

The picture can't be displayed.

Det juridiske fakultet

Krav til klarhet for entreprisekontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelser

Klarhetskravet i landentreprise

Elle Martine Johansdatter Eira

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 desember 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Emne og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Videre fremstilling	5
2	Rettskildebildet og kontraktsrettslig metode.....	6
2.1.1	Metode.....	6
2.1.2	Rettskilder	8
3	Hva er uklarhet?	11
3.1	Innledning.....	11
3.2	Uklarhet i kontrakt	12
3.3	Ulike typer uklarheter.....	13
3.3.1	Ransoneproblematikk.....	13
3.3.2	Semantisk flertydighet.....	13
3.3.3	Syntaktisk flertydighet	13
3.3.4	Pragmatisk flertydighet	13
3.3.5	Logiske motstrid.....	14
3.3.6	Taushet og lakuner	15
3.4	Årsaker til uklarheter i entreprisekontrakter	16
4	Kontraktsinngåelse etter reglene om offentlig anskaffelse	17
4.1	Innledning.....	17
4.2	Anskaffelsesregelverket	17
4.3	Gjennomføringen av konkurranse om kontrakt	19
4.4	Anskaffelsesrettslige krav til klarhet i konkurransegrunnlaget.....	22
4.5	Anskaffelsesreglenes betydning for kontraktsrettslige spørsmål	23
5	Klarhetskravet	24
5.1	Innledning.....	24

5.2	Uklarhetsregelen.....	25
5.3	Forfatterregelen	26
5.4	Uklarhetsregelens subsidiaritet	27
5.5	Alminnelig utgangspunkt om objektiv tolking.....	29
5.6	Uklarhetsregelen i kontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelse: klarhetskravet	30
5.6.1	Innledning.....	30
5.6.2	Veidekke-dommen	30
5.6.3	Byggholt-dommen.....	32
5.6.4	Mika-dommen	35
5.6.5	Magne Sveen-dommen.....	37
5.7	Hvilken plass har subjektive oppfatninger ved vurderingen av klarhetskravet?.....	41
5.8	Er det adgang til å foreta rimelighetsvurderinger ved anvendelse av klarhetskravet? 43	
5.9	Sammenfatning.....	47
	Referanseliste	49

Krav til klarhet for entreprisekontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelser

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er krav til klarhet – klarhetskravet – for entreprisaavtaler inngått etter reglene om offentlig anskaffelser. Siktemålet er å foreta en deskriptiv normanalyse – en tolkning av en påstått norms innhold – for å trekke de nærmere grensene for denne normens rettsvirkninger og anvendelsesområde. Det er et forsøk på å fremstille noe som i sin essens bygger på en tolkning av et pragmatisk redskap (avtalen) – hvor primærkildene fremkommer av hermeneutiske kilder – på en rettsdogmatisk måte. Dette reiser visse problemer for normanalysen som det er verdt å være oppmerksom på. Disse skal jeg komme tilbake til i punkt 2.

Ambisjonen i det følgende må også justeres som følge av at tolkningsnormen begrenser seg til kun en kontraktstype – entrepriserett. Fremstillingen vil således lide av en mer praktisk orientert systematikk enn hva som er tilfellet ved en generell behandling av avtaletolkningsspørsmål.

Klarhetskravet er et krav som er oppstilt i rettspraksis ved tolking av entrepriskontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelse, og går kort sagt ut på at byggherre må lage et «*klart og entydig anbudsgrunnlag*», mens entreprenøren må lese det som en «*normalt forstandig tilbyder*».¹

Det er først når det foreligger en rettslig bindende avtale at det er tale om avtaletolkning i tradisjonell forstand.² Avtaletolkning går ut på å finne meningsinnholdet i en avtale: Hva er det partene har regulert i avtalen? Hvilken rettigheter og plikter stadfestes for partene som følge av avtaleinngåelsen?

¹ Rt-2007-1489 (Byggholt), Rt-2012-1729 (Mika) og HR-20129-8830-A (Magne Sveen).

² Geir Woxholt, *Avtalerett*, 10. utgave, Oslo 2017, side 401.

Avtaleloven³ inneholder tilnærmet ingen retningslinjer for hvordan avtaletolkning skal foregå. Dette til forskjell fra eksempelvis de internasjonale felleseuropeiske kontraktsrettslige prinsippene som kommer til uttrykk i Draft Common Frame of Reference (heretter CISG) 1980 Del II og UNIDROIT. Den eneste reelle retningslinjen for avtaletolkning som fremkommer av avtaleloven er avtl. § 32 første ledd om god-tro-standard.

Utgangspunktet ved den ulovfestede avtaletolkningslæren er at dersom det kan stadfestes en felles subjektiv oppfattelse av avtalen, så skal dette legges til grunn ved avtaletolkningen. Dersom dette ikke lar seg gjøre, så må avtalen underlegges en objektiv tolkning hvor utgangspunktet er ordlyden. Den obejektive tolkningsteori angir at formålet med tolkningsprosessen er å «*kartlegge partenes berettigede forventing på basis av kontakten*».

For å kartlegge partenes berettigede forventing er det en rekke momenter som kan være relevante. Disse kalles for tolkningsdata. Dersom man ut fra en tolkning på bakgrunn av tolkningsteorier og tolkningsdata ikke er i stand til å utpeke et bestemt resultat, må man ty til subsidiære tolkningsregler. Klarhetskravet er en slik subsidiær tolkningsregel.

Etter avtaleloven blir en avtale inngått ved at det gis et tilbud som aksepteres rettidig, jf. avtl. kapittel 1. Avtaleloven bygger på løfteprinsippet – noe som innebærer at tilbudet binder tilbydereren og gir mottakeren en tilsvarende rett.⁴ For kommersielle kontrakter er tilbud-aksept-modellen mindre brukt i praksis. Paradoksalt nok er avtalelovens § 1 om avvikende avtaler mest praktisk for næringskontrakter (herunder ordlydens henvisning til «*handelsbruk eller anden sedvane*»⁵). Dette gjelder imidlertid ikke for kommersielle kontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket. Avtaleinngåelse etter anskaffelsesregelverket bygger formelt sett på tilbud-aksept-modellen, men anses å være mer avanserte og formalistiske enn avtalelovens regler.⁶ De overordnede hensyn i anbudsretten springer ut av EU-pålegg om lik og ikke-

³ Lov 01. juli 2018 nr. 4 om avslutning av avtaler om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

⁴ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014, side 42.

⁵ Kai Krüger, «Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse», *På rett grunn*, 2010 s. 111-129 (side 112).

⁶ Solfrid Brænd Haaskjold, «Formkrav ved inngåelse av anbudskontrakter mellom private parter», *Lov og rett*, 2017 s. 507-525 (side 509).

diskriminerende behandling av tilbydere, høye krav til gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.⁷

Kontraktsretten er et av de mest praktiske juridiske fagene. Den utgjør en overordnet ramme for alle avtale typer, herunder den spesielle kontraktsretten – entrepriserett. Entrepriserett omhandler bygg- og anleggsarbeider som skal utføres på land. Hagstrøm definerer entrepriserett som:

«kontraktsforhold der den ene part (entreprenøren), som selvstendig ervervsdrivende, påtar seg utførelsen av bygg- eller anleggsarbeid (herunder nybyggings-, vedlikeholds-, reparasjons- og ombyggingsarbeid) for den annen part (byggherren).»⁸

Entreprisekontrakter er beheftet med betydelig usikkerhet.⁹ Disse usikkerhetsmomentet gjenspeiler de strenge kravene som stilles til utforming av konkurransegrunnlag i anbudsfasen, samtidig som den kan sees på som årsaken til at det oppstår mange tvister ved sluttoppgjøret.

