



HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 12.04.2019

Saksnr.: 18-153242ASD-HALO

Dommere:

Kst. lagdommer
Sørenskriver
Førstelagmann

Jussi Erik Pedersen
Svein Eikrem
Monica Hansen Nylund

Ankende part	Nordland fylkeskommune	Advokat Eilif Nordahl
Ankemothpart	Norwegian Rock Group AS	Advokat Harald Sjaastad

DOM

Saken gjelder oppgjør etter entreprisarbeider utført etter anbudskonkurranse. Spørsmålet gjelder tolking av anbudsgrunnlaget – nærmere bestemt om enhet for asfaltarbeider er oppgitt i kvadratmeter eller tonn. Videre er det spørsmål om entreprenøren har forsømt sin plikt til å varsle om eventuelle uklarheter i anbudsgrunnlaget.

Sakens bakgrunn

Partene i saken er enige om at følgende redegjørelse for sakens bakgrunn i tingrettens dom kan legges til grunn:

«Nordland Fylkeskommune, heretter også Fylkeskommunen, v/Statens vegvesen utlyste 11. juni 2013 anbudskonkurranse for utførelse av arbeid med ny fergekai på Fylkesvei 17 på Forvik. Kontraktsarbeidet er i prosjektinformasjonen oppgitt som: «Bygging av nytt fergeleie, oppstillingsplass, servicebygg, tilførselsveg og trappeforbindelse fra nytt fergekai opp til dagens Fv 17.» Det var en åpen anbudskonkurranse, med tildelingskriteriet laveste pris. Tilbudsfristen var opprinnelig 23. august 2013, men ble senere endret til 30. august 2013. Under angivelse av entreprisform og kontraktstype, fremgår det at det er en utførelsesentreprise og enhetspriskontrakt. Av punkt C Kontraktsbestemmelser, følger at NS 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt gjelder som alminnelige kontraktsbestemmelser.

Norwegian Rock Group AS, heretter også NRG, vant konkurransen. Det ble inngått kontrakt 21. oktober 2013, hvor avtalt kontraktssum var kr 41 101 783. Det var tre andre tilbydere, med tilbudssum fra kr 49 625 642 til kr 53 765 999. Anslått verdi på kunngjøringstidspunktet var oppgitt til 58 millioner.

I 12. august 2013-utgaven av konkurransegrunnlaget fremgår følgende:

55.1. BÆRELAG AV ASFALTERT 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 enhet: m² mengde: 2332

NRG ga en pris på kr 1 200 på denne posten, som samlet var beregnet til kr 2 798 400, beregnet ut fra mengden 2 332. De øvrige tilbyderne hadde priset samme post til henholdsvis kr 452 (BMO Entreprenør), kr 1 185,61 (PEAB) og kr 1 238 (Secora).

Selv om det etter NS 8406 pkt. 18.1 i utgangspunktet er byggherrens ansvar at konkurransegrunnlaget er klart, har også entreprenøren en plikt etter pkt 18.2 til å varsle om han oppdager feil mv i kontraktsdokumentene.

Etter vår mening må kontrakten behandles som om det er gitt en pris på 2 332 tonn bærelag og faktura nr. 10521 krediteres og ny faktura bes utstedt i samsvar med dette.»

NRG har helt fra faktura ble utstedt, herunder i byggemøte gjennomført 28. oktober 2014 og i senere brev til Fylkeskommunen, fastholdt at prosess 55.1 er priset i enhet m2, og ikke i tonn. I slutten av saksforberedelsen for tingretten ble det også fremlagt et notat som er opplyst å være skrevet 15. og 16. august 2013, i forbindelse med at NRG regnet på anbudet, der det fremkommer blant annet følgende:

«Her må vi hukse på at når vi fikk pris tilbud på Atlanten så var Veidekkes indeks en helt annen en NRG sinn. Her har vi også fått prisen i tonn og NRG får for antall m2. Asfalt blir transportert med båt og en kan regne med og betale for dumping av båtlaster. NRG får heller ikke gjort noe produktivt arbeid på fergekai. Her må vi legge inn mye fortjeneste som dekker opp for NRG sin fremdrift i løpet av 14 dager som arbeidet blir stille stående mye maskiner og ansatte som får gjort lite produktivt.

Har NRG 18 mann som får bare 20-40% produksjon pluss maskiner så blir det en stor sum som skal dekkes, vi må også hukse på at er sikkert elektrikkere og andre UE som jobber mot slutten som en må dekke inn.»

I forlengelsen av dette er det satt opp et regnestykke hvor samlet pris for 2 332 m2 asfaltering er kr 2 574 910, og hvor innkjøp av asfalt utgjør kr 538 915.

