



KLUGE



KLUGE

Hvor uklart kan det bli?

Uklarhet i kontraktdokumentene

Nicolai R. Nielsen, Kluge

- Utgangspunkt: Objektiv fortolking av ordlyden, jf f. eks Rt. 2002 s. 1155:
 - «Det finnes støtte så vel i teori som i rettspraksis for at slike kontrakter som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt»
 - Dette gjelder også i entreprisekontrakter
- I dag like klart at vi har en «uklarhetsregel» / «klarhetsregel»
 - Essensen: Den av partene som burde ha uttalt seg klarere, må bære risikoen for uklarheten.
 - En avart/forsterket versjon av «forfatterregelen»
 - I praksis: BH har risikoen for uklarheter i anbudsgrunnlaget; E har risiko for uklarheter i tilbudet
 - FOA § 14-1 og § 23-3
- En fornuftig regel
- En praktisk og viktig regel

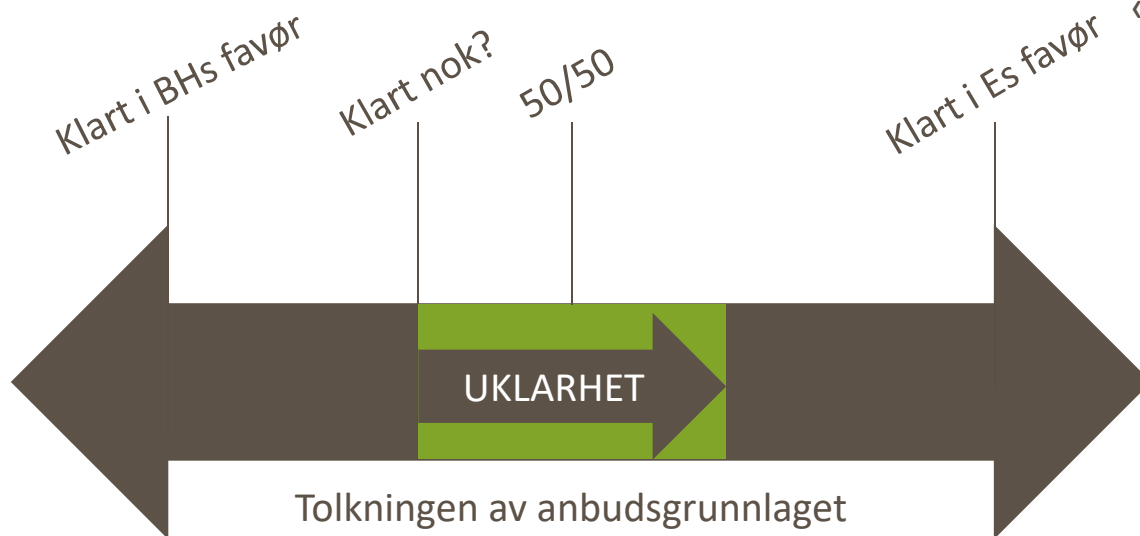
(U)klarhetsregelens to sider



BH må lage et «*klart og entydig anbudsgrunnlag*»



Harald V. Nikolaisen



E må lese det som en «*normalt forstandig tilbyder*»



Kari Sandberg

Spørsmålet: Hvor klart er klart nok?

Uklarhet 0: Feilprisingsdommen (Rt. 2003 s. 1531)

- Krav fra E om å få korrigert en feilprising av isolasjonsplater (5 cm XPS)
 - E hadde priset m2, men skulle oppgis m3, og var dermed 20 ganger for lav
 - Grunnlag i NS 3400 / Avtl. § 32,33,36
- HR fastslår at retteplikten etter NS 3400 kun gjelder **åpenbare feil**; hvor det i tillegg måtte var **åpenbart hvordan de skulle rettes** -> Sml. tidl FOA
- Retteplikten krevde som utgangspunkt positiv kunnskap om feilen, men var i praksis utvidet til feil som en «*normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage*»
- Både tingrett og lagmannsrett kom til at det var retteplikt. HR uenig, til tross for «*forholdsvis sterk mistanke*» om feilprising:
 - Var innrømt fra SVV at man hadde reagert på prisen, og vurdert feilprising som en mulighet
 - Es pris var kr 74,72, mens konkurrentene lå mellom kr 1 334 og kr 1 991
 - Samme type materiale var priset (riktig) andre steder i anbudet
 - Prosessen var lite egnet for taktisk prising

Uklarhet 0: Feilprisingsdommen (Rt. 2003 s. 1531)

- Hensynet til konkurranse og en effektiv anbudsprosess talte for en svært snever adgang til å få rettet prisen. HR slutter seg til BFJRs uttalelse:
«Rådet er alt i alt kommet til at bransjen er best tjent med en tilnærmet unntaksfri regel om at enhetspriser i anbud ikke kan endres på annen måte enn ved oppretting av åpenbare feil av den art som [NS-3400](#) pkt 13.2. handler om»
- HR avviser at avtalelovens ugyldighetsregler kunne gi videre adgang til retting enn det som fantes i anbudsreglene
- HR fant at oppdragsgiver heller ikke hadde *plikt* til å avklare spørsmålet
 - Tilsvarende etter ordlyden i dagens FOA § 25-5
- Avgjørelsen viser at anbudsreglene kan få stor innvirkning på avtaleforståelse, og at også E blir bundet av feil

Uklarhet 1: Byggholt (Rt. 2007 s. 1489)