Spørsmålet er hvem som skal bære konsekvensene av at usikkerhetsmomentene manifesterer seg og forrykker planene.¹⁰ Dette er ofte formulert som et spørsmål om hvem som har risiko for forrykkelsen, og dermed har ansvaret for den økonomiske merbelastningen som forrykkelsen innebærer. Det er i denne sammenheng det i rettspraksis er oppstilt et krav om klarhet.

1.2 Avgrensninger

Temaet i avhandlingen gjelder entrepriskontrakter. Entreprisebegrepet omfatter kun arbeider på fast eiendom. Dette avgrenser entreprisebegrepet, samt oppgaven, mot andre tilvirkningskontrakter som for eksempel bygging av skip eller moduler til offshore installasjoner.¹¹

⁷ Kai Krüger, «Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser (upphandling – udbud)», *Festskrift till Torgny Håstad*, 2010 s 363-402 (side 364).

⁸ Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett : Utvalgte Emner*, Oslo 1997 side 9.

⁹ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014, side 21.

¹⁰ Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud, *Entrepriserett*, Oslo 2014 side 22.

¹¹ Henning Nordtvedt mfl., *NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for Totalentrepriser: Kommentartutgave*, Oslo 2013, side 19.

Videre så avgrenses det mot forbrukerentrepriser. Med dette menes avtale om utførelse av arbeid på bygning eller anlegg hvor den ene parten er en forbruker.¹² Disse reguleres av hhv. Håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova § 1.

Av hensyn til fremstillingens homogenitet og omfang kommer jeg kun til å fokusere på klarhetskravet ved fortolkning av skriftlige kontrakter. Men som jeg skal komme tilbake til, så tilsier avgrensningen av oppgavens tema til anskaffelsesrettslige kontrakter i seg selv at muntlige avtaler faller utenfor, fordi anskaffelsesregelverket stiller skriftlighetskrav for avtaleinngåelsen, jf. anskaffelsesforskriftens (heretter FOA) del I § 4-1 (a).

Avhandlingen tar utgangspunkt i det offentligrettslige anskaffelsesregelverket. Med dette avgrenses det dermed mot ulovfestede anbudsrettslige prinsipper¹³ og private (deklaratoriske) anskaffelsesregelverk, jf. NS 8400 og NS 8410 for henholdsvis anbudskonkurranser med og uten forhandlinger ved anskaffelse av varer og tjenester i forbindelse med bygg og anlegg. Hensynene og prinsippene som begrunner de ulike normene er imidlertid de samme både for offentlige og private anbudskonkurranser.¹⁴ Avhandlingen vil således kunne ha overføringsverdi for tilsvarende tolkningsspørsmål som oppstår på bakgrunn av uklarheter i kontrakter inngått etter private anskaffelsesregler.

Det faller i utgangspunktet utenfor oppgaven å tematisere anskaffelsesrettslige avvisnings- og avlysningsspørsmål. Avvisningsspørsmål har imidlertid sammenheng med spørsmålet om hvorvidt det kan oppstilles en varslingsplikt for byggherren, og vil således bli behandlet kort ved redegjørelse av klarhetskravet som stilles til entreprenørens tilbud.

På grunn av plassproblemer avgrenses det mot tolking av tilbud. Tolking av tilbud vil imidlertid bli redegjort for under punkt 5.6.1, og andre steder, så langt dette er nødvendig for å klarlegge klarhetskravet slik den gjelder for konkurransegrunnlag. Av samme grunn

¹² Jon Gisle og Krisian Andenæs, *Jusleksikon*, 4. utg. Engelske termer ved Åge Lind, Oslo 2010, side 97

¹³ Hagstrøm (2014) side 133 flg.

¹⁴ Hans Jakob Urbye, *Kommentarer til NS 8400 regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser, NS 8410 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved konkurranse med forhandlet prosedyre: en håndbok i anskaffelser for bygg- og anleggsnæringen*, Lysaker 2007, side 12

avgrenses det mot klarhetskravets betydning ved tolking av standardkontrakter og «agreed documents».¹⁵

Det avgrenses også mot spørsmål om hva en intersubjektiv tolkning, sammenholdt med avtalefriheten, innebærer. Altså om partene kan helt eller delvis seg vekk fra den risikofordelingen som følger av klarhetskravet. I forlengelsen av dette ville det også oppstå spørsmål om hvorvidt byggherren kan innta klausul om varslingsplikt ved oppdagelse av uklarheter med bindende virkning for entreprenøren.

Avtalerettslige revisjons- og ugyldighetsspørsmål faller i sin helhet utenfor avhandlingens tema.

1.3 Videre fremstilling

Avhandlingens tema fordrer at det knyttes bemerkninger til den kontraktsrettslige metode og rettskildebildet for øvrig. Innledningsvis vil det derfor først gis en generell redegjørelse av kontraktsrettslig metode i punkt 2. Rettskildene i avtaletolkningslæren er ulovfestede. Betydningen av dette kommenteres i punkt 2.2, hvor det også gis oversikt over rettskildebildet.

For å sette klarhetskravet i en rettslig kontekst, vil det i punkt 3 redegjøres for hva uklarhet er, hvordan dette kan defineres og hva som er årsaken til uklarheter i entrepriserett.

Temaet angår kontrakter inngått etter reglene om offentlige anskaffelser. Reglene om offentlig anskaffelser vil bli redegjort for under kapittel 4.

Avhandlingens tema er klarhetskravet. I punkt 5 vil klarhetskravets innhold og rekkevidde belyses. Dette gjøres først ved å redegjøre for uklarhetsregelens innhold og hensyn i punkt 5.2. Deretter redegjøres det for forfatterregelen, uklarhetsregelens subsidiaritet og det alminnelige utgangspunktet om objektiv tolking, jf. punkt 5.3, 5.4 og 5.5. I punkt 5.6 analyseres klarhetskravet i lys av Høyesterettspraksis. Ved fastleggelsen av rekkevidden for klarhetskravet oppstår spørsmål om dens forhold til subjektive oppfatninger og rimelighetsbetraktninger. Dette redegjøres for i punkt 5.7 og 5.8. Avslutningsvis følger en oppsummering i punkt 6.

¹⁵ For skillet mellom standarddokumenter og «agreed documents», se Huser side 505 flg.

2 Rettskildebildet og kontraktsrettslig metode

2.1.1 Metode

Det er tre hovedspørsmål som aktualiseres i kontraktsretten: (1) om partene er bundet, (2) innholdet av avtalen og (3) virkningene av bindingen.

Kontraktstolkningens objekt er den konkrete avtalen man står ovenfor – med et foreliggende kontraktsforhold som den primære rettsstiftende kjensgjerning.¹⁶ Avtalebegrepet brukes som en koblingsord mellom de relevante rettsfakta og de rettsvirkningene disse medfører.¹⁷

Avtalene utformes i et pragmatisk perspektiv hvor målet er å angi hvordan rettsforholdet mellom partene skal løses.¹⁸ En konsekvens av dette er at det i en teoretisk fremstilling ikke er mulig å besvare generelt hvordan en avtale skal forstås. Høgberg sammenfatter fenomenet treffende, riktig nok under spørsmålet om avtalens rettskildeverdi:

«(...) På den ene side har kontrakten et grunnleggende normativt innhold. På den annen side er det ingen tvil om at dette innholdet er bundet opp av en ytre form og at denne formen i en viss forstand er avgjørende for innholdet. Tolkning av kontrakter handler både om å kartlegge de ytre fragmenter (både tolkningsgjenstand og tolkningsmidler) og hva disse går ut på hver for seg (noe som må anses som fortolkning av fakta), samt å harmonisere disse i forhold til hverandre (noe som overskrider den rene fortolkning av fakta).¹⁹

Høgberg konkluderer med at avtalen, og forutsetningsvis de tolkningsreglene som anvendes for å tolke avtalen, dermed står i en mellomposisjon og i et spennfelt mellom faktum og rettskildenormer. Hensikten med denne påpekingen strekker seg ikke lenger enn å bare belyse at avtalen i seg selv er et pragmatisk verktøy som i stor grad styres av den bakenforliggende «referanseramme».²⁰

¹⁶ Giertsen side 115

¹⁷ Woxholt side 116-119

¹⁸ Alf Petter Høgberg, *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Oslo 2006, side 191

¹⁹ Høgberg side 83

²⁰ Begrepet «referanseramme» er hentet hos Kristian Huser, *Avtaletolkning: En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*, Bergen 1983, side 370.