Fylkeskommunen har etter dette holdt fast ved at NRG kun har krav på oppgjør for en tonnpris på kr 1 200, mens NRG krever oppgjør for m2-pris på kr 1 200.»

NRG tok 22. desember 2017 ut stevning for Brønnøy tingrett med krav om oppgjør for post 55.1 beregnet etter enhet i kvadratmeter med pris på 1 200 kroner pr enhet. Partene var for tingretten enige om den nærmere utregning av påstandsbeløpet dersom NRG ble gitt medhold i at enheten i post 55.1 er oppgitt i kvadratmeter.

Brønnøy tingrett avsa dom 17. juli 2018 med slik slutning:

«I hovedkravet:

- 1. Nordland Fylkeskommune dømmes til innen 2 – to – uker fra dommen forkynnes til å betale Norwegian Rock Group AS kr 14 405 325,62 – fjortenmillionerfirehundreogfemtusentrehundreogtjuefemkronerogsekstiøre – med tillegg av rente*

- av kr 12.368.520,00 fra 30. oktober 2014,

- av kr 1.678.976,88 fra 22. mai 2015, og
- av kr 357.829,75 fra 22. januar 2018

til betaling skjer.

2. Nordland Fylkeskommune dømmes til å betale kr 483 399,90 – firehundreogåttitretusentrehundreogtittinikronerogtittiføre – med tillegg av rettens gebyr til Norwegian Rock Group AS i sakskostnader innen 2 – to – uker fra dommen.

I motkravet:

Saken heves.»

Nordland fylkeskommune (NF) har påanket tingrettens domsslutning pkt. 1 og 2 i hovedkravet til Hålogaland lagmannsrett. Partene er – som for tingretten – enige i beregningen av det omtvistede beløpet, og tingrettens domsslutning pkt. 1 gjelder i sin helhet oppgjør for post 55.1 (asfaltering bærelag).

Ankeforhandling ble avholdt i Tromsø 21. og 22. mars 2019. Det ble ført fire vitner, og dokumentert som markert i det digitale utdraget.

Den ankende part – Nordland fylkeskommune – har i det vesentlige anført:

Det er avtalt en enhetspris i tonn for post 55.1. Det er en åpenbar feil at konkurransegrunnlaget oppgir m² som enhet for post 55.1.

Prinsippet om objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende står sterkt ved entrepriser inngått etter anbud, og eventuelle uklarheter går i utgangspunktet ut over anbudsinnbyderen. Dersom det på tross av uklarheter etter en objektiv fortolkning er klart hva som er ment, må en tilbyder forholde seg til dette, jf. Mika-dommen inntatt i Rt. 2012 side 1729. I en slik tolkingsprosess må bestemmelsens ordlyd leses i sammenheng med de formål som skal ivaretas og reelle hensyn. Videre vil systembetragtninger ha betydning, og konkurransegrunnlaget må leses i sammenheng med øvrige kontraktsdokumenter.

Sammenhengen mellom postene i konkurransegrunnlaget taler klart og tydelig for at mengden i post 55.1 må forstås i tonn, selv om det står m². Post 55.1 oppgir at det samlede prosjekterte arealet utgjør over 11 000 m², og teksten lest i sammenheng viser at den angitte mengden er oppgitt i tonn. Det er ingen logisk sammenheng i at mengden utgjør 2332 m² på bakgrunn av regnestykket som er beskrevet i post 55.1. Videre er det klart at mengdeangivelsen på 2332 ikke gir mening sett i sammenheng med øvrige poster som angår asfalteringsarbeider. Arbeidsbeskrivelsen av asfalteringen av slitelaget i post 65.22 angir en mengde på 10 972 m², og det gir dermed ingen mening at bærelagets areal skal utgjøre under ¼ av slitelagets areal. Videre er mengden for klebing i post 65.4 angitt å

være 23 758 m². Tatt i betraktning at klebing (liming mellom asfaltlagene) gjøres i to lag, tilsier enkel hoderegning at det asfalterte arealet utgjør minst 11 800 m². Til slutt viser mengdeangivelsen av fiberduk i post 52.22 at det asfalterte arealet utgjør langt over 11 000 m². Disse postene henger logisk sammen, og det er dermed helt utenkelig at mengden asfaltert bærelag kun skal utgjøre 2332 m² som oppgitt i post 55.1.

Øvrige kontraktsdokumenter viser at et asfaltert areal av bærelaget på 2332 m² ikke gir noen som helst mening. Tegningene over anlegget inntatt i konkurransegrunnlaget viser ved enkel hoderegning at oppstillingsplassen alene har et areal på over 7 000 m².

