

Prekontraktuell lojalitetsplikt

Hva gjelder for kontrakter som inngås etter anskaffelsesregelverket?

Farris-seminaret 5.-6. september 2024

Agenda

- **Prekontraktuell lojalitetsplikt – hva er det?**
- **Problemstillingen her:**
Gjelder det en prekontraktuell lojalitetsplikt (varslingsplikt) for kontrakter som inngås etter anskaffelsesregelverket?
- **Har entreprenøren plikt til å varsle om feil og/eller uklarheter i konkurransegrunnlaget?**
- **Har byggherren plikt til å varsle om feil og/eller uklarheter i tilbudet?**
- **Praktiske tips**

Den prekontraktuelle fasen



Hva er lojalitetsplikt i prekontraktuell fase?

- Utgangspunkt for parter ved kontraktsinngåelse:
 - Skal ivareta sine egne interesser
- Den prekontraktuelle lojalitetsplikten:
 - Også en plikt til ikke å opptre illojalt overfor forhandlingsmotparten
 - Visse krav til aktsomhet og lojalitet



Hva er lojalitetsplikt i prekontraktuell fase?

- Går grovt sett ut på:

"...en plikt til å avdekke og påpeke mulige misforståelser hos forhandlingsmotparten"

Haaskjold (2013)

Opplysningsplikt

Veiledningsplikt

Varslingsplikt

Frarådingsplikt

Forhandlingsplikter

Eks. på mulige rettsvirkninger ved brudd:

- Erstatning? (Krav på / tap av)
- Ugyldighet?
- Betydning for kontraktstolkningen?
- Betydning for hvilke krav som kan gjøres gjeldende i kontraktsgjennomføringen?

Hva går varslingsplikten ut på – og hva er rettsvirkningen ved manglende varslingsplikt?

- En part har etter omstendighetene en plikt til å varsle hvis han ser at den annen part bygger på uriktige forutsetninger ved kontraktsinngåelsen
- Rettsvirkning i kontraktgjennomføringen ved manglende varslingsplikt
 - Betydning for tolkningen:
 - Risikoen for en meningsforskjell plasseres på den part som forstod (eller burde forstått) at medkontrahenten oppfattet avtalen på en annen måte enn han selv ved avtaleinngåelsen= unntak fra utgangspunktet om objektiv tolkning (god tro-standarden)
 - Betydning for om krav kan gjøres gjeldende:
 - Kan ikke påberope seg forhold parten kjente (eller måtte/burde) kjenne til
 - Alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, jf. bl.a. kjøpsloven § 20 (1)



Utenfor anskaffelsesregelverket

- Høyesterett har slått fast at lojalitetsplikten i kontraktsforhold også gjelder før kontrakt er inngått, jf. bl.a. Rt-2010-1478

(30) Det er i rettspraksis og teori lagt til grunn at den lojalitetsplikten som gjelder mellom partene i et kontraktsforhold, også kan komme inn før endelig avtale er inngått, jf. Rt-1992-1110, Rt-1995-543, Rt-1998-761 ; Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar 1997 side 7, Viggo Hagstrøm; Obligasjonsrett 2003 side 85-86 og Geir Woxholth, Avtalerett, 7. utgave 2009 side 199 flg.

(31) Utgangspunktet må likevel være at det gjelder en stor grad av handlingsfrihet på forhandlingsstadiet, og at den alminnelige lojalitetsstandard gir uttrykk for en minimumsstandard, jf. Simonsen l.c.

- Klart at dette etter omstendigheten kan innebære en varslingsplikt ved inngåelse av kontrakter utenfor anskaffelsesregelverket, jf. også god tro-standard

Innenfor anskaffelsesregelverket

- Mange entreprisekontrakter inngås etter anskaffelsesregelverket (LOA og FOA)
- Innebærer detaljerte regler for fremgangsmåten ved kontraktsinngåelsen, f.eks.:
 - Konkurransen med eller uten forhandling
 - Konkurransesgrunnlag og tilbud, begrensninger i adgangen til å avklare/supplere tilbud og i adgangen til å endre konkurransesgrunnlaget mv.
 - Innebærer bl.a. utgangspunkter om at byggherren bærer risikoen for uklarheter i konkurransesgrunnlaget og at entreprenøren bærer risikoen for uklarhet i tilbudet



Betydning for varslingsplikten der en part kjenner til (eller må/burde kjenne til) at den annen bygger på en feil eller uklarhet?