Hvordan bindende kontrakter skal tolkes kalles for avtaletolkningslære.²¹ Systematiseringen av tolkningslæren innenfor rettskildelærens paradigme er forskjellig fra teoretiker til teoretiker. Høgberg taler om tre hovedelementer innenfor tolkningslæren: (1) tolkningsteorier – som angir teorier om tolkningsprosessens mål, (2) tolkningsdata – som er de relevante omstendigheter som kan trekkes inn i tolkningen. Enkelte teoretikere skiller mellom selve tolkningsdataene og de slutningene som tolkningsdataene gir grunnlag for, og kaller det sistnevnte for tolkningsmomenter.²² Den tredje kategorien er (3) tolkningsregler. Disse er subsidiære regler som kommer i anvendelse dersom man ut fra tolkningsteorier og tolkningsdata ikke er i stand til å utpeke et bestemt resultat.²³

Høgberg fremholder videre at det blant dagens avtaletolkningsteoretikere er enighet om at det er den objektive tolkningsteorien som gjelder. Den objektive tolkningsteorien ligger i forlengelsen av erklæringsteorien «*som tar sikte på å beskytte mottagers berettigede forventninger*».²⁴ Den objektive tolkningsteorien står i opposisjon til både bokstavfortolkning og den subjektive tolkningsteorien. Bokstavfortolkning går ut på en ren ordlydstolking, mens den subjektive tolkningsteorien angir at målet er å «*kartlegge en av partenes vilje (hva enten dette er avgivers vilje (viljesteori) eller mottagers faktiske tillit (tillitsteori))*».²⁵

Tolkningsdata kan relatere seg til opplysninger om anbudsdokumenter, suppleringer og annen lovlig kommunikasjon, omstendighetene før avtaleinngåelsen, bransjepraksis, kontraktens formål, etterfølgende forhold, bakgrunnsrett, andre reelle hensyn m.v. Fra ett eller flere tolkningsdata kan det sluttes et tolkningsmoment som utgjør et argument for eller mot et gitt tolkningsalternativ. Slutningsprosessen er imidlertid beheftet med betydelig usikkerhet. Ofte vil tolkningsdataene gi grunnlag for tolkningsmomenter som trekker i forskjellige retning.

Tolkningsreglene angir normer for hvilken tolkningsalternativ man skal velge for det tilfellet at tolkningsteori og tolkningsdataene ikke gir anvisning på hvilken tolkningsalternativ som

²¹ Høgberg side 15.

²² Høgberg side 15 med videre henvisninger.

²³ Høgberg side 21.

²⁴ Høgberg side 16.

²⁵ Høgberg side 16.

skal velges. Det finnes flere ulike tolkningsregler, slik som uklarhetsregelen og minimumsregelen.

Høgberg fremholder videre at både tolkningsgjenstanden og tolkningsmidlene selv er et resultat av en forutgående fortolkningsprosess. En prosess som er avsluttet før noen juridisk fortolkning overhodet kan finne sted.²⁶ Dette er også essensen i den radikale hermeneutikkens budskap slik denne er tematisert av Gadamer: vi har ikke tilgang på virkeligheten selv, bare fortolkninger gjort med og i språk.²⁷ Det er dette som ligger i at primærkildene bygger på hermeneutiske kilder.

For sammenhengens del påpekes det at ofte vil tolkningsreglene «overlappe» også deler av vedtagelseslæren. Krüger fremholder i den sammenheng at «*[uventede] og atypiske klausuler i kontraktsdokumentasjonens randsone vil i mange tilfelle enten kunne anses ikke vedtatt – eller vedtatt men underlagt restriktiv og innskrenkende fortolkning.*»²⁸ Det faller imidlertid utenfor oppgavens tema å forsøke å systematisere dette skillet. Dette har sammenheng med at det neppe ville hatt særlig praktisk interesse i en normanalyse innenfor en avgrenset kontraktstype som dette, siden reglene om offentlig anskaffelser skiller nokså tydelig mellom vedtagelse/binding og innholdet av slik vedtagelse/binding, jf. punkt 4. Noe annet er at avtalemekanismen legger føringer ikke bare på reglene om vedtagelseslæren, men også på tolkningen av disse avtaler.²⁹ Dette er også bakgrunnen for at jeg nedenfor i punkt 4 og 5 skal gjennomgå reglene om offentlig anskaffelse, og hvordan innvirkning disse har for avtaletolkningen.

2.1.2 Rettskilder

Avtaletolkningens rettskilder fremgår av ulovfestet rett, på samme måte som for lovtolkningsspørsmål.³⁰ Argumentasjonsmønsteret til Høyesterett blir derfor en fremtredende rettskilde. Det er imidlertid sjeldent at Høyesterett gir prinsipielle uttalelser om hvordan avtaler skal tolkes. For å kunne identifisere hovedlinjene for argumentasjonsmønsteret må derfor et større antall dommer analyseres.

²⁶ Høgberg side 109

²⁷ Hans Georg Gadamer, *Sannhed og metode*, Århus 2004, side 363-461

²⁸ Kai Krüger, *Norsk Kontraksrett*, Bergen 1989, side 505

²⁹ Høgberg side 108

³⁰ Krüger side 505. Se også Giertsen side 114 og Høgberg side 79 med videre henvisninger.

Rettskildebildet vil imidlertid alltid være ufullstendig, ettersom vi kun har de formelle domsgrunnene å bygge på.³¹ Kritikken til domstolsbasert avtaletolkningslære bygger på en forutsetning om at dommerne allerede før domspremissene skrives har tatt standpunkt til saken. Premissene i domsgrunnene skrives således med sikte på å forankre resultatet rettslig. En slik tilnærming resulterer i at man gir normativ kraft også til den del av overveielsene som vi ikke har tilgang på. I teori er det særlig Ross som har problematisert dette ved utviklingen av teorien om fasadelegitimasjon. Fasadelegitimasjon går i hovedsak ut på at:

«Når de samvirkende faktorer – den formelle og den materielle rettsbevissthet i forbindelse med opfattelser af lovens ord, formål. Virkning m.m. – har virket inn på dommens sind og bestemt ham for en afgjørelse, bygges der en facadelegitimasjon op, der i højere eller mindre grad afgiver fra det der virkelig har bestemt dommeren.»³²

Fasadelegitimasjonsteorien har to sider. Den ene siden angir at det finnes viktige momenter som ikke er nevnt i dommen, mens den andre siden angir at man ikke trenger å ta det som står skrevet i dommen bokstavelig. Den andre siden av læren kalles undertiden kamuflasjetesen.³³

Eckhoffs andre innvending bygger på at dommerne har større evne til å treffe materielt gode resultater, enn til å uttale seg om generelle verdiprinsipper som de bygger sitt slutningsgrunnlag på. Deres hovedoppgave er å avsi dom i en konkret sak.³⁴

Dommens konklusjon har i utgangspunktet kun inter-partes bindende virkning. Når dommen tillegges vekt som prejudikat, vil de premissene og synspunktene i domspremissene bli brukt som argumentasjonsmateriale i senere saker, eller for å fastslå hva som er gjeldende rett. Fleischer omtaler dette som et «biprodukt» av den inter-partes rettsvirkningen.³⁵ Skoghøy fremholder i den sammenheng treffende at tekstkildenes intensjonsdybde således må tas i

³¹ Krüger 505 flg.

³² Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, København 1953, side 179.

³³ Knut Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Oslo 2002, side 363-366.

³⁴ Carl August Fleischer, *Rettskilder*, Oslo 1995, side 170

³⁵ Fleischer side 170 flg.

betraktning ved slutningsprosessen.³⁶ Rettsavgjørelser kan med andre ord ikke undergis den samme «*harde ordlydsfortolkningen*» som eksempelvis lovteksters ordlyd.

Alt dette får betydning for hvilken prejudikatsvirkning en dom, eventuelt en domspremiss, kan tillegges. Med prejudikatsvirkning menes at dommen binder den videre rettsanvendelsen.

Det er særlig fire høyesterettsdommer som er sentrale i utviklingen av klarhetskravet: Rt 2003 s. 1531 (Veidekke-dommen), Rt 2007 s.1489 (Byggholt-dommen), Rt 2012 s. 1729 (Mika-dommen) og HR 2019 s. 830 A (Magne Sveen-dommen). Disse vil derfor bli viet atskillig oppmerksomhet. Det foreligger også en del underrettspraksis vedrørende klarhetskravet. Disse har opplysningsverdi, og vil bli vist til der det passer.

Entreprisesrett er et felt som skaper mange tvister, et særpreg ved dette feltet er at mange tvister avgjøres ved voldgiftsbehandling. Av den grunn vil det også være aktuelt å vise til uttalelser fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd (heretter BFJR), selv om disse ikke har noen direkte prejudikatsverdi.

Avhandlingen omfatter kontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket.

Anskaffelsesregelverket er betegnelsen på de lover og regler som regulerer offentlige anskaffelser. Regelverket består i all hovedsak av lov om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesloven)³⁷, forskrift om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesforskriften eller FOA)³⁸, innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (forsyningsforskriften)³⁹ og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften)⁴⁰.

Regelverket gjenspeiler Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Norske regler om offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdiene er bygget på EUs anskaffelsesdirektiver 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet) og 2004/17/EF (forsyningsdirektivet). Terskelverdier er

³⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Retts og rettsanvendelse*, Oslo 2018, side 239

³⁷ Lov 1. januar 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

³⁸ Forskrift 1. januar 2017 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

³⁹ Forskrift 1. januar 2017 nr. 9745 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften)

⁴⁰ Forskrift 1. januar 2003 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

betegnelsen på verdien av anskaffelsen som utløser en plikt til å inngå anskaffelsen etter reglene om anskaffelsesforskriften del III.

I EU/EØS-retten gjelder det et lojalitetsprinsipp. Dette lojalitetsprinsippet går ut på at nasjonale rettsanvendere skal forsøke å komme til et tolkningsresultat som er i samsvar med EU/EØS-retten ved anvendelse av nasjonal lov. EFTA domstolen har i sak E-1/07 (A) lagt til grunn at EØS-avtalen gir grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning. I dommen inntatt i Rt 2000 s. 1811 (Finanger 1) fant Høyesterett at EU/EØS-rettens prinsipp om konform tolkning ikke rekker lengre enn presumsjonsprinsippet slik den gjelder i Norge. Presumsjonsprinsippet er både en tolkningsprinsipp og en vektleggingsprinsipp, ved at den angir at lovbestemmelser skal så vidt mulig gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det foreligger to ulike tolkningsalternativer, hvor det ene tolkningsalternativet er i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene til Norge, skal denne legges til grunn. EUs regelverk om offentlige anskaffelser blir dermed en sentral tolkningsfaktor ved tolkningen av det norske anskaffelsesregelverket, spesielt regler som kommer til anvendelse på anskaffelser over EØS-terskelverdier. Gjennom dette blir også EU-domstolens avgjørelse sentrale kilder. EU-domstolens betydning for tolkningen av EØS-rettskilder kommer også til uttrykk i EØS-avtalens artikkel 6.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) er et uavhengig statlig rådgivende organ som behandler klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. anskaffelsesloven § 11 og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1. Rådgivende uttalelser binder ikke partene rettslig, og deres rettskildemessige vekt må sees i lys av det. At KOFA uttalelser er relevante, vises blant annet ved at også Høyesterett henviser til disse, se for eksempel Rt 2003 s. 1531 (Veidekke) avsnitt 43.

3 Hva er uklarhet?

3.1 Innledning

Innledningsvis i dette kapittelet skal jeg definere uklarhet. Deretter skal jeg redegjøre for de ulike måtene å kategorisere uklarheter på. Det er ikke nødvendig å operere med sylskarpe skiller mellom de ulike kategoriene av uklarhet, med mindre det er tale om logiske motstrid

og lakuner.⁴¹ Hvordan uklarheten klassifiseres vil imidlertid kunne legge førende premisser for den videre avtaletolkningen, og således også for anvendelsen av subsidiære tolkningsregler.

Avslutningsvis skal jeg belyse de ulike årsakene til at uklarhet kan oppstå.

3.2 Uklarhet i kontrakt

Klarhetskravet kommer til anvendelse i de tilfellene hvor «ordlyden ikke trekker i noen bestemt retning i forhold til tolkningsspørsmålet».⁴²

Motsetningsvis innebærer en klar ordlyd at «kontraktsdokumentets ordlyd trekker i retning av et bestemt tolkningsresultat».⁴³ Hopsnes definerer uklarhet som når det aktuelle utsagnet gir grunnlag for mer enn én forståelse.⁴⁴ Normalt vil partene anføre to uforenelige påstander hvor ikke begge kan gis fullt medhold.

Uklarhetsbegrepet som legges til grunn her innebærer at kontraktens ordlyd ikke vil være uklar i seg selv. Ordlyden må sees i sammenheng med et foreliggende tolkningsspørsmål. Dette innebærer at spørsmålet om noe er uklart vil være relativt. Høgberg angir at «den klareste kontrakten y kan være uklar på punktet x».⁴⁵ Dette var tilfellet i dommen inntatt i Rt 1970 s. 1340. Høyesterett mente at kontraktens ordlyd var klar i en relasjon, men uklar i en annen. Høyesterett valgte å presisere der hvor ordlyden var uklar, men vek tilbake fra å korrigere kontraktens ordlyd i relasjon til det punktet hvor kontrakten var klar.

Spørsmålet om ordlyden er uklar beror på en konkret tolking med utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen av ordlyden. Med ordlyd forstås «den umiddelbare betydningen av avtaledokumentets tekst etter alminnelige språknormer».⁴⁶ Enkelte forfattere presiserer dette ved å angi at ordlyd er den «naturlig språklig forståelsen».⁴⁷ Dette er i seg

⁴¹ Høgberg side 300-301

⁴² Høgberg side 41

⁴³ Høgberg side 65

⁴⁴ Roald Hopsnes, «Lojalitetsbetraktninger ved tolkning av avtaler inngått etter anskaffelsesforskriften. I: Undring og erkjennelse» i *Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013 s. 221–234 (side 223)

⁴⁵ Høgberg side 40

⁴⁶ Høgberg s 38-39

⁴⁷ Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2002, s. 112

selv ikke avgjørende for anvendelsen av uklarhetsregelen. Se og under, i punkt 5.4 om uklarhetsregelens subsidiaritet.