NRGs prising av post 55.1, samt tilbudet fra NRGs underentreprenør Veidekke, viser at NRG har priset posten ut i fra en mengdeangivelse i tonn. Selv med en tonn-pris vil NRG ha høyere avanse på asfalteringen av bærelaget enn slitelaget.

NRGs anførsel om at hele risikoen i prosjektet er lagt inn i post 55.1, og at det er derfor NRG har priset inn en avanse på ca. 450 %, er ikke troverdig. Priser i et tilbud skal reflektere reelle kostnader, og den fremlagte kalkylen er blåst opp.

Øvrige rimelighetsbetraktninger tilsier også at kontrakten skal forstås i tonn. NRG vil ikke tape på en prising i tonn.

Dersom lagmannsretten kommer til at kontrakten på dette punktet er uklar, skal dette gå utover NRG på grunn av manglende varsling om uklarheten i anbudsfasen. Det foreligger en ulovfestet lojalitetsplikt i anbudsfasen, og NRG måtte forstå at NF ønsket all asfaltering av bærelaget for den sum som ble oppgitt under posten i tilbudet. NF hadde ikke oppfattet feilen, og dette måtte NRG vite. En økning av kontraktssummen på over 25 % i en entreprise på ca. 40 millioner kroner innebar et stort skadepotensiale for NF, og dermed var den manglende varsling klanderverdig fra NRG sin side.

Det følger videre en varslingsplikt etter konkurransegrunnlaget, jf. B pkt. 2.3, hvor det heter at en tilbyder plikter umiddelbart å varsle byggherren dersom tilbyderen oppdager mangler eller uklarheter i konkurransegrunnlaget. I Rt. 2003 side 1531 – Veidekke-dommen – er det uttalt at plikten gjelder klart påviselige feil som en normalt forstandig person måtte oppdage, og det kreves ikke bevis for NRG faktisk oppdaget feilen. Veidekke-normen er også anvendelig for tilbyders varslingsplikt i et tilfelle som dette. Rettsvirkningen av forsømt varsling i anbudsfasen er at NFs syn på kontraktstolkningen legges til grunn.

Subsidiært – dersom lagmannsretten mot formodning skulle komme til at det er avtalt en enhetspris pr kvadratmeter for post 55.1, med påfølgende mengdeangivelse på 2332 m² – skulle NRG krevd endringsordre som følge av mengdeøkningen fra 2332 m² til ca. 11 000 m², jf. NS 8406 pkt. 19.3. Økning i asfaltert areal utgjør en vesentlig økning, jf. NS

8406 pkt. 19.1 siste ledd. Kunnskapen om dette ble senest utløst ved oversendelsen av den såkalte Vipsen 30. januar 2014. Konsekvensen av manglende krav om endringsordre er at kravet er tapt.

Atter subsidiært anføres at NRG i kontraktsfasen har brutt lojalitetsplikten i kontraktsforhold ved å unnlate å varsle om sin oppfatning av kontrakten. Dersom NF hadde vært oppmerksom på NRGs oppfatning av at enheten er oppgitt i kvadratmeter, ville NF – for å ivareta sine interesser i kontraktsforholdet – avbestilt asfaltarbeidene i tråd med kontraktens regler. Deretter ville NF innhentet et separat tilbud på utførelsen av dette arbeidet, og dermed – i grove trekk – spart tvistebeløpet.

Den ankende part har lagt ned slik påstand:

1. Nordland fylkeskommune v/ fylkesordfører frifinnes.
2. Nordland fylkeskommune v/ fylkesordfører tilkjennes saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten – Norwegian Rock Group AS – har i det vesentlige anført:

Avtalen er en enhetspriskontrakt. Avtalemodellen er byggherrens valg og risiko, og byggherren bærer risikoen for endringer i mengde. Mengdene er ikke låst i kontrakten. NF v/ Statens vegvesen er markedets mest profesjonelle innkjøper av denne typen entrepriser, noe som tilsier at de må bære risikoen for egne feil. Avtalens ordlyd er klar, og ikke til å misforstå – enheten er avtalt i kvadratmeter. Tallene oppgitt i post 55.1 er dermed ikke bindende for mengden – entreprenøren gir ingen fastpris for arbeidet, men en enhetspris.

Avtaler som i denne saken er gjenstand for en såkalt objektiv fortolkning med stor vekt på ordlyden. Konkurransesituasjonen og krav til likebehandlingen av tilbyderne tilsier at det er et skjerpet objektivitetskrav i anbudsretten. Det er helt klart byggherren som bærer risikoen for feil og mangler ved konkurransegrunnlaget.