Eksempler

Eks. 1:

Opplagt feil mengder i konkurransegrunnlaget

Kan EN påberope seg at det skulle prises 0 m² mur på den ene av to like murer på hver side av veien når han måtte skjønne at det som stod i konkurransegrunnlaget var feil, og ikke varslet om dette?

Eks. 2:

Opplagt feilprising pga. uriktige forutsetninger i tilbudet

Kan BH fastholde at prisen EN ga skal være per m³ når BH skjønte at EN bygde på feil premisser (m²) ved levering av tilbudet, og ikke varslet om feilen?

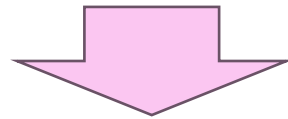
Eks. 3:

Tolking av uklarhet i konkurransegrunnlaget der EN måtte forstå at noe var uteglemt

Kan kontrakten tolkes slik at prisposten ikke omfatter de nødvendige delarbeider selv om konkurransegrunnlaget var uklart, når EN lot være å varsle om at han så at noe mest sannsynlig var uteglemt?

Problemstilling

- Gjelder det en prekontraktuell lojalitetsplikt (varslingsplikt) for kontrakter som inngås etter anskaffelsesregelverket?



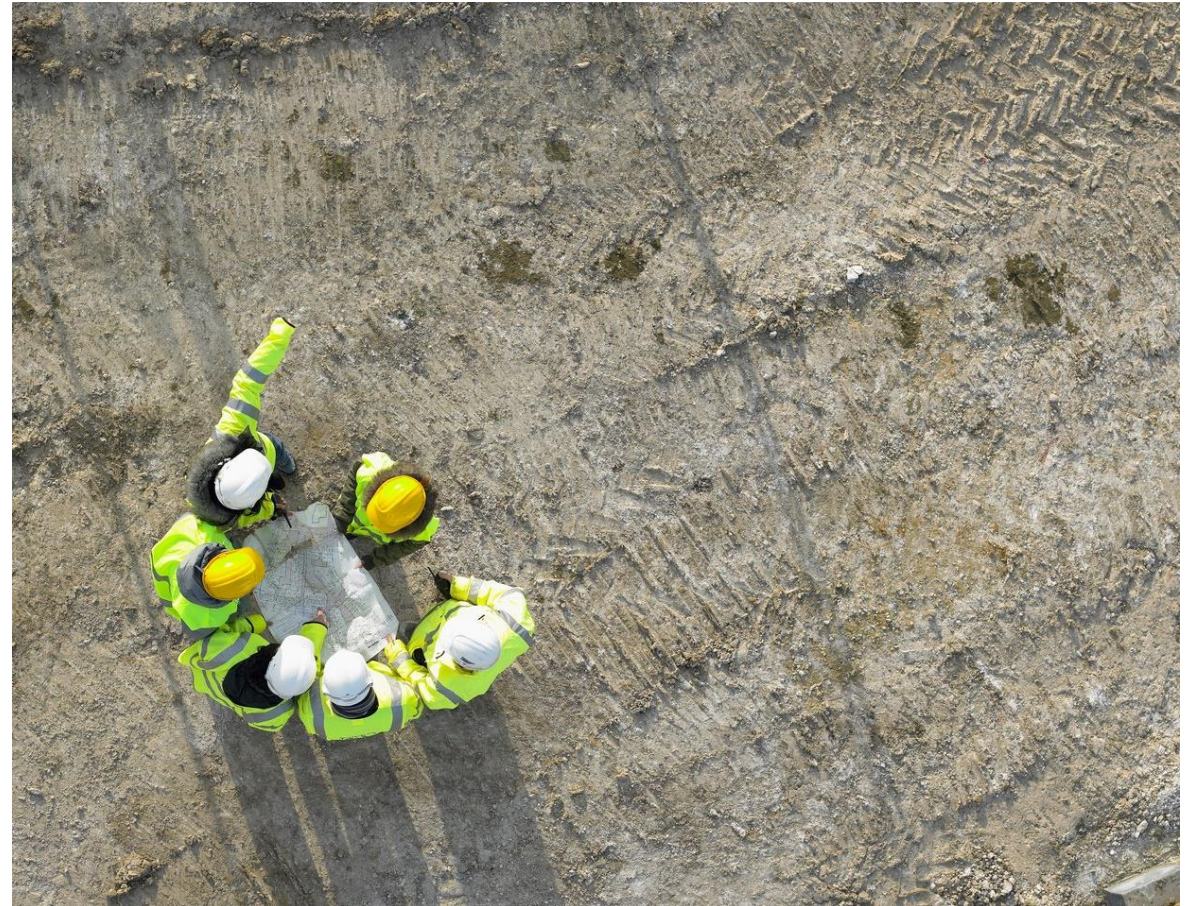
(1) Har **entreprenøren** plikt til å varsle om feil (og/eller uklarheter) i **konkurransesgrunnlaget**?