- NS 3430 / 3420: Spørsmål om Es vederlag for tiltransport av sideentreprenør skulle prises i riggkapittelet (RS), eller som påslagsprosent i eget skjema.
- Høyesterett fastslår to ting:
 - Det gjelder et særlig krav til klarhet ved utformingen av anbudsgrunnlag:

«Som jeg tidligere har påpekt, er det **anbudsinbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag**. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det **ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinbyderen har ment**» (avsnitt 75)
 - Avviser at tilbyderne er forpliktet til å avklare uklarheter, selv om tilbyder er kjent med den ved tilbudet

«Det følger ... 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. Jeg kan **vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her**. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget» (avsnitt 74)
- HR fant at det fremsto «i alle fall ikke som klart» at tiltransporten skulle prises i riggkapittelet
 - Ga E krav på tilleggsvederlag for tiltransporten

Uklarhet 1: Byggholt (Rt. 2007 s. 1489)



- Men hvor uklart var det egentlig her?

- Riggkapittelet nevner bare «*administrasjon med fremdriftsansvar*»
 - I alminnelighet noe annet enn (full) tiltransport
- Posten henviser til Bok 0, som forklarer at det skulle tiltransporteres, men som igjen viser til en egen tiltransporterklæring med følgende pkt 4:

«Som Hovedentreprenør skal ha% påslag på de faktiske påløpte kostnader for den enkelte underentreprise eks mva»

- Uvanlig og i strid med NS 3420 å legge påslag for tiltransport i rigg-kapittelet som fastpris
 - Også de andre tilbyderne hadde lagt til grunn at vederlaget skulle gis ved påslagsprosent (utfyllt i tilbudene)
- Konklusjonen ganske åpenbar: Både lagmannsrett og tingrett enig

Uklarhet 2: Mika (Rt. 2012 s. 1729)

- NS 3430 / SVVs prosesskode: Spørsmål om prosessen for oppføring av natursteinmur omfattet levering av stein
- Høyesterett viser til og bekrefter at utgangspunktet fra Byggholt fortsatt gjelder, men presiserer at:
 - «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.**» (avsnitt 102)
 - Og at «systembetraktninger [vil] kunne ha betydning, og det vil kunne være **nødvendig å se samtlige kontraktdokumenter i sammenheng**» (avsnitt 67)
- Formulerer problemstillingen slik: «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» (avsnitt 69)
- HR fant, til tross for «**en viss inkonsekvens i beskrivelsen**», at «prising av steinen på en **klar nok** måte framgår av ordlyden» (avsnitt 101)

Uklarhet 2: Mika (Rt. 2012 s. 1729)



- Men hvor klart var det egentlig?
 - Fremgikk ikke uttrykkelig noe sted at naturstein skulle leveres av E
 - Prosess 71.1 nevner derimot andre materialer utenom stein (f. eks fiberduk, fyllmasse)
 - Omfattet også «*vedlikehold av murer*», som det var enighet om at ikke var med
 - Fremgikk av prosess 71.1 (under bokstav a) at «*Uttak i linjen eller sidetak av stein, samt transport er medtatt under hovedprosess 2*»
 - Det fulgte av tegningen at «*[d]et skal i størst mogleg grad nyttast stein frå anlegget*»
- Men mulig å være enig i konklusjonen likevel:
 - Materialer prises normalt ikke i egen prosess, og fremgikk av pkt 71 at materialer generelt var med
 - Prosess 71.1 heter «*Murer av naturstein*»
 - Fremgår av pkt 71.1 at man ikke kunne regne med å benytte stein fra anlegget, om enn i feil bokstav
- Antakeleg et grensetilfelle: Mika fikk medhold i tolkningen i ting- og lagmannsrett¹¹

Uklarhet 2: Mika (Rt. 2012 s. 1729)

- «Problemet» med Mika er HRs tilnærming: Tiltrer jusen fra Byggholt, men den konkrete gjennomgangen av konkurransegrunnlaget over avsnitt 68-103 synes i praksis å stille strenge krav til en *«normalt forstandig tilbyder»*
- HR virker også lenge å være enig med Mika, men snur til slutt:

*«Når anvendelsen av prosess 71 ses i sammenheng med systemet som Prosesskode 1 bygger på, finner jeg det klart at det ikke er grunnlag for en slik slutning. Av anbudsdokumentene kapittel D2: Spesielle kontraktsbestemmelser punkt 12 følger at **«[a]lle kostnader for utføring av arbeidet, eks. mva, skal være inkludert i tilbudsprisane»**. Det samme følger av innledningskapitlet i Håndbok 025 punkt 4.4, hvor det heter:*

*«**Enhetsprisene for hver delprosess skal generelt omfatte alle ytelser som er nødvendig for å levere delarbeidene i henhold til prosjektdokumentenes krav. Enhetsprisene skal bl.a. inkludere: materialer og hjelpemidler...**»*
- Håndboken og generelle bestemmelser om at «alt er med» kan ikke være et trumfkort
- Flere enkeltdeler av Mika det kan stilles spørsmålstegn ved

Byggeindustrien

Byggejus

2016



Strømmer til entrepriserett

Side 10-11



AKTUELT

De statlige byggherrene bruker millioner på advokathjelp

Totalt brukte Statens vegvesen, Jernbaneverket, Statsbygg og Forsvarsbygg rundt 112,5 millioner kroner på ekstern advokatbistand i 2015. Utbetalingene vokste hos tre av de fire store statlige byggherrene.