Den ankende part frafalt for tingretten at avtalen skal tolkes slik at enheten er oppgitt i tonn. Dette er et materielt frafall, og kan ikke trekkes inn igjen for lagmannsretten.

Det er uansett ikke grunnlag for å tolke bort den klare ordlyden i post 55.1, og det er ikke bedt om en pris på 2332 m² asfaltert areal. Det er ikke klart at NF har ment tonn i stedet for kvadratmeter, og ingen som har sett gjennom post 55.1 i konkurransegrunnlaget har oppdaget feilen. De ulike postene i anbudgrunnlaget har ikke en logisk indre sammenheng, slik den ankende part anfører. Post 51 om planum viser et areal på ca. 6 600 m², og i sluttoppgjøret er dette justert til nesten 11 000 m². Dette viser nettopp hvordan kontrakten har, og hele tiden har, fungert – nemlig som en enhetspriskontrakt hvor postene

reguleres etter at arbeidet er utført og mengdene kontrollert. Beskrivende tekster går foran tegningene, som uansett ikke er førende.

Partene har ingen felles avtaleforståelse i strid med kontraktens ordlyd. Anførselen om at enheten er oppgitt i tonn er NFs subjektive forståelse, og følger ikke av en objektiv fortolkning av avtalen.

Retten skal generelt være svært forsiktig med å rukke med enkeltposter i kontrakter inngått etter anbudskonkurranse som i denne saken. Ved prising vil en anbyder legge inn tap på enkelte poster og fortjeneste på andre, og det er anbyderens klare rett til å velge profil på eget tilbud. Dersom tapsposter forblir urørt, vil en endring i fortjenestepostene skape en ubalanse i kontrakten og rukke ved entreprenørens risikofordeling. Entreprenøren er ikke bedt om å foreta mengdekontroll i anbudsfasen.

Uklarheten eller feilen i post 55.1 burde uansett vært fanget opp av NFs egen kvalitetskontroll – den såkalte sidemannskontrollen. NF må da bære risikoen for slike feil da kvalitetssikringen sviktet.

Den ankende part har videre anført at NRG har brutt varslingsplikten i anbudsfasen. Dette kan verken føre frem med grunnlag i kontraktens bestemmelser eller på ulovfestet grunnlag. En eventuell varslingsplikt i anbudsfasen kan ikke påberopes i kontraktsfasen.

Konkurransegrunnlaget B1 pkt. 2.3 er skrevet av Statens vegvesen, og etter ordlyden kreves det at tilbyder må ha kunnskap om mangler eller uklarheter i konkurransegrunnlaget. Denne kunnskapen må foreligge før inngivelse av tilbudet. I denne saken er det klart at NRG ikke hadde slik kunnskap før tilbud ble gitt, og NRG har ikke oppdaget noen uklarhet eller mangel. Det er uansett ikke rom for NFs anførsel om at bestemmelsen skal tolkes til å omfatte kunnskap om mangler eller uklarheter som tilbyder burde ha hatt. Det foreligger heller ingen varslingsplikt på ulovfestet grunnlag, noe som følger av både praksis og teori. Symmetrihensyn tilsier at tilbyder ikke kan ha mere omfattende plikter enn byggherren for å avklare feil i konkurransegrunnlaget. I denne saken klarte ikke NF å oppdage feilen, og da kan det ikke kreves at NRG hadde plikt til å varsle NF om eventuelle uklarheter.

Uansett er konsekvensene av en eventuell forsømt varsling ikke at kontrakten skal tolkes i samsvar med byggherrens oppfatning, men at retten skal fastsette en ny pris for enheten. Normalsanksjonen for brudd på plikter i anbudsfasen, er at tilbud avvises, men dette er ikke aktuelt i et tilfelle hvor eventuelle pliktbrudd oppdages i kontraktsfasen. Prisen som eventuelt skal fastsettes kan under enhver omstendighet ikke settes lavere enn det laveste pristilbudet som ble hentet inn for posten.