(2) Har **byggherren** plikt til å varsle om feil (og/eller uklarheter) i **tilbudet**?



Varslingsplikt for entreprenøren?

- Høyesterett uttaler seg i Rt-2007-1489 *Byggholt*
 - Gjaldt kontraktstolking
 - Blir i praksis ofte vist til som grunnlag for at det ikke gjelder en prekontraktuell lojalitetsplikt (varslingsplikt) ved inngåelse av kontrakter etter anskaffelsesregelverket - hverken ved feil eller uklarheter
 - Er det riktig?



Rt-2007-1489 *Byggholt*

- Gjaldt hovedentreprenørens krav på vederlag for tiltransport av sideentreprenør
- Konkurranses grunnlaget var uklart mht. om tiltransporten skulle prises
- Lagmannsretten hadde lagt til grunn en varslingsplikt hvis Byggholt innså uklarheten
- Høyesterett var ikke enig:

(73) Det følger imidlertid av lagmannsrettens premisser at hvis Byggholt innså uklarheten, så var selskapet også forpliktet til å gi et signal om hvordan man oppfattet dette, og hvordan man ville forholde seg til uklarheten. Dette innebærer at det pålegges anbyder å avklare uklarheter i anbudsgrunnlaget. I praksis vil det bety at anbyder må ta et forbehold.

(74) Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget. Jeg viser til Rt-2003-1531 Veidekke, hvor førstvoterende uttaler følgende om byggherrens plikt til å rette åpenbare feil.

Byggherrens plikt er begrenset til å rette åpenbare feil «som han blir oppmerksom på». Etter bestemmelsens ordlyd kreves det altså positiv kunnskap om feilen. Men bestemmelsen er i praksis gitt en videre rekkevidde – spørsmålet er om det er feil som er klart påviselige etter hva en normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage.

Rt-2007-1489 *Byggholt*

- Gjaldt hovedentreprenørens krav på vederlag for tiltransport av sideentreprenør
- Konkurranses grunnlaget var uklart mht. om tiltransporten skulle prises
- Lagmannsretten hadde lagt til grunn en varslingsplikt hvis Byggholt innså uklarhet
- Høyesterett var ikke enig:

(73) Det følger imidlertid av lagmannsrettens premisser at hvis Byggholt innså uklarheten, så ble anbyderen forpliktet til å gi et signal om hvordan man oppfattet dette, og hvordan man ville forholde seg til uklarheten. Det innebærer at det pålegges anbyder å avklare uklarheter i anbudsgrunnlaget. **I praksis vil det bety at anbyder må ta et forbehold.**

(74) Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget. **Jeg viser til Rt-2003-1531 Veidekke**, hvor førstvoterende uttaler følgende om byggherrens plikt til å rette åpenbare feil.

Byggherrens plikt er begrenset til å rette åpenbare feil «som han blir oppmerksom på». Etter bestemmelsens ordlyd kreves det altså positiv kunnskap om feilen. Men bestemmelsen er i praksis gitt en videre rekkevidde – spørsmålet er om det er feil som er klart påviselige etter hva en normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage.

Må ta forbehold?

Hva med å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget?

Jf. byggherrens mulighet til å rette eller supplere konkurransegrunnlaget etter forespørsel fra leverandør, jf. FOA (2001) § 5-4 (2)?

Rt-2007-1489 *Byggholt*

- Gjaldt hovedentreprenørens krav på vederlag for
- Konkurransgrunnlaget var uklart mht. om
- Lagmannsretten hadde lagt til grunn en vars
- Høyesterett var ikke enig:

Hvilken relevans har Rt-2003-1531?

Gjaldt spørsmål om byggherrens plikt til å rette åpenbare feil i tilbudet – som var uttrykkelig regulert.