3.3 Ulike typer uklarheter

Det er flere ulike forhold som kan medføre uklarhet. De klassiske inndelingene for uklarhet/flertydighet er: randsoneproblematikk, semantisk flertydighet, syntaktisk flertydighet og pragmatisk flertydighet. I tillegg kan det forekomme ulike former for logiske problemer og taushet. /lakuner. Disse vil gjennomgå i det følgende.

3.3.1 Randsoneproblematikk

Randsoneproblematikk er en følge av de tradisjonelle problemene for analytisk språkteori. Uklarheten springer ut fra det grunnleggende problemet om manglende naturgitt kobling mellom slutning fra tekst. Det språklige uttrykket er ikke nødvendigvis det samme som dets betydning. Kjernen i ord og uttrykk kan i og for seg være klart. Men i randsonen vil teksten kunne være uklar. I slike tilfeller vil ikke de alminnelige konvensjoner for språkbruk lenger tilføre betydning i hva ordet dekker. Det er eksempelvis uklart om en mengde med trær er tilstrekkelig for å kalle det for en skog.

3.3.2 Semantisk flertydighet

Semantisk flertydighet er når enkeltord eller setninger har to eller flere atskilte betydninger.⁴⁸ Dette kan illustreres ved ordet «avtale». Ordet kan henvise til inngått avtale, kontraktsdokument eller det å inngå en kontrakt.

3.3.3 Syntaktisk flertydighet

Syntaktisk flertydighet kan best illustreres ved bruken av «eller». Betegnelsen relaterer seg til grammatikalske strukturer som innebærer at setninger blir flertydig.⁴⁹ Ved tolkingen av setningen «*gifte menn og kvinner til livbåtene*» blir spørsmålet om det er tale om «*gifte menn og gifte kvinner*» eller «*gifte menn og alle kvinner*».

3.3.4 Pragmatisk flertydighet

Pragmatisk flertydighet er når en setning brukes til å utføre flere talehandlinger, eller er egnet til å oppfattes som flere talehandlinger.⁵⁰ Denne kategorien flertydigheter har ikke blitt tematisert i nevneverdig grad i tidligere juridisk teori. Den går kort sagt ut på å skille mellom

⁴⁸ Høgberg side 49, se også woxholt side 414 flg.

⁴⁹ Høgberg side 49, se også woxholt side 414 flg.

⁵⁰ Høgberg side 49.

hva som gjøres i og med utsagnet (illokusjonære talehandlinger) og hvilken ønsket virkninger utsagnet har ut over å formidle selve utsagnet (preklusjonære). Setningen «*sommeren er over*» kan eksempelvis tolkes både som en påstand, beskrivelse, konstatering, beklagelse og eventuelt bebreidelse. Pragmatisk flertydighet er ofte ikke tilstrekkelig i seg selv for å konstatere uklarthet i relasjon til tolkningsspørsmålet, spesielt ikke i kontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelse. Det er også bakgrunnen til at Høgberg er kritisk til bruken av uklarthetsregelen i relasjon til pragmatiske flertydigheter.⁵¹

3.3.5 Logiske motstrid

Logiske motstrid er en betegnelse på to eller flere kontraktsvilkår som strider mot hverandre.⁵²

Hovedregelen er at motstrid i første omgang skal forsøkes å harmoniseres ved harmoniserende tolkning. Dette av hensyn til operasjonalt.⁵³ Den rettspolitiske begrunnelsen for å vektlegge operasjonshensyn er at man antar at partene har ment noe med alle kontraktsdokumentene og de uttalelsene som fremkommer i disse. Motstrid foreligger med andre ord først når utsagnene ikke lar seg forenes gjennom en harmoniseringsprosess.

Eckhoff definerer motstrid i lovtolkningslæren som «*to eller flere relevante regler som knytter forskjellige rettsfølger til samme faktum*».⁵⁴ Motstrid i kontraktsdokumenter defineres på tilsvarende vis.⁵⁵ Simonsen eksemplifiserer dette ved når et «*utsagn 1 bestemmer at debitors vederlag skal indeksjusteres, mens utsagn 2 fastslår at prisen er fast og ikke gjenstand for pris- og lønnsregulering*».⁵⁶

Det er oppstilt prioritetsregler for motstrid i avtaletolkning som forankres i en resonnement som tar utgangspunkt i partenes intensjon.

⁵¹ Høgberg side 300

⁵² Høgberg side 52

⁵³ Lasse Simonsen, «Motstridende utsagn i kontraktsdokumenter», *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 s 266-280, side 267 med videre henvisninger.

⁵⁴ Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, side 343

⁵⁵ Simonsen (2010) side 266.

⁵⁶ Simonsen (2010) side 266.

Norsk kontraktspraksis skiller mellom ekstern og intern motstrid. Ekstern motstrid er når de motstridende utsagnene er gitt i forskjellige dokumenter. Det kan eksempelvis foreligge motstrid mellom beskrivelsesdokumentene og tegningene, slik tilfellet var i Magne Sveendommen. Intern motstrid foreligger når utsagnene fremkommer av samme dokument.⁵⁷ Intern motstrid kan bestå i at dokumentbeskrivelser angir eksempelvis forskjellige størrelser for en og samme prosess.

Bakgrunnen for skillen er at prioritetsreglene ofte tar utgangspunkt i hvor utsagnet fremkommer. For entreprisekontrakter inngått etter reglene om offentlige anskaffelser er det et vilkår om bruk av standardvilkår, jf. FOA §§ 8-12, 15-1 og 19-1. Standardavtalene opererer typisk med et dokumenthierarki.⁵⁸ Slike prioriteringsregler er forholdsvis enkle i seg selv, og bidrar til forutberegnelighet. Ved intern motstrid vil dokumenttilknytningen naturligvis ikke kunne benyttes som prioriteringskriterium. I stedet må man ty til motstridsprinsipper tilsvarende de vi har for lovtolkningsmotstrid: superior-, posterior- og spesialis-prinsippene. Superior prinsippet angir at rettsregler av høyere rang går foran regler av lavere rang. Spesialis prinsippet angir at den spesielle regelen går foran det generelle. Posterior prinsippet angir at den nyeste bestemmelsen går foran den eldre. Til tross for at disse omtales som prioritetsregler så er de ikke noe annet enn enkelte normer.⁵⁹ Huser går langt i å betrakte prioritetsreglene som kun presumsjoner, hvor «*[a]lle slags konkrete omstendigheter kan avkrefte eller avskrekke denne presumsjonen*».⁶⁰ Prioritetsreglene er underlagt avtaletolkningens helhetsperspektiv, og vil etter omstendighetene måtte vike for andre hensyn og prinsipper.

3.3.6 Taushet og lakuner

Taushet i kontrakter er når kontrakten verken direkte eller indirekte regulerer tolkningsspørsmålet eller gir bidrag til tolkingen. Høgberg bruker begrepet lakune på total taushet.⁶¹

⁵⁷ Huser side 574 flg.

⁵⁸ NS 8405 punkt 3, NS 3431 punkt 4 (forgjengeren til NS 8407, tilsvarende bestemmelse inntatt i punk 2.2).

⁵⁹ Simonsen (2010) side 266 og Høgberg side 53 med videre henvisninger.

⁶⁰ Huser side 574.

⁶¹ Høgberg side 54.