Den ankende part har subsidiært anført at mengdeøkningen for post 55.1 skulle vært varslet som en endring. Dette er ny anførsel, og kan klart ikke føre frem. Mengdeendringer innenfor kontraktens rammer skal ikke varsles. NS 8406 pkt. 19.1 og pkt. 19.3 gir ikke byggherren rett til å kreve endringsvarsel fra entreprenøren. NRG har her kun forholdt seg til at mengdene etter kontrakten skal reguleres, og ikke oppfattet asfalteringsarbeidene som endringsarbeider. Bestemmelsene gir entreprenøren rett til å kreve endring, men ingen plikt. Dersom NRG skulle krevd endring, mister NRG kun retten til å påberope endringen, men ikke retten til vederlag etter kontrakten. Uansett er NFs eventuelle krav som følge av manglende endringsvarsel tapt som følge av realitetsdrøftelser. Partene har diskutert realiteten i snart fire år, og anførsel om manglende endringsvarsel har først blitt fremmet for lagmannsretten.

Noe krav som følge av at NRG skal ha brutt ulovfestede lojalitetsplikter i kontraktsfasen, kan heller ikke føre frem. Slike vurderinger vil være sammenfallende som vurderinger etter avtaleloven § 33, og det er begrenset plass for anvendelse av slike rettsregler ved entrepriser inngått etter offentlige anbud. Det vil ikke være illojalt i et tilfelle som dette å kreve rettigheter som følger av kontrakten.

Det foreligger ikke et ansvarsgrunnlag for NRG. Uansett er noe tap som følge av forsømt varsling ikke dokumentert. Det vil foreligge risikofaktorer ved avbestilling og innhenting av nye tilbud, og det er ikke sannsynliggjort at NF ville kunne innhentet nye tilbud på samme nivå som Veidekkes tilbud til NRG.

Ankemotparten har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Nordland fylkeskommune dømmes til å betale Norwegian Rock Group AS' sakskostnader for lagmannsretten innen to uker fra dommen forkynnes.

Lagmannsretten bemerker:

Sakens spørsmål gjelder tolking av en anbudsentreprisekontrakt. Dersom lagmannsretten legger til grunn ankemotpartens syn på kontraktstolkningen, oppstår videre spørsmål om anbyderen har brutt varslings- og lojalitetsplikter i kontraktsforholdet.

Lagmannsretten vil innledningsvis redegjøre nærmere for kontraktens oppbygning og utgangspunktene om partenes rettigheter og plikter i kontraktsforholdet. Deretter vil lagmannsretten redegjøre for hvordan enheten ble endret fra tonn til kvadratmeter. Lagmannsretten kommer tilbake til hvilken betydning årsaken til feilen har ved fastleggingen av partenes rettigheter etter kontrakten.

Entreprisen i saken er en såkalt utførelsesentreprise, hvor Statens vegvesen har prosjektert arbeidet som skal utføres. I anbudskonkurransen var tildelingskriteriet laveste pris. Arbeidet som skal utføres er i konkurransegrunnlaget inndelt i såkalte prosesser som tilbyderne priser, og den samlede anbudssum utgjør summen av disse delprisene. Tilbyder oppgir enhetspriser, og det endelige oppgjøret finner sted etter mengdeoppmåling. Byggherren bærer risikoen for at mengdene i konkurransegrunnlaget stemmer, mens entreprenøren bærer risikoen for at oppgitt pris dekker entreprenørens kostnader, samt eventuell fortjeneste. I utgangspunktet står entreprenøren fritt til å plassere risikoen nærmere under de enkelte prosessene.

Kontrakten er systematisk bygd opp i ulike deler, hvor del A inneholdt prosjektinformasjon, del B konkurranseregler og kvalifikasjonskrav, del C kontraktsbestemmelser, del D utgjør kontraktens beskrivende del og del E ulike skjemaer til utfylling. Del D inneholder således angivelsen av de ulike prosesskodene som fylles ut med enhetspriser.

Beskrivelsene av arbeidet i konkurransegrunnlaget del D var basert på Håndbok 025 «Standard beskrivelsestekster for vegkontrakter», som er utarbeidet av Statens vegvesen. Håndboken inneholder såkalte prosesskoder, som har som funksjon å gi standarder for bl.a. utførelsen og oppmålingen av arbeidet. Prosesskoden i håndboken inngår som del av konkurransegrunnlaget for det aktuelle arbeidet som er prosjektert.

Asfaltering av bærelag utgjør således en egen prosesskode 55.1 under hovedprosess 5 Vegfundament. Hovedprosess 5 består videre av 51 Planum, 52 Filterlag og spesielle frostsikringslag, 53 Forsterkningslag, 54 Bærelag av mekanisk stabiliserte materialer og 55 Bærelag av bitumenstabiliserte materialer. Disse prosessene under hovedprosess 5 er igjen delt inn i ulike underprosesser, og prosess 55 består av bl.a. 55.1 Bærelag av asfaltert grus. Prosess 65 omhandler Asfaltdekker, og består igjen av 65.2 Slitelag asfaltbetong og 65.4 Klebing av asfaltdekke.