Forbehold?

byggherrens mulighet til
er supplere
grunnlaget etter
el fra leverandør, jf. FOA
§ 5-4 (2)?

(73) Det følger imidlertid av lagmannsrettens premisser at hvis Byggholt innså uklarheten, *er pliktet til å gi et signal om hvordan man oppfattet dette, og hvordan man ville forholde seg til uklarheten. Det innebærer at det pålegges anbyder å avklare uklarheter i anbudsgrunnlaget. I praksis vil det bety at anbyder må ta et forbehold.*

(74) Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget. *Jeg viser til Rt-2003-1531 Veidekke, hvor førstvoterende uttaler følgende om byggherrens plikt til å rette åpenbare feil.*

Byggherrens plikt er begrenset til å rette åpenbare feil «som han blir oppmerksom på». Etter bestemmelsens ordlyd kreves det altså positiv kunnskap om feilen. Men bestemmelsen er i praksis gitt en videre rekkevidde – spørsmålet er om det er feil som er klart påviselige etter hva en normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage.

Rettspraksis før *Byggholt*

● Rt-1985-1066

- Entreprenørens tilbud på bygging av en skole ble antatt av kommunen
- Kommunens formannskap tok forbehold om at kommunen maktet å finansiere bygget
- Høyesterett mente at forbeholdet brøt med at finansieringen var byggherrens risiko, og var mindre heldig formulert
- Høyesterett mente likevel at kommunen kunne gjøre gjeldende forbeholdet overfor entreprenøren når entreprenøren ikke hadde stilt spørsmål til kommunen

*Jeg er enig med lagmannsretten i at det må ha vært klart for Ran-Kos representanter at restfinansieringen kunne by på alvorlige problemer. For øvrig vises til lagmannsrettens bevisvurdering, som jeg er enig i. Ut fra det som forelå, hadde Ran-Ko iallfall all **oppfordring til å spørre kommunen** hvorledes formannskapsvedtaket var å forstå, og i tilfelle til å protestere mot finansieringsforbeholdet. **Når dette ikke ble gjort, må Ran-Ko som anbyder anses for å ha godtatt kommunens suspensive betingelse.** Kommunen var da ikke forpliktet til å stå ved antakelsen av anbudet når det viste seg at det ikke var mulig å finansiere en utbygging i samsvar med anbudet.*

Rettspraksis før *Byggholt*

● Rt-2001-473 *Concorde*

- Forføynings sak etter at departementet hadde forkastet alle tilbud om kontrakt om oppføring og leie av skolebygg
- Concorde anførte at totalforkastelsen var ulovlig
- HR anerkjenner prekontraktuell lojalitetsplikt innenfor anskaffelsesrettens område

*Kjæremålsutvalget deler statens syn på at kravet om forutberegnelighet må anses som en del av saklighetskravet i anskaffelsesloven § 4 annet ledd, og at det først og fremst refererer seg til at **regelverket for tilbudskonkurranser må følges, både skrevne regler og de som kan utledes av det alminnelige krav til lojalitet i avtaleforhold**. Dette vil ramme tilbudskonkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som eksempelvis bare har til hensikt å «teste markedet».*

Rettspraksis etter *Byggholt*

● Rt-2012-1729 *Mika*

- Spørsmål om entreprenøren hadde krav på tillegg for levering av stein til mur i skjæring og fylling
- Staten utfordret *Byggholt*

(65) ... Det er ikke for saken her nødvendig å gå nærmere inn på statens generelle anførsel om at entreprenører må stille spørsmål om uklarheten i anbudsgrunnlaget før anbud inngis.



Rettspraksis etter *Byggholt*

● HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen*

- Gjaldt spørsmål om erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse for leverandøren som ikke hadde fått kontrakten
- Høyesterett anerkjenner varsling / manglende varsling som avgjørende for retten til erstatning for negativ kontraktsinteresse (årsakssammenheng)

(135) Også etter norsk rett må det være slik at hvis tilbyderne velger å inngi tilbud til tross for at de ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget, kan det normalt ikke være årsakssammenheng til tapet. Begrensing av erstatningsansvaret kan også oppstilles ut fra medvirkningsbetraktninger.

(136) I et tilfelle som det foreliggende, hvor AtB selv mente konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig – og det selv om feilen to ganger ble påpekt av tilbydere under konkurransens gang – finner jeg det vanskelig å konkludere med at det ikke er årsakssammenheng.