Spørsmålet som oppstår i forbindelse med tausheter er om de er tilsiktet, slik at de utelukker utfylling med utgangspunkt i bakgrunnsretten og/eller kontrakten som helhet.⁶² For å ta stilling til om hvorvidt den er tilsiktet eller ikke må kontrakten presiseres ved bruk av den alminnelige avtaletolkningslæren. Dersom det er å anse som en lakune så er ikke ukklarhetsregelen anvendelig. Det er en alminnelig oppfatning at ukklarhetsregelen kommer kun til anvendelse ved tolkning, og gjelder således ikke ved utfylling.⁶³ Ukklarhetsregelen angir kun prioritetsregler mellom ulike tolkningsalternativer, og hjemler ikke oppstilling av tolkningsalternativer.

3.4 Årsaker til ukklarheter i entreprisekontrakter

Karakteristisk for entrepriseforhold er at de normalt er langsiktige. Med dette menes at kontraktsforholdet er ment å vare over en periode av viss varighet. Dette medfører at ytelsene er beheftet med betydelig mer usikkerhet enn eksempelvis de enkleste formene for kjøpekontrakter, som kun går ut på en engangsytelse. Videre så kjennetegnes entrepriseforhold av at entreprenørens ytelse både er komplisert, sammensatt og omfattende. Dette betyr at selve dokumentkomplekset som utgjør selve avtalen, gjerne også blir komplisert, sammensatt og omfattende. I tillegg kan grunn- og værforhold skape ytterligere usikkerhet.⁶⁴

Disse særtrekkene ved entreprisekontrakter gjør det vanskelig å regulere kontraktsforholdet tilstrekkelig presist. Som en følge av dette vil det naturligvis oppstå uenighet mellom partene om hvem som skal bære de økonomiske konsekvensene av at ukklarhetene manifesterer seg.

⁶² Se Amund Bjørnanger Tørum: *Interpretation of commercial contracts*, Oslo 2019, side 160-162 med videre henvisninger for nærmere redegjørelse om utfylling ved tausheter.

⁶³ Høgberg side 301.

⁶⁴ Hagstrøm (2014) side 21.

4 Kontraktsinngåelse etter reglene om offentlig anskaffelse

4.1 Innledning

Temaets problemstilling angår klarhetskravets betydning, innhold og rekkevidde for kontrakter som er inngått etter reglene om offentlig anskaffelse. Anskaffelsesregelverket regulerer avtaleinngåelse og brudd på disse reglene. Denne fasen kalles også for anbudsfasen.

Tolkningslæren angir at avtalesituasjonen er av betydning ved tolking av avtaler, slik dette er belyst under metodekapittelet.⁶⁵ Anskaffelsesregelverket får således både faktiske og rettslige konsekvenser for tolking av entreprisekontrakter. I dette kapittelet skal jeg redegjøre for anskaffelsesregelverkets særtrekk, og hvordan disse antas å få betydning for tolking av entreprisekontrakter. Siktemålet er å belyse hvilken særlige hensyn som gjør seg gjeldende, og som også i neste rekke vil få rettslig betydning for både slutning- og vektfasen i avtaletolkning. Det sistnevnte kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 5.

I det følgende skal det redegjøres om anskaffelsesregelverket. Deretter særtrekkene ved gjennomføringen av anbudskonkurranse påpekes, før det redegjøres kort for anskaffelsesregelverkets betydning for avtaletolkningen.

4.2 Anskaffelsesregelverket

Som nevnt innledningsvis er anskaffelsesregelverket i stor utstrekning utformet med sikte på å overholde Norges EØS-rettslige forpliktelser. Anskaffelsesregelverket inneholder preseptoriske regler for avtaleinngåelse. Reglene utgjør unntak fra det alminnelige utgangspunktet om avtalefrihet slik denne forutsettes å gjelde for avtaleinngåelse etter avtaleloven og Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra NL 5-1-2.⁶⁶ Avtalefrihet innebærer at enhver kan i henhold til privatautonomien selv bestemme med hvem, hva og hvordan vedkommende vil inngå avtale.

Hovedformålet med regelverket om offentlige anskaffelser er å tilrettelegge for en mest mulig «effektiv bruk av samfunnets ressurser», jf. anskaffelsesloven § 1. En effektiv anskaffelse

⁶⁵ Se punkt 2.1.

⁶⁶ Woxholt side 27. Se også Rt 2014 s.100 (avsnitt 29) med videre henvisninger

innebærer at det offentlige får varer og tjenester som dekker behovet til det offentlige og samtidig har riktig markedspris.

Formålsbestemmelsen angir videre at det offentlige skal opptre med «*integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte*», jf. anskaffelsesloven § 1. Dette vil bidra til å ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.⁶⁷

En konsekvens av at anskaffelsesregelverket skal ivareta mer enn kun hensynet til effektive anskaffelser, er at oppdragsgiver ikke kan velge å unnlate en konkurransekunngjøring kun på grunn av at det ville ha medført økonomiske prosessbesparelser. Dette ble slått fast i klagenemndas sak 2010/165 (Rådgivende Biologer) premiss 22 flg. Oppdragsgiver anførte at kost/nytte-vurderingen tilsa at det ville være svært lite effektivt å kunngjøre en ny konkurranse bare for ett år. Klagenemnda viste til at konkurransereglene i anskaffelsesregelverket ikke bare skal ivareta de rent økonomiske hensynene, men også hensynet til allmennhetens tillitt, samt fremme likebehandling mellom private leverandører, jf. anskaffelsesloven § 1 og § 4. Dersom anskaffelser skal foretas uten konkurranse må vilkårene i FOA § 13-4 være oppfylt. Vilkårene angir tilfeller som gjør det praktisk umulig å skape konkurranse om anskaffelsen.⁶⁸

Anskaffelsesloven gjelder når det offentlige er «*oppdragsgiver*» og oppdraget har en anslått verdi som er «*lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. merverdiavgift*», jf. anskaffelsesloven § 2, se også anskaffelsesforskriftens del I § 1-2. I utgangspunktet er statlige, fylkeskommunale, kommunale myndigheter og andre offentligrettslige organer å anse som offentlige «*oppdragsgivere*» og dermed omfattet av loven. Enkelte private virksomheter er også underlagt regelverket i særlige tilfeller, jf. anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriftens del I § 1-2. Regelverket gjelder for «*vare- tjenste- eller bygge- og anleggskontrakter*». Avhandlingen er begrenset til å kun omfatte entreprisekontrakter om bygg og anlegg, jf. punkt 1.2 om avgrensninger.

⁶⁷ Innst.358 L (2015-2016) s. 16 Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

⁶⁸ Rundskriv til reglene om offentlige anskaffelser, P-2017-933 (P-933)

Personer som utlyser anbud, betegnes ofte som innbyder, oppdragsgiver, byggherre eller anbyder. De som inngir tilbudene omtales som tilbydere, tilbydsgivere, entreprenør eller anbyder.

De grunnleggende prinsippene i norsk anskaffelsesrett er lovfestet i anskaffelsesloven § 4. Prinsippene skal bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål, jf. anskaffelsesloven § 1. Prinsippenes opphav springer ut fra både EU-rettslige anskaffelsesprinsipper og anskaffelsesdirektivene, samt forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Prinsippenes funksjon kan deles i to ulike grupper: de kan oppstille selvstendige rettigheter og plikter, samt at de inngår som momenter ved tolkning av enkeltbestemmelser i regelverket.⁶⁹

Kontrakt anses inngått ved «*tidspunkt for signering av kontrakt*», jf. FOA §§ 13-3 (1) og 22-3 (1), begge annet punktum. Signeringskravet utgjør unntak fra avtalefriheten. Dette innebærer at tildelingsmeddelelsen ikke anses som aksept i henhold til avtalelovens regler, med mindre unntaket om irreversible iverksatte oppfyllelser er gjort.⁷⁰ Bestemmelsen er en konsekvens av karensperioden, som skal bidra til å fremme gjennomsiktighet og kontroll.