Det er på det rene – og heller ikke bestridt – at Statens vegvesen ikke hadde som intensjon å endre enheten i prosess 55.1 fra tonn til kvadratmeter. Partsrepresentant Rasmussen har i sin forklaring antydnet hva endringen skyldes: Dataprogrammet som genererer konkurransegrunnlaget er knyttet opp til Vegvesenets såkalte håndbøker, som er standarder og retningslinjer for blant annet vegbygging og bygging av fergeanlegg etc. Konkurransegrunnlaget i denne saken er knyttet opp til Håndbok 025 «Standard beskrivelsestekster for vegkontrakter», slik at relevante tekster genereres automatisk fra håndboken inn i konkurransegrunnlaget. I 2013 ble imidlertid Håndbok 025 erstattet av en ny standard kalt R761. I denne nye versjonen er enheten for asfaltering av bærelag endret fra tonn til kvadratmeter, og ved revisjonen av konkurransegrunnlaget 12. august 2013 har tekst fra den nye standarden blitt importert inn i konkurransegrunnlaget automatisk. Denne feilen ble ikke avdekket av Statens vegvesen etter revisjonen 12. august 2013.

Lagmannsretten gjengir for sammenhengens skyld den aktuelle prosessen:

«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 enhet: m² mengde: 2332»

NRG priset denne posten til 2 798 400 kroner med en enhetspris på 1 200 kroner. Det er på det rene at prisen på 2 798 000 kroner ikke er bindende, men at denne kun benyttes som grunnlag for å kalkulere laveste pris av tilbyderne. Det er enhetsprisen på 1 200 kroner som er avtalt, og som deretter danner det samlede vederlaget etter utførte mengder.

Den ankende part har anført at kontrakten skal tolkes slik at NRG skal ha oppgjør for asfaltering av bærelag etter enhet i tonn, og ikke kvadratmeter, og dette er – som nevnt – sakens spørsmål.

Høyesterett har i flere avgjørelse redegjort for tolking av slike anbudsentrepriser. En sentral avgjørelse – og som partene har viet mye oppmerksomhet i sine prosedyrer – er den såkalte Mika-dommen inntatt i Rt. 2012 side 1729. Lagmannsretten er enig i at denne legger føringer for hvordan konkurransegrunnlag og dermed kontraktsdokumenter skal tolkes i en sak som denne.

Det grunnleggende utgangspunktet er at kontrakter som i saken her mellom næringsdrivende skal tolkes objektivt, noe som blant annet innebærer at kontraktens ordlyd skal tillegges stor vekt, jf. Rt. 2012 side 1729 avsnitt 57 mvh. Det er imidlertid ikke slik at kontraktens ordlyd alene er avgjørende. I avsnitt 66 viser Høyesterett til følgende uttalelse i Rt. 2010 side 961 avsnitt 44:

«Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.»

Ordlyden skal altså tolkes i lys av formål og andre reelle hensyn, men Høyesterett presiserer videre i avsnitt 67 at «når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng». Dette innebærer i vår sak at

blant annet beskrivelser i øvrige prosesser, samt dokumenter i andre deler av kontrakten er relevante.

Prinsippet om objektiv fortolkning innebærer samtidig at anbyders intensjoner og tilbydernes subjektive oppfatninger har liten eller ingen betydning ved tolkingen av kontrakten, jf. også Hagstrøm og Bruserud, *Entrepriserett*, 2014, side 175. Lagmannsretten må således tolke avtalen som beskrevet ut ifra ordlyd, kontraktsdokumenter, formål og systembetraktninger og reelle hensyn.

Dersom det etter en slik tolking fortsatt er uklart hva som følger av avtaleforholdet, vil uklarheten normalt gå utover anbudsinnbyder, jf. Rt. 2012 side 1729 avsnitt 62. Men Høyesterett presiserte samtidig i avgjørelsen at tilbyder ikke kan påberope *enhver uklarhet*, jf. avsnitt 102:

«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.»

Lagmannsretten går så over til den konkrete tolkingen av prosess 55.1 etter nevnte tolkingsmetode.

Enhetsrubrikken i prosess 55.1 oppgir m², og denne rubrikken tilsier isolert sett klarligvis at mengdene ved avregning skal beregnes etter kvadratmeter og enhetspris 1 200 kroner. Etter lagmannsrettens syn kan enhetsrubrikken i prosess 55.1 ikke leses så isolert.