Omtaler av *Byggholt* i litteraturen

- *Krüger* i På rett grunn (2010)

Det opplagte er at tilbyderne ikke har undersøkelses- og kontrollplikt i forhold til annet enn klargjøring av eget tilbud. Men selv ikke ved positiv kunnskap om feil og mangler i konkurransegrunnlaget kan det opereres med noen prekontraktuell varslingsplikt.

Diskrepanser, tvetydigheter og inkosnsistenser er anbudsrettslig en risiko som påhviler oppdragsgiver alene. Dette er med rette knesatt av Høyesterett i "Byggholt"-dommen Rt. 2007 side 1489, der retten tar avstand fra lagmannsrettens forutsetning om varslingsplikt for entreprenøren....

- *Hopsnes* i Festskrift til J.F. Bernt (2013)

Som del av avtaletolkningsprinsippene oppstiller lojalitetsprinsippet en varslingsplikt. Den som ser at kontraktmotparten bygger på uriktige forutsetninger, har etter omstendighetene en plikt til å varsle om dette. Tilsvarende gjelder hvor en part ser at motparten bygger på en avvikende forståelse av kontrakten. Unnlater kontraktsparten å oppfylle sin varslingsplikt, legges kontraktmotpartens forståelse til grunn.

...

... Etter mitt syn bør tilbydere ha en slik varslingsplikt, og rettstilstanden som Byggholt-dommen bygger på, bør fravikes.

Hensyn for/mot varslingsplikt for entreprenøren

- De samme hensyn som gjelder i kontraktsretten ellers
 - Sml. særvtum i HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* (157)
 - «Det skal ikke lønne seg å tie om uregelmessigheter, for så å gjøre krav gjeldende etter at konkurransen er avsluttet.»
- Anskaffelsesrettslige hensyn
 - Effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1
 - Effektiv konkurranse – rask retting av feil og mangler
 - Likebehandling
 - Ingen bestemmelser i LOA/FOA om at kontraktsrettens alminnelige regler ikke skal gjelde
- Færre konflikter i kontraktgjennomføringsfasen / prosessøkonomi
- Mothensyn?
 - Byggherrens tid til å skrive konkurransegrunnlaget vs. entreprenørens tid til å levere tilbud → betydning for aktsomhetskravet?
 - Partsforholdet – byggherrestyrt prosess
 - Begrensninger i adgangen til å endre konkurransegrunnlaget og til å endre endelig tilbud

Foreløpig oppsummering

- Uavklart om det i det hele tatt gjelder en prekontraktuell lojalitetsplikt i form av varslingsplikt for kontrakter som inngås etter anskaffelsesregelverket
- Men flere kilder og hensyn taler for at det gjelder en varslingsplikt ved feil og uklarheter
- Spørsmålet bør heller være om *innholdet* i lojalitetsplikten må modifieres som følge av anskaffelsesreglene
 - F.eks. betydning for kravet til aktsomhet (burde / måtte kjenne til / kjente til)?
- Uansett vanskelig å se at *Byggholt*-dommen – som gjelder tolking ved *uklarhet* – kan tas til inntekt for at det generelt sett ikke gjelder en varslingsplikt der entreprenøren kjente eller måtte kjenne til *feil* i konkurransegrunnlaget

Varslingsplikt for byggherren?

● Situasjonen

- Konkurransesgrunnlaget er klart mht. hva som skal tilbys, men tilbudet bygger på en villfarelse eller er uklart

- Skille mellom:
 - Anbudskonkurranse (forhandlingsforbud)
 - Konkurranse med forhandling

