.34
- 1999 Lov om offentlige anskaffelser av 16.juli nr.69
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). Av 27.november nr.109

Forskriftsregister:

- 2002 Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.november nr.1288
- 2001 Forskrift om offentlige anskaffelser. Av 15. juni nr 616
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 07.april nr.402
- 2006 Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren av 7. april nr. 403
- 1988 FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsekjøp (CISG)

Forarbeider:

- 1998 Ot.prp.nr 71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser
- 1994 Ot.prp.nr.89 (1993-1994) Om lov om endring i avtaleloven

Konvensjoner:

- 2010 Unidroit principles of international commercial contracts

Besøkte internettsider:

Rettsdata.no

Lovdata.no

<http://www.bfjr.no/> (benyttet ved innhenting av informasjon om nemda, avgjørelser fra nemda er hentet fra rettsdata.no) sitert dato 25. oktober 2013

<http://www.kofa.no/> (benyttet ved innhenting av informasjon om nemda og linker til avgjørelser) sitert dato 25.oktober.2013.

<http://www.vegvesen.no/s/bransjekontakt/hb025/hb025.htm> (printet ut) 15.oktober.2013
(håndbok 025 1994 utgaven)

<http://www.vegvesen.no/Fag/Publikasjoner/Handboker> (printet ut) 15.oktober.2013 (nå gjeldende håndbøker)

<http://www.vegvesen.no/>

<http://www.nb.no/> (Nasjonalbiblioteket med tilgang til eldre juridisk litteratur)