Lagmannsretten bemerker at Håndbok 025 kapittel 4 «Bruk av prosesskoden ved tilbud» – som er en del av konkurransegrunnlaget – beskriver i pkt. 4.3 hvordan vederlaget skal avregnes ved bruk av prosjekterte mengder:

«Det avregnes etter målereglene som er angitt under pkt. x) i de respektive prosesser. I tilfelle at målereglene angir avregning etter prosjekterte mengder, og forutsetningene for mengdeberegningen endres p.g.a. forhold som entreprenøren av det aktuelle arbeidet ikke er herre over, forutsettes at prosjekteringsgrunnlaget justeres, og endrede prosjekterte mengder registreres. Sammen med de oppgitte enhetspriser er de endrede prosjekterte mengder faktorer ved avregningen, kfr. Kontraktsbestemmelsene.»

Det som beskrives her er nettopp betydningen av x) i prosesskode 55.1, samt hvorfor prosjektert areal på 11 659 m² er oppgitt. Teksten bak x) i prosesskode 55.1 – «*Det er for mengdeberegning antatt en densitet på 2,5 tonn/m³. Det korrigeres for avvik fra dette i*

henhold til godkjent asfaltresept» – peker klart og tydelig på at det skal foretas en omregning fra prosjektert areal til tonn, samt at det angis hvordan endring i forutsetningen for mengdeberegningen skal dokumenteres (godkjent asfaltresept). Selve teksten og regnestykket viser således at mengden 2332 fremkommer etter en omregning fra prosjektert areal til mengde i tonn med utgangspunkt i densitet 2,5 tonn pr. kubikkmeter, samt at tonn er grunnlaget for avregning av vederlag. Lagmannsretten kan slutte seg til den ankende parts anførsel om at teksten gir logisk sett ingen mening dersom mengden 2332 er oppgitt i kvadratmeter. Denne logiske sammenhengen er forklart i pkt. 4.3 i håndbok 025, som det klarligvis må forutsettes at alle tilbydere leser og forstår. I dette konkurransegrunnlaget er videre prosess 55.1 den eneste prosesskoden som oppgir prosjektert mengde med *x*) med påfølgende *beskrivende tekst og prosjektert areal*.

Ankemotparten har anført at tilbydere generelt skal fylle ut en lang rekke enheter med enhetspris, og at de ikke rekker å lese hele prosesskoden nøye. Tilbydere leverer inn en stor mengde anbud, og det kan ikke kreves at disse leses nøye. Lagmannsretten kan ikke helt slutte seg til dette. Det må forutsettes at tilbydere ser prosesskoder som i tråd med håndbok 025 pkt. 4.3 opererer med *x*), forklarende tekst og prosjektert mengde. Disse prosesskodene er av en annen kategori enn prosesskoder som ikke opplyser om prosjekterte mengder, og det er naturlig at disse påkaller en annen oppmerksomhet ved utfyllingen.

Lagmannsretten er likevel enig med ankemotparten at det er skapt en viss uklarhet i prosesskoden som følge av endringen fra tonn til kvadratmeter ved revideringen av konkurransegrunnlaget 12. august 2013.

I den videre tolkingsprosess er det derfor naturlig å se hen til øvrige prosesskoder som omhandler asfaltering for å se hvilken enhet som er oppgitt i prosess 55.1. Dette er i tråd med Høyesteretts metode om å se ordlyden i sammenheng med øvrige kontraktsdokumenter.

Den ankende part har særlig trukket frem prosess 65.22 som omhandler asfaltering av slitelaget, prosess 65.4 som omhandler såkalt klebing (lim mellom asfaltlagene) og prosess 55.22 om fiberduk. Alle disse opererer med areal som enhet og oppgir mengden til henholdsvis 10 972 m² (asfaltering slitelag), 23 758 m² (klebing) og 11 993 m² (fiberduken). Lagmannsretten bemerker at det etter prosess 65.4 skal klebes mellom to lag, og at arealet derfor må deles på to for å gi et riktig bilde av det asfalterte arealet.

Lagmannsretten er enig med den ankende part at disse prosesskodene klart og tydelig tilsier at enheten i prosess 55.1 også er oppgitt i tonn, da mengdeangivelsen på 2332 ellers ikke gir noen mening. Disse prosesskodene omhandler asfaltering og kaster dermed direkte lys over hva som er ment med prosjektert areal, enhet og mengdeangivelse i prosesskode 55.1.