Frode Aga
Byggeindustrien
fa@bygg.no

Byggeindustrien har sett nærmere på advokatutgiftene til de største statlige byggherrene for de to siste årene.

Tallene fra Statens vegvesen, som også har en egen juridisk avdeling med 10 personer, viser at de totale advokatutbetalingene fra etaten var på 82 millioner kroner i 2015.

Inkludert i denne summen ligger også utbetalinger for juridisk arbeid med grunnerverv og grunnerstatninger. I 2014 var tallet 73 millioner, mens det året før var på 51 millioner.

Stort omfang og kompleks aktivitet
Tallene gjelder kun riksveger, ikke fylkesveier.

– Omfanget bør – selv sagt – ses i sammenheng med omfanget og kompleksiteten i Vegvesenets aktivitet, sektoransvar og ikke minst omsetning og aktivitetsnivå. Kompleksiteten i våre saker og omfanget av saker er nok helt annerledes sammenlignet med andre statlige byggherrer, kommenter kommunikasjonssjef i Statens vegvesen, Kjell-Bjørn Vinje.

Han understreker at utbetalingene er i løpende kroner og at prisutviklingen de siste årene ikke er tatt med regneskykket. Vinje peker på at de juridiske utgiftene omhandler en rekke andre områder utover å håndtere konflikter og uenigheter i anleggsprosjekter.

– Vårt bistandsbehov omfatter også områder som juridisk tjenester knyttet til prekontraktuelle spørsmål (anskaffelsesrett), arbeidet med kontrakts-entrepriserett, prosessoppdrag, rådgivning og kursing. (kun statlige anlegg) og ikke minst andre spørsmål hvor det er behov for ekstern akklarerer av rettslige spørsmål, forklarer Vinje.

23 millioner i Jernbaneverket
Også i Jernbaneverket vokste advokatutgiftene i fjor sammenlignet med året før. Jernbaneverket, som selv har tolv advokater og to advokatfullmektiger internt i organisasjon

en, brukte rett i underkant av 23 millioner kroner i 2015 på ekstern juridisk bistand mot 17 millioner kroner året før.

Men fra 2013 til 2014 hadde det vært en nedgang i advokatutgiftene på rundt 400.000 kroner.

– Vi kan ikke peke på noen spesiell sak utover generell økning i aktivitetsnivå, sier kommunikasjonssjefen Svein Hornstrand om hoppet i advokatutgifter fra 2014 til 2015.

– Jus hos oss er jo så mye. Det er offentlig rett, kontrakt og entrepris, offentlige anskaffelser, erstatningsrett, fast eiendomsrettsforhold og mye mer, legger han til.

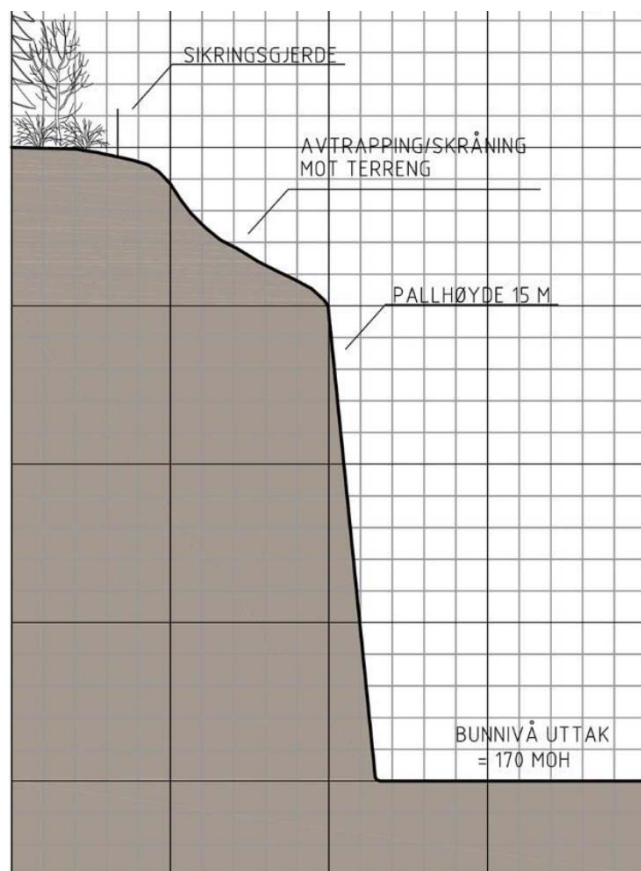
Konfliktnivå i bolger
Statsbygg brukte cirka 5,6 millioner kroner på ekstern advokater i 2015. I 2014 var det tilsvarende tallet i overkant av 1,3 millioner kroner. Økningen er ikke nødvendigvis et tegn på at bransjen er blitt mer konfliktfylt det siste året, mener kommunikasjonssjefen He-

ge Njaa Aschim i Statsbygg. – Nå har jeg vært i Statsbygg i 10 år, og min erfaring er at konfliktnivået henger sammen med hvordan markedet er for øvrig. Når markedet slutter, blir det også flere konflikter. Så dette er ikke noe som har eksplodert nå i det siste, men heller noe som beveger seg i bolger, sier Aschim.

Halverte utgifter i Forsvarsbygg
I Forsvarsbygg ligger kjøp av juridiske tjenester på et lavere nivå sammenlignet med de andre statlige byggherrene. I 2014 betalte de ut litt over 1,1 millioner kroner, mens summen var halvert i 2015 til rett i underkant av 550.000 kroner.