4.3 Gjennomføringen av konkurranse om kontrakt

En anbudskonkurranse består gjerne av tre hovedelementer: (1) konkurransegrunnlag, (2) ett eller flere tilbud og (3) en kontraktstildeling.

Anbudskonkurranser går kort sagt ut på at det er flere interesserte entreprenører (medkontrahenter) som leverer tilbud på samme grunnlag (konkurransegrunnlaget). Entreprenørens tilbud er en respons på byggherrens konkurransegrunnlag, mens konkurransegrunnlaget angir det arbeidet som er lyst ut i konkurransen. Det som gjenstår for entreprenøren å angi i sitt tilbud er hovedsakelig prisen.⁷¹ Byggherrens konkurransegrunnlag må derfor være utformet slik at det ikke oppstår tvist om hva som skal innregnes i kontraktssummen underveis i arbeidet. Tilbudene skal leveres innen en fastsatt frist.

⁶⁹ KOFA-2019/413

⁷⁰ KOFA saker 2005/189 (Medi3) premiss 61, 2008/137 (Fuglesang-Dahl) premiss 22 og 2009/112 (Trio Entreprenør) premiss 38 flg

⁷¹ Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013, side 51. Se også Ragnar Knoph, Kåre Lilleholt og Johs. Andenæs, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave, Oslo 2014, side 230 flg.

Det skilles mellom åpne og lukkede anbudskonkurranser. Åpen anbudskonkurranse innebærer at entreprenører i alminnelighet oppfordres til å gi tilbud. Motsetningsvis så innebærer lukkede anbudskonkurranser at kun innbudte entreprenører får inngi tilbud.⁷²

Konkurranse bidrar til at prisene holdes lavt og fremmer effektivitet hos foretakene, noe som er ønskelig ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. For å oppnå dette så kan ikke de innbyrdes konkurrerende entreprenørene vite hva andre tilbydere tilbyr. Dette er bakgrunnen for at konkurranseloven⁷³ § 10 angir et forbud mot samarbeid som hindrer konkurranse.⁷⁴

Tolkningstvil knyttet til prosjektets enheter kan normalt avklares før avtaleinngåelse. Ved anbudskonkurranser er det imidlertid begrensede muligheter for å kommunisere. På dette punktet er også regelverket kritisert i juridisk teori med henvisning til at den bryter med nordisk avtaleinngåelsespraksis.⁷⁵ Anbudsregelverket skiller mellom anbudskonkurranser med og uten forhandlinger, jf. FOA § 9-3, sml. FOA § 13-1.⁷⁶

Er oppdragets verdi det samme eller over terskelnivå så er forhandlingsmulighetene i utgangspunktet avskåret, jf. FOA § 13-1. FOA § 5-3 angir de gjeldende EU/EØS-terskelverdiene. Det er antatt større risiko for å bryte de grunnleggende kravene til anskaffelsesloven § 4, herunder kravene til likebehandling og gjennomsiktighet, ved konkurranse med forhandlinger.⁷⁷ Forhandlingsforbudet skal sikre likebehandling og forutberegnelighet, samt hindre muligheter for å spekulere i uklarheter ved tilbudene.⁷⁸

Unntak kan følge av FOA §§ 13-2 eller 13-3.⁷⁹ Unntaksbestemmelsen er ment å dekke de tilfellene hvor det er stor behov for å kommunisere og føre forhandlinger. Forhandlingene

⁷² Hagstrøm (2014) side 22

⁷³ Lov 1. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

⁷⁴ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 225 flg. Se også P-2017-933 (P-933) side 54

⁷⁵ Krüger (2010) side 113

⁷⁶ Se også NS 8400 og NS 8410 som angir de privatrettslig anbudsreglene med og uten forhandlinger.

⁷⁷ Dragsten side 287

⁷⁸ Rt 2003 s.1531 (Veidekke) avsnitt 43-44.

⁷⁹ Det samme er slått fast i EU-domstolens sak C-328/92 (Kommissjonen/Spania) og sak C-84/03 (Kommissjonen/Spania) premiss 48.

som kan skje etter anbudsregelverket er snevrere enn det som kan skje etter privatrettslige forhandlinger. På grunn av dette anses forhandlingsforbud som hovedregelen.⁸⁰

Grensen mellom lovlige avklaringer og forhandlinger kan imidlertid være uklart.⁸¹ For det første kan det tenkes at spørsmål vedrørende uklarheter avklares ved befaringer arrangert av byggherren, eller at tilbydere stiller spørsmål til byggherren i forkant. I slike tilfeller kan «*ikke (...) vesentlige*» rettelsler, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget justeres etter FOA § 14-2.

For det andre, kan tilbydere som oppdager uklarheter innarbeide presiseringer og ta forbehold i tilbudet. Da vil byggherren bindes av entreprenørens forståelse ved aksept av tilbud. Dette følger av prioriteringsreglene slik disse er redegjort for ovenfor i punkt 3.3.

Presiseringer og forbehold utgjør imidlertid en betydelig usikkerhetsmoment for entreprenøren på grunn av avvisningsplikten, jf. FOA §§ 24-8 og 9-6.⁸² Dersom tilbudet inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*» har byggherren en plikt til å avvise tilbudet. Dersom disse ikke «*anses ubetydelige*» har oppdragsgiveren er rett til å avvise tilbudet.⁸³ Presumsjonsprinsippet i anbudsretten angir at «*[d]et er en alminnelig presumsjon i anbudsretten for at et anbud stemmer med grunnlaget*».⁸⁴ Men prinsippet gjelder ikke ved direkte motstrid mellom tilbud og konkurransegrunnlaget. Motstriden kan eksempelvis bestå i at konkurransegrunnlaget beskriver en bestemt utførelse, mens tilbyderen i sitt tilbud har beskrevet en annen utførelse. FOA § 21-1 andre ledd bokstav a angir at oppdragsgiver ikke kan avklare en uklarhet knyttet til om hvorvidt det foreligger et vesentlig avvik eller forbehold i et tilbud. Likebehandlingsprinsippet i anbudssituasjoner taler således for at man tolker

⁸⁰ Haaskjold (2017) side 510.

⁸¹ NOU 2014: 4 enklere regler – bedre anskaffelser side 150 flg.

⁸² Tilsvarende regler gjelder for private anskaffelser etter NS 8400 og NS 8410, begge punkt 5.1.3 første ledd.

⁸³ For nærmere redegjørelse av grensene for når det foreligger avvik eller forbehold i et tilbud se Morten Goller, «Vesentlige avvik og forbehold», *Tidsskrift for forretningsjus*, Oslo 2010 s. 97-129.

⁸⁴ Krüger (1989) side 110-111. Dette følger også implisitt av reglene om avvisning etter FOA §§ 24-8 og 9-6.

uklarheten mot tilbyder, slik at det leder til avvisning. Dette harmonerer også med uklarhetsregelens løsning.⁸⁵

For det tredje kan det tenkes at avklaringer finner sted med den enkelte tilbyder. Adgangen til dette er imidlertid meget snevert, FOA § 23-5. Tilbudets substans kan ikke «forbedres» for å oppnå tilpasning til konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 23-5 andre ledd.⁸⁶ Tilbudet kan heller ikke endres av hensyn til likhetsprinsippet slik den fremgår av anskaffelsesloven § 4.