● Typetilfeller

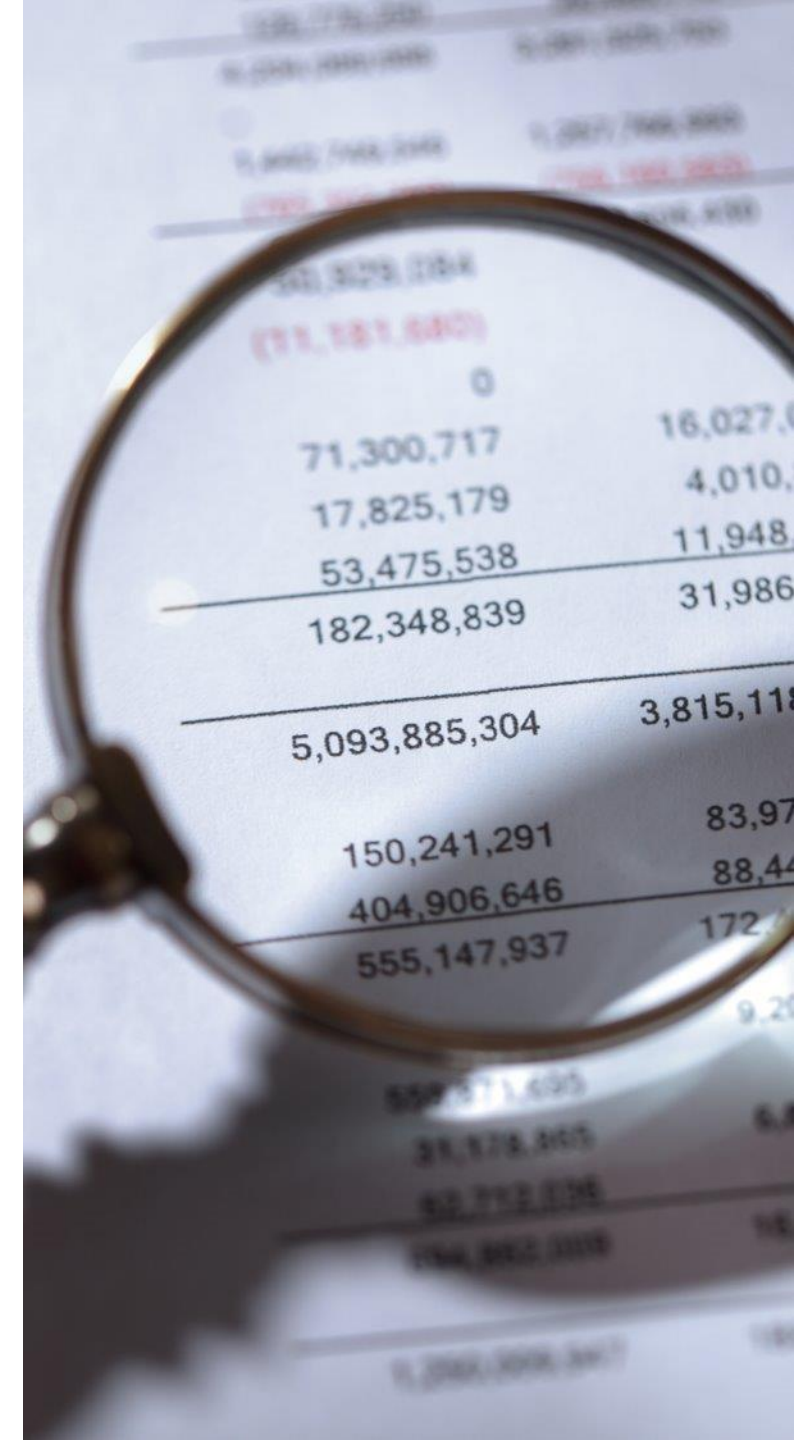
- (1) Der det er åpenbart at det foreligger en feil i tilbudet, og det er åpenbart hvordan den skal rettes

- (2) Det er åpenbart at det foreligger en feil i tilbudet, men ikke åpenbart hvordan feilen skal rettes

- (3) Det er uklart om det foreligger en feil i tilbudet

Varslingsplikt for byggherren?

- **Åpen anbudskonkurranse (forhandlingsforbud)**
 - **Typetilfelle (1): Åpenbar feil og åpenbart hvordan feilen skal rettes**
 - Oppdragsgiver hadde tidligere uttrykkelig en plikt til å rette tilbudet, jf. FOA 2006 § 21-1 (3)
 - Bestemmelsen tatt ut av FOA 2016
 - Uansett plikt til å rette åpenbare feil der det er klart hvordan de skal rettes som følge av lojalitetsplikten?



Varslingsplikt for byggherren?