– Kjøp av denne typen tjenester er svært begrenset i Forsvarsbygg. I perioden 2013-2015 er utgiftene i hovedsak relatert til dekning av omkostninger til motpart i vanskelige saker, for eksempel innløsning for tomteselgere på Ørtland, samt skjønnssaker på Verres og Flesland, skriver Forsvarsbygg i en e-post til Byggeindustrien.

Uklarhet 3: Sveen-dommen (HR-2019-830-A)



- NS 8406/SVVs prosesskode: Spørsmål om E hadde krav på justering av vederlaget for sprengning, fordi pallhøyden ble lavere enn E hadde forutsatt.
 - Lavere pallhøyde = dyrere sprengning
 - Es kalkulasjon basert på sprengningsvolum / oppgitt areal i prosessen for «Rensk av bergoverflate» (24 000 m²).
 - Arealet ble dobbelte.
- BH innrømmet feil mengdeangivelse for *rensk*, men mente det ikke var relevant for prisingen av *sprengningsarbeidene*
- BH mente E ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering av konkurransegrunnlagets øvrige opplysninger.
 - Konkurransegrunnlaget hadde tverrprofiler som viste hvilke pallhøyder man kunne forvente for hver tiende meter langs veitraseen.

21.42 Renssk, nøyaktighetsklasse 2

- c) Berget renskes slik at det i gjennomsnitt ligger igjen maksimalt 0,05 m³ løsmasser pr. m² bergoverflate.
- x) Mengden måles som horisontalprojeksjon av prosjektert rensket areal. Enhet: m².

m² 24 000

22 SPRENGNING I DAGEN

- a) Omfatter alle arbeider med sprengning i linjen og i sidetak, uten og med spesielle restriksjoner, inklusiv forsvarlig dekning, varsling og andre tiltak som er nødvendige for å unngå skader, kontursprengning, sprengning av blokker, forsvarlig drittsrensk, nødvendig underboring, samt eventuell vannlensing og vannulempør og eventuell utvidelse av profilet.
- c) Sprengningsprofilen skal være som angitt i planer. Sprengningsarbeidet skal legges opp slik at skjæringsveggene blir minst mulig opprevet. Vanligvis benyttes hullavstand 0,7 m (prosess 22.11). Ved godt berg kan hullavstand 1,0 m benyttes (prosess 22.12). Ved dårlig berg eller spesielt strenge krav til kontur (inn til bygninger, master etc) benyttes prosess 22.3 for tilpasning av kontur for å oppnå best mulig resultat.

22.11 Sprengning med konturhullavstand 0,7 m

- a) Omfatter sprengning av skjæringer med konturhullavstand 0,7 m.
- c) Konturhull skal ha maks. avstand 0,7 m. Nærmeste rad skal ha maks. avstand 1,0 m fra veggen (konturen) og skal bores parallelt med veggplanet. Innbyrdes hullavstand i nærmeste rad skal ikke være mer enn dobbelt så stor som i konturen. Begge rader skal ansettes med nøyaktighet på 100 mm og retningsavvik ved ansett skal være mindre enn 2 %. Ladning i konturhull skal ikke overstige 300 g/m relativ vektstyrke Dynamit. Nærmeste rad skal maksimalt lades med 700 g/m. Det skal benyttes slettsprengning hvis ikke annet er angitt. Forøvrig som angitt i prosess 22 c).
- x) Mengden måles som prosjektert fast volum og det gis ikke tillegg for overberg eller ettersprengning. Berghøyde under 1,0 m regnes som 1,0 m. Enhet: m³.

*** Spesiell beskrivelse ***

- a) Prosessen omfatter også nødvendig flåsprengning for å hindre at det blir stående vann i lommer og for å sikre jevnt fall på dypsprengning/fjellflate ut fra vegkroppen. Områder der det er nødvendig avklares med byggherren etter rensk. Prosessen inkluderer også dypsprengning.

Prosessen omfatter også evt. sprengning i forbindelse med opprensning/omlegging av elver og bekker (kfr. prosess 47.6).

- c) Hullavstanden tilpasses for bruk av massene i overbygning/frostsikring.

m³ 110 000

Én
prosess/pris
uavhengig
av dybde

- HR gjentar de rettslige utgangspunktene fra både Byggholt og Mika
 - «*anbudsinnyderens ansvar å sørge for et **klart og entydig anbudsgrunnlag***», jf Byggholt avsnitt 75
 - Entreprenøren har risikoen for egne kalkyler. «*[D]et avgjørende er hvordan en «**normalt forstandig tilbyder**» oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene*», jf Mika avsnitt 69
 - Gjentar Mikas presisering i avsnitt 67 om at det «*«vil kunne være nødvendig å **se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng**» når innholdet i konkurransegrunnlaget skal fastlegges*»

- Angir deretter vurderingstemaet slik (avsnitt 39):
 - «*Spørsmålet blir om konkurransegrunnlaget ga selskapet – bedømt som en **normalt forstandig tilbyder** – klar nok informasjon for å beregne sprengningsarbeidene.*»