Ankemotparten har anført at øvrige prosesskoder kaster et annet lys over disse arealangivelsene, og ankemotparten har særlig trukket frem prosess 51 Planum. Prosess 51.32 «Planum i jordskjæring» og 51.42 «Planum på dypsprenget stein i skjæring» angir et samlet areal på 6 659 m² – et areal som etter det opplyste ble mengdekontrollert til ca. 11 000 m². Lagmannsretten bemerker at fremlagte tegninger viser at kontraksarbeidet også omfatter legging av asfalt og opparbeiding av veg til erstatning for eksisterende veganlegg, og at dette kan ha fått betydning for angivelsen av arealet i prosess 51. For lagmannsretten fremstår det etter ankeforhandlingen uansett som uklart hvorfor arealangivelsen i konkurransegrunnlaget ble så mye lavere enn utført mengde. Sammenhengen mellom prosess 51 og asfalteringsprosessene er heller ikke godt opplyst, men lagmannsretten legger uansett til grunn at prosess om planum står i en fjernere sammenheng fra prosess 55.1 enn de øvrige prosessene som direkte omhandler asfaltering. En arealangivelse i prosess 51 gir ingen direkte slutninger om hvilket areal med bærelag som skal asfalteres – i motsetning til prosesser om asfaltering av slitelag, klebing og legging av fiberduk.

Prosess 55.1 lest i sammenheng med øvrige prosesser taler etter lagmannsrettens syn klart for at enheten er oppgitt i tonn.

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 Rt. 2012 side 1729, 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.

Ankemotparten har anført at risikoen og fortjenesten for NRG i dette fergeprosjektet ble lagt inn i nettopp prosess 55.1. Lagmannsretten finner ikke å legge vekt på dette i en slik avsluttende vurdering av formål og reelle hensyn.

Lagmannsretten bemerker avslutningsvis at det har vært en god del bevisførsel om subjektive forhold på begge sider i kontraksforholdet – herunder hvorfor feilen ikke ble oppdaget av Statens vegvesen, hvordan andre tilbydere har oppfattet konkurransegrunnlaget og ikke minst om NRGs subjektive oppfatning av konkurransegrunnlaget og hvordan NRG priset hele anbudet. Som det fremkommer av Høyesteretts angitte kontraktstolkingsmetode, vil slike forhold ha liten eller ingen betydning ved en objektiv tolking av kontrakten.

Lagmannsretten finner det dermed tilstrekkelig klart at enheten i prosess 55.1 er oppgitt i tonn. Lagmannsretten viser til Høyesteretts avsluttende reservasjon i Rt. 2012 side 1729 avsnitt 102, og bemerker at det motsatte resultat i denne saken nettopp vil være å strekke kravet til klarhet så langt at det åpnes for en uheldig jakt på uklare formuleringer og spekulasjoner.

Den ankende part gis dermed medhold, og Nordland Fylkeskommune blir å frifinne.

Sakskostnader

Den ankende part har krevd sakskostnader for ting- og lagmannsretten.

Den ankende part har vunnet saken, og har krav på full erstatning for sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Lagmannsretten har vurdert, men finner ikke grunn til å fritta ankemotparten for sakskostnadsansvar i medhold av tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Den ankende part har krevd 179 222 kroner i sakskostnader for lagmannsretten. Kravet inkluderer utgifter og gebyr for ankebehandlingen, samt salær. Ankemotparten har ingen innsigelser til kravets størrelse.

Lagmannsretten skal legge sitt resultat til grunn ved avgjørelsen av sakskostnadskravet for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. For tingretten krevde den ankende part dekket 144 047 kroner. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet grunn til å fritta ankemotparten for sakskostnadsansvar for tingretten i medhold av tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Lagmannsretten bemerker at saken sto bevismessig i all hovedsak i samme stilling for tingretten, samt at lagmannsrettens resultat og vurderinger er innenfor den ankende parts påstandsgrunnlag for tingretten.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Nordland fylkeskommune v/ fylkesordføreren frifinnes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Norwegian Rock Group AS 179 222 kroner til Nordland fylkeskommune innen to uker fra dommens forkynnelse.
3. I sakskostnader for tingretten betaler Norwegian Rock Group AS 144 047 kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

Svein Eikrem

Jussi Erik Pedersen

Monica Hansen Nylund

*Dokument i samsvar med undertegnet original
Tine Berg (elektronisk signert)*

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

4. fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
5. fra og med 1. juli til og med 15. august
6. fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

7. hvilken avgjørelse du anker
8. hvilken domstol du anker til
9. navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
10. hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
11. den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
12. hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
13. om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
14. det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
15. grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
16. hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

17. feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
18. feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
19. feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

20. sakens karakter
21. partenes behov for å få saken prøvd på nytt
22. om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

23. feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen

24. feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
25. feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

26. at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
27. at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.