● Åpen anbudskonkurranse (forhandlingsforbud)

○ Typetilfelle (3): Uklart om det foreligger feil i tilbudet

- Byggherren har ikke varslings-/avklaringsplikt, jf. Rt-2003-1531 *Veidekke*
- Men kan unntaksvis foreligge avklaringsplikt der uklarhet i tilbudet skyldes uklarhet i konkurransegrunnlaget, jf. LB-2018-147988

Rt-2003-1531 *Veidekke*

- En post i Veidekkes tilbud til SVV var feilpriset
- Prisen skulle vært gitt i m³, men Veidekke anga pris per m² → fremmet under kontraktsgjennomføringen krav om justering til m³-pris
- SVV så under konkurransen at summen var svært lav, men var usikre på om det var taktisk prising
- HR la til grunn at feilprising var sannsynlig, men at feilen ikke var åpenbar
- Problemstillingen: Hadde SVV en avklaringsplikt utover retteplikten ved åpenbare feil som fulgte positivt av anbudsreglene (NS-3400)?

→ Byggherren hadde ikke plikt til å avklare tilbudet ("*Det var ikke noe illojalt i forbindelse med vegvesenets behandling av saken.*")

→ Entreprenøren måtte da bære risikoen for egne feil

Varslingsplikt for byggherren?

- **Åpen anbudskonkurranse (forhandlingsforbud)**
 - **Typetilfelle (2): Åpenbar feil, men ikke åpenbart hvordan den skal rettes**
 - Ikke adgang til å forbedre tilbudet, jf. FOA § 23-5
 - ikke mulig å varsle
 - Avvisning, jf. FOA § 24-8
 - Hvis entreprenøren ikke blir avvist og tildeles kontrakt
 - Manglende varslingsplikt kan ikke tillegges vekt ved kontraktgjennomføringen? Sml. typetilfelle (3)
 - Eller bør byggherren avklare om entreprenøren vedstår seg tilbudet tross feilen?

Varslingsplikt for byggherren?

● Konkurransen med forhandling

- Ikke de samme begrensningene i handlingsrommet som ved åpne anbudskonkurranser
- Men krav til hvordan forhandlinger skal gjennomføres, f.eks. likebehandling, etterprøvbarehet → ressurskrevende
- Etter endelig tilbud: De samme begrensninger som for anbudskonkurranser
- Før endelig tilbud (forhandlingsfasen): Gjelder lojalitetsplikten tilsvarende som utenfor anskaffelsesregelverket?
 - De samme hensyn som taler for lojalitetsplikt for entreprenøren, taler tilsvarende for lojalitetsplikt for oppdragsgiver
 - Det følger også av anskaffelsesregelverket at oppdragsgiver har en viss veiledningsplikt



Oppsummering

- Gode grunner for at det gjelder en prekontraktuell lojalitetsplikt, herunder varslingsplikt, også for kontrakter som inngås etter anskaffelsesregelverket

- Rekkevidden er uavklart
 - Der **entreprenør** kjente eller måtte kjenne til *feil* i konkurransegrunnlaget og ikke varslet, kan han som utgangspunkt ikke gjøre gjeldende krav basert på feilen i kontraktgjennomføringen?

 - Der **byggherre** i forhandlingsfasen kjente eller måtte kjenne til *feil* i tilbudet og ikke varslet, kan han som utgangspunkt ikke gjøre gjeldende innsigelsen i kontraktgjennomføringen?

 - Ved *uklarhet* i konkurransegrunnlag tilsier *Byggholt* at det ikke foreligger varslingsplikt selv om entreprenøren burde kjenne til uklarheten - men rettstilstanden er ikke nødvendigvis endelig avklart
 - Hva hvis entreprenøren *kjente eller måtte kjenne til* uklarheten og spekulerte i dette ved utforming av tilbud?

 - Konkurransegrunnlaget kan inneholde bestemmelser som supplerer reguleringen av partenes plikter

Hva bør vi gjøre?

- Entreprenør
 - Still spørsmål ved feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget
 - Så tidlig som mulig
 - Ved forhandlinger – innarbeid svar/avklaringer på byggherrens tilbakemeldinger på tilbudet i revidert tilbud

- Byggherre
 - Ta entreprenørens spørsmål seriøst: Gjør undersøkelser og klargjør ved uklarheter
 - Sett egnede frister for spørsmål
 - Vurder å utforme konkurransegrunnlaget slik at det gis størst mulig handlingsrom for å gjøre endringer under konkurransen
 - Bruk forhandlingene til å avklare uklarheter i tilbudet



Takk for oppmerksomheten!



Anne Hesjedal Sending
Partner, MNA
Mobil: +47 918 00 871
E-post: a.sending@haavind.no