- HR finner i utgangspunktet «ingen holdepunkter for at Magne Sveen AS ikke har opptrådt som en «normalt forstandig tilbyder»»
 - «**[I]kke unaturlig** å trekke inn opplysninger om areal i en vurdering av... pallhøyder», «en nær indre sammenheng mellom prosessene» (avsnitt 45, 47)
 - Viser til de andre tilbydernes prising og uttalelser fra andre entreprenører/sakkyndige om at kalkulasjonsmetoden var «*helt vanlig*».
- Tverrprofilene: HR mener det er i «*det minste **ikke helt innlysende** at Statens vegvesen har uttrykt klart nok at også D2 med tegninger mv. var en del av konkurransegrunnlaget*»:
- HR mener uansett at tverrprofilene ikke er avgjørende, fordi:
 - Få entreprenører har den programvaren for å foreta elektroniske beregning.
 - Er uansett gitt en feil opplysning, som gir grunnlag for en uklarhet

Sveen: Hvor uklart var det egentlig? (1)

- Ganske klart at tegningene var en del av tilbudsgrunnlaget, jf pkt 1
 - Pkt 2 viser til «Datafiler med mengder fra kap D1», men nevner ikke (på ny) D2
 - Ble sendt en e-post underveis med elektroniske Vipsdata etter ønske fra en tilbyder, hvor det heter at «*de utlagte VIPS-data er å betrakte som orienterende, mengdene angitt i konkurransegrunnlaget er de gjeldende*»

Følgende dokumenter utgjør til sammen konkurransegrunnlaget:

DOKUMENT	DATO	Antall vedlagte eks.
1 Konkurranseskrift – Kap A-B	2012-12-07	1000
2 Datafiler med mengder fra kap D1	2012-12-10	1000
3 Prosesskode: Håndbok 025 – Prosesskode 1	2007-11	URL
Håndbok 026 – Prosesskode 2	2007-11	URL
4	2011-01	URL

D	Beskrivende del
D1	Beskrivelse
D2	Tegninger og supplerende dokumenter
	D2-1 Tegningsgrunnlag →
	D2-2 3D-datamodell
	D2-3 Grunnforhold
	D2-4 SHA-plan
	D2-5 Skjemaer
E	Svartokumenter
E1	Dokumentasjon fra tilbyder

Andreas Rostveit, JUC

Sveen: Hvor uklart var det egentlig? (2)

- Indikerer relativt små krav til en «aktsom tilbyder»
- Konkurransesgrunnlaget sier lite om pallhøyder direkte
 - Unntaket er tverrprofilene
- Samtidig klart at pallhøydene, som utgangspunkt, var Es risiko

«x) Mengden måles som prosjektert fast volum og det gis ikke tillegg for overberg eller ettersprengning. Berghøyde under 1,0 meter regnes som 1,0 meter. Enhet: m²»
- Også klart at risikoen er forbundet med betydelige kostnader
- Mulig å hevde at en «*normalt aktsom tilbyder*» da bør basere kalkulasjonen på tegningene – men HR ikke enig

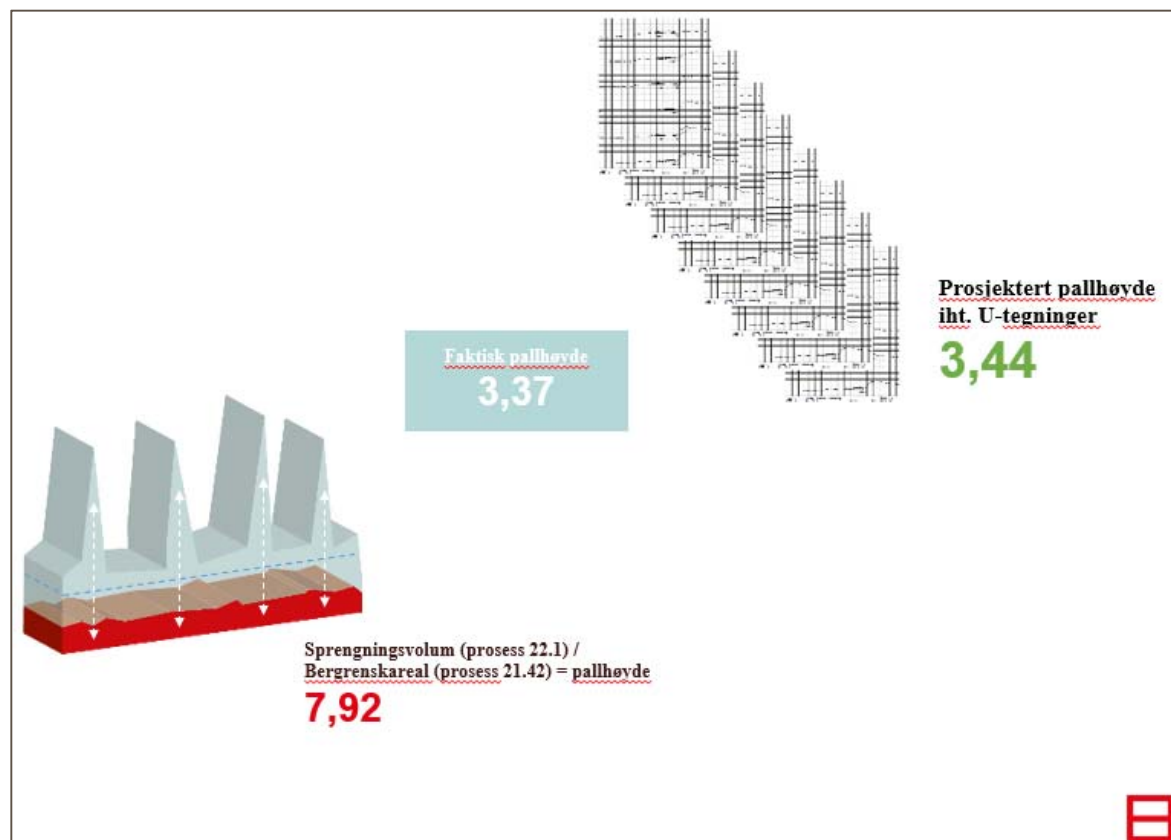
Sveen: Hvor uklart var det egentlig? (3)

Andreas Rostveit, JUC

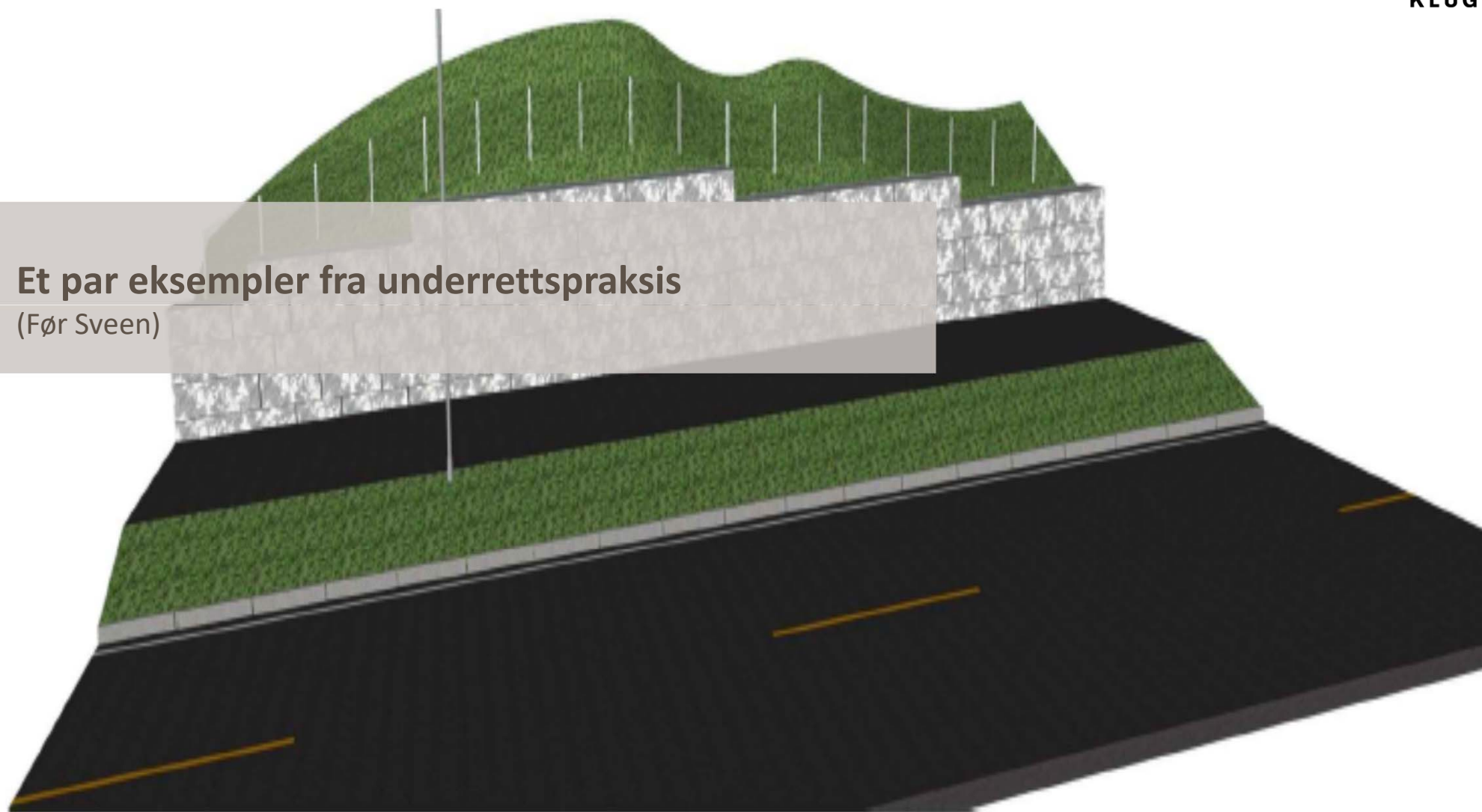
- Mulig å se at arealberegningen var feil uten dataprogram?

«Hvis Magne Sveen AS hadde gått inn i tverrprofilene, ville selskapet på denne bakgrunn hatt et grunnlag for skjønnsmessig å korrigere beregningene av gjennomsnittlig pallhøyde, men heller ikke mer.» (avsnitt 49)

- Avgjørende at det uansett var en «feil» som gav uklarhet
 - Kunne vært sagt om Mika



Et par eksempler fra underrettspraksis
(Før Sveen)



- Spørsmål om tolkning av måleregel for natursteinsmur
 - Måles én eller flere rekker?

71.162 **Levering og oppmuring**
7

- a) Omfatter levering og oppmuring av naturstein. Omfatter også fuging hvis angitt i den spesielle beskrivelsen.
- x) Mengden måles som vertikalprojeksjon fra underkant til overkant. Enhet: m²

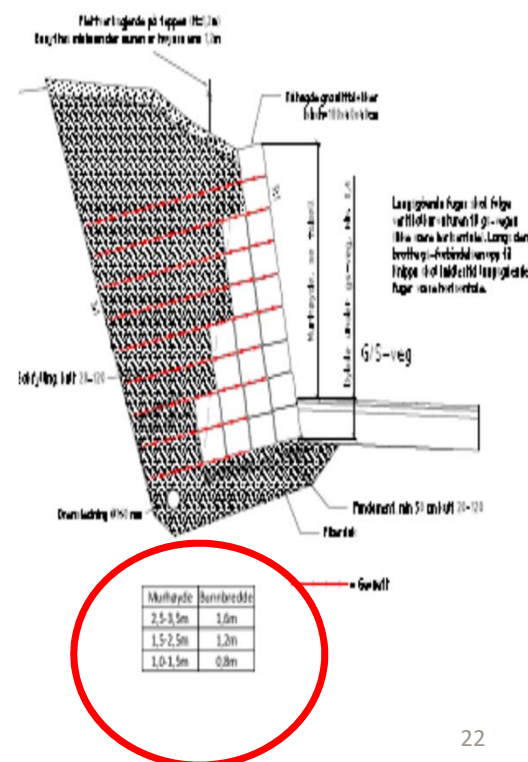
***** Spesiell Beskrivelse *****

- b) Det skal benyttes granittblokker i størrelse 40 x 40 x 100 cm, råhugget.
- c) Muren skal etableres med fuger som følger samme stigningsforhold som G/S-vegen der det er mulig.

Der muren etableres fra G/S-vegen opp mot Knippa skal muren utføres med vannrette fuger.

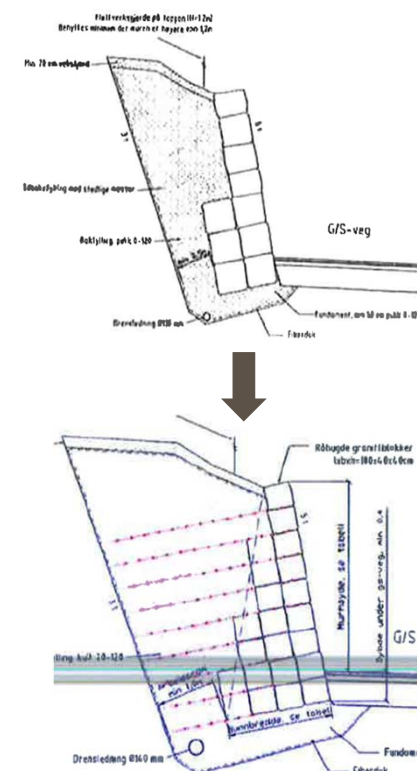
Se tegning J001

PRINSIPPLØSNING VED STØTTEMUR AV NATURSTEIN
M=1:50



Uklarhet 4: LE-2016-82204

- LMR tar utgangspunkt i både Byggholt og Mika:
«Spørsmålet blir derfor om en forstandig tilbyder (...) kan forstå konkurransegrunnlaget slik Dobloug Entreprenør har gjort»
- LMR fant «under en viss tvil» – at Es forståelse var forsvarlig
 - Legger betydelig vekt på endringer underveis i anbudsgrunnlaget ->
 - SVV hadde «særlig oppfordring» til å være tydelig når beskrivelsen var ny
 - Måtte «sjølsagt tillegges vekt» at flere entreprenører hadde forstått det likt som E
- Kommenterte ikke SVVs anførsel om at E burde sett på tverrprofilene:
 - SVVs anførsel: «På samme måte som han må anslå tidsforbruk må han anslå materialbruk. Lengden på muren var kjent, høyde og dermed bredde er angitt for hver tiende meter, slik at entreprenøren relativt enkelt bør kunne beregne en gjennomsnittlig enhetspris for konstruksjonen»



Uklarhet 5: LH-2018-153242

- Spørsmål om enhet for asfalteringsarbeider var skulle avregnes i tonn eller m².
- Lagmannsretten kom – i motsetning til tingretten – til at enheten var oppgitt i tonn

55.1. BÆRELAG AV ASFALTERN GRUS, Ag

b) Ag 22, total tykkelse 80 mm, legges i 2 lag, hvert på 40 mm

x) Det er for mengdeberegning antatt en densitet på 2,5 tonn/m³.

Det korrigeres for avvik fra dette i henhold til godkjent asfaltresept.

Prosjektert areal: 11659 m²
mengde: 2332

enhet: m²

- *Bakgrunnen for feilen:*

«I en tidligere utgave av konkurransegrunnlaget, 28. juni 2013, var enheten på samme post oppgitt som tonn, og Fylkeskommunen har opplyst om at enhet ble endret fra tonn til m² ved en feil, og uten at dette ble oppdaget av Statens vegvesen. Det ble kunngjort på Doffin at det var gjort en endring i grunnlaget, uten at det fremgår av kunngjøringen at det var gjort en endring i den aktuelle posten»

- Enheten m² kom fra ny Håndbok (R761)
- Es pris var kr 1 200. Es UE hadde gitt pris på kr 1077 pr tonn.
- Øvrige tilbydere lå mellom kr 452 og kr 1238

- Lagmannsretten tar utgangspunkt i Mika og forutgående HR-dommer, og oppsummerer vurderingen slik:

*«Lagmannsretten må således tolke avtalen som beskrevet ut ifra ordlyd, kontraktsdokumenter, **formål** og systembetragtninger og **reelle hensyn**»*
- Lagmannsretten finner at ordlyden i kontrakten taler for at måleregelen er m2, men at dette kan *«ikke leses så isolert»*. *«[T]ilstrekkelig klart»* at mengden er tonn fordi:
 - Sammenheng med mengder i andre prosesser (som er angitt m2)
 - Oppgitt omregningsfaktor for tonn/m3 under bokstav x)
- Fortsatt vanskelig å si at det objektivt sett ikke foreligger en uklarhet
 - Ikke gitt at *enheten* er feil og *mengden* er riktig: Hvorfor ikke motsatt?
 - Målenheten (aller) mest interessant for Es pris

LH-2018-153242: Hvilken plass har formål, rimelighet og reelle hensyn?

«Lagmannsretten bemerker videre at **kontraktens formål og reelle hensyn** taler for at enheten er oppgitt i tonn. Det er ikke umiddelbart innlysende hvilke momenter som her er relevante ved kontraktstolkningen i tråd med Høyesteretts uttalelse i [Mika], men lagmannsretten legger vekt på følgende med betydning for tolkingen:

Det fremkommer etter ankeforhandlingene at 1 200 kroner er **en vanlig enhetspris pr tonn asfalt**. Dersom ankemotpartens tolkingresultat skulle vært lagt til grunn, vil NRG få et vederlag for asfalteringen som er over 10 millioner kroner høyere enn det som kan kalles en sedvanlig pris for slike arbeider. For kontrakter med kontraktssum i størrelsesorden ca. 40-50 millioner kroner, vil feilen få svært store konsekvenser, og **rimelighetshensyn** tilsier da at kontrakten tolkes som om enheten er oppgitt i tonn»

- Mikas henvisning til **formål og reelle hensyn** er hentet fra Rt. 2010 s. 961, som gjelder tolkningen av NS 3431 (innestående i sluttoppgjør)
 - Passer mindre godt ved tolkningen av anbudsbeskrivelsen
- Konkrete rimelighetsbetraktninger vektlegges (tilsynelatende) ikke i noen av Høyesteretts avgjørelser om uklarhetsregelen
 - Lite rimelig at Veidekke ikke fikk rettet sin pris i feilprisingsdommen..
- Hensynet til likhet og konkurranse, og mulighetene for taktisk prising, gjør det problematisk å se hen til «rett pris»
 - Hva om tilbyderer med enhetspris på kr 452 vant?

Hvor stå vi etter dette? (1)

- Gjelder utvilsomt et særlig krav til klarhet fra oppdragsgiver, men balanseres av et krav til forsvarlig lesing
- Vurderingstemaet må være om den konkrete forståelsen som E påberoper seg er forsvarlig begrunnet i objektive holdepunkter
 - Ikke en prøving av partenes dugelighet eller kalkulasjonsmetode generelt
 - Det må være lov å ta kalkulert risiko, f. eks Sveens gjennomsnittsberegning
- Beskrivelsesteksten må antagelig leses relativt nøye og under ett
 - Fordel for E i Byggholt og Sveen, ulempe for E i Mika og LH-2018-153242
 - Større tendens til å vektlegge mengdeanslag enn hva har vært vanlig
- Tilsynelatende mindre krav til Es sjekk mot andre kontraktsdokumenter, så lenge det er objektive holdepunkter for Es forståelse (kart vs. terreng)
 - Tverrprofiler i Sveen og LE-2016-82204
 - Både Mika og Sveen viser til at beskrivelse går foran tegning

Hvor stå vi etter dette? (2)

- Uklarhetsregelen skal beskytte den som misforstår
 - Sterk tendens til å vektlegge at andre aktører har forstått det på samme måte som E, men bør være vanskeligere for BH å påberope seg det samme
- Konkret rimelighet har og bør ha liten/ingen plass, men vanskelig å utelukke at det har hatt betydning
 - Byggholt og Sveen varslet tidlig, Mika kom først i sluttoppgjøret
 - I Byggholt og Sveen relativt tydelig at det ikke var priset inn, mer uklart i Mika
 - LE-2016-82204 og LH-2018-153242 mer tydelige på rimelighet spiller inn
- Anvendelsen av uklarhetsregelen er og blir svært konkret
- Ingen av avgjørelsene som har hatt samme resultat i to instanser på rad

Kan Byggholts avvisning av subjektive forhold opprettholdes fullt ut?



- Regelen er godt begrunnet i konkurransehensyn: «Race to the bottom»
 - Tore Sandvik argumenterte for en «objektivisering» av tolkningen i anbudsprosser allerede i 1966 (s. 225)
- Strider mot alminnelig avtalerett
 - Dersom E faktisk forstår hva BH mener, vil han være bundet av det
 - Dersom E forstår at det er en uklarhet, kan lojalitetbetraktninger tilsi en avklaringsplikt
- Uttalelsen i Byggholt er ikke 100 % tydelig: Sier at subjektive forhold ikke er «avgjørende»
 - Samme førstvoterende (Tønder) lot spørsmålet ligge i Mika (avsnitt 65)
- Byggholts slutning synes å forutsette at en avklaringsplikt i praksis betyr «*at anbyder må ta et forbehold*»
 - Men tilbyderne har mulighet til å stille spørsmål, som også fordeles til andre tilbydere (FOA § 14-2)
- HR viser også til Feilprisingsdommen, som jo forutsetter en viss retteplikt så lenge det også er åpenbart *hvordan* det skal rettes. Kan kanskje gi grunnlag for en sontring mellom:
 - Tilfeller hvor E forstår hva BH mener, selv om det objektivt sett er uklart
 - Tilfeller hvor E er kjent med uklarheten, men ikke forstår hvordan det skal løses



KLUGE