Som det fremgår av dette punktet, har anbudskonkurranser en åpenbar ulempe i at byggherrens handlingsrom er svært begrenset dersom tilbudene inneholder feil, uklarheter eller lignende. Tilsvarende, har tilbyderne begrensede muligheter innenfor anbudskonkurransens strenge regime, og ofte innenfor korte frister, til å avklare uklarheter i det som ofte er omfangsrike kontrakter. Dette er bakgrunnen for ganske strenge anskaffelsesrettslige krav til klarhet i konkurransegrunnlaget.

4.4 Anskaffelsesrettslige krav til klarhet i konkurransegrunnlaget

Anskaffelsesloven § 5 angir de grunnleggende prinsippene som gjelder på anskaffelsesrettens område. Dragsten fremholder at kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 5 innebærer at konkurransegrunnlaget skal være tilstrekkelig klart, nøyaktig og utvetydig utformet.⁸⁷ Et slikt krav følger forutsetningsvis også av anskaffelsesforskriftens §§ 8-4 tredje ledd og 14-1 femte ledd, som angir at «[o]ppdragsgiveren har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget».

Risikoplasseringen medfører ifølge forarbeidene en kodifisering av rettspraksis, herunder Byggholt-dommen og Mika-dommen, og utgjør motstykket til tilbyderens risiko for uklarheter i tilbudet, jf. FOA §§ 23-3 og 9-1 andre ledd.⁸⁸ I de nevnte dommene uttales det at konkurransegrunnlaget må være «grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse».⁸⁹

⁸⁵ Goller side 113

⁸⁶ Se også P-2017-933 (P-933) side 269 flg.

⁸⁷ Dragsten side 314

⁸⁸ NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser s. 175 flg.

⁸⁹ Rt 2007 s.1489 (Byggholt) avsnitt 61 og Rt 2012 s.1729 (Mika) avsnitt 62.

Det nærmere innholdet i klarhetskravet i anbudsfasen er presisert i EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar) premiss 109 og KOFA-2012-17 premiss 40.

Av disse fremgår det at konkurransegrunnlaget skal være formulert slik at det er mulig for alle «rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører» å forstå vilkårenes rekkevidde nøyaktig og på samme måte. Bakgrunnen for et slikt krav må sees på i lys av næringslivets behov for forutberegnelighet.⁹⁰ Derneft forutsetter effektivitetshensynet i markedet at innbyderne likebehandles for å kunne konkurrere på effektive vilkår. Et klart konkurransegrunnlag er således en grunnleggende forutsetning for effektivitet ved at tilbyderne gis de riktige forutsetningene for å komme med et tilbud som reelt sett svarer til konkurransegrunnlaget. På denne måten er klarhetskravet også med på å sikre leverandørenes rettssikkerhet.

Konsekvensene av et uklart eller ufullstendig konkurransegrunnlag er ikke regulert i regelverket. I KOFA-saken inntatt i KOFA-2010-157 premiss 44 fremgår det at et uklart konkurransegrunnlag kan være i strid med prinsippet om forutberegnelighet slik den er nedfelt i anskaffelsesloven § 4 og medføre avlysningsplikt.

4.5 Anskaffelsesreglens betydning for kontraktsrettslige spørsmål

Regelverket om offentlige anskaffelser regulerer i utgangspunktet kun prosedyren frem til bindende avtale inngås. Den videre kontraktsfasen reguleres av kontraktsretten.⁹¹ Dette er også slått fast i to Høyesterettsavgjørelser. Dommene inntatt i Rt 2001 s. 1288 (PEAB) og Rt 2005 s. 1481 (SØRDAL) forutsetter begge at anbudsfeil ikke tillegges vekt når kontrakten skal tolkes.

Det er imidlertid ikke mulig å separere anskaffelsesregelverket fra kontraktsfasen i sin helhet. Et sentralt element ved fastleggelsen av hvilken berettiget forventning partene kan sies å ha er forholdene rundt avtaleinngåelsen. De prekontraktuelle pliktene som anskaffelsesregelverket oppstiller før og under avtaleinngåelsen får dermed indirekte betydning for tolkning av

⁹⁰ Se Høgberg side 129 vedrørende kommersielle kontrakters behov.

⁹¹ Hagstrøm (2014) side 159 med videre henvisninger.

bindende avtaler. Dette ble uttalt slik i Rt. 2005 s. 1481 (Sørdal), med henvisning til PEAB dommen⁹², uttalt slik:

«Utgangspunktet er klart. En avtale er kontraktsrettslig gyldig mellom partene selv om den innebærer at det foreligger brudd på anbudsrettslige regler som har til formål å sikre like konkurransemuligheter. En annen sak er at de anbudsrettslige regler – blant annet Norsk Standard 3400 – kan ha betydning ved tolkningen av de disposisjoner som innbyder og anbyder foretar. Det vil ofte foreligge en presumsjon for at partene ikke opptrer i strid med de anbudsrettslige regler, jf. dommen i Rt-1994-1222. Men det vil bero på en konkret vurdering hvilken vekt dette momentet har i det enkelte tilfellet. I denne saken får dette tolkningsprinsipp, slik jeg ser det, begrenset selvstendig betydning.», jf. avsnitt 39.

Begge dommene gjaldt spørsmål om det var inngått bindende avtale. Utgangspunktet er dermed at de anskaffelsesrettslige reglene kan få betydning for avtaletolkningsspørsmål. Spørsmålet videre er imidlertid hvordan anskaffelsesregelverket får betydning for kontraktstolkningen.

5 Klarhetskravet

5.1 Innledning

Klarhetskravet er en forsterket og spesifisert versjon av forfatterregelen.⁹³ Forfatterregelen utgjør en spesiell utslag av uklarhetsregelen. Dette kan også formuleres som at forfatterregelen er en spesiell definering av uklarhetsregelen. I dette kapittelet redegjør jeg for hva dette innebærer

Klarhetskravets anvendelsesområde må analyseres på bakgrunn av de hensyn som begrunner den. I det følgende vil det først redegjøres for uklarhetsregelen – de hensyn den bygger på og dens plassering i tolkningslæren. Deretter skal jeg knytte noen korte bemerkninger til utgangspunktet ved fortolkningen – objektiv tolking.

⁹² Rt 2001 s. 1288 (PEAB) side 1298

⁹³ Simonsen side 279

Deretter skal jeg belyse klarhetskravet slik den er anvendt i rettspraksis. Analysen vil ta utgangspunkt i Høyesteretts resonnering i de mest sentrale dommene. Siktemålet er å analysere og redegjøre klarhetskravets anvendelsesområde, hvordan den får utslag i de enkelte sakene og hvilken betydning de anskaffelsesrettslige hensynene får ved anvendelsen av klarhetskravet.

I punkt 5.7 og 5.8 skal jeg redegjøre for spørsmålet om klarhetskravet åpner opp for subjektive oppfatninger og/eller rimelighetsvurderinger. Siktemålet med en slik innfallsvinkel er å angi forholdet mellom de for å belyse klarhetskravets anvendelsesområde og innhold.

5.2 Uklarhetsregelen

Uklarhetsregelen er en subsidiær tolkningsregel som angir at kontrakten ved uklarhet skal tolkes mot den som burde uttalt seg klarere.⁹⁴

Uklarhetsregelen har røtter i romerretten.⁹⁵ Den kan defineres og spesifiseres på flere ulike måter. Teori skiller gjerne mellom generelle og spesielle spesifiseringer.⁹⁶ En generell spesifisering kan finne sted allerede ved defineringen av uklarhetsregelen, slik som hos Huser: «*En avtale bør i tvilstilfelle tolkes mot den av partene, som kan sies å ha størst ansvar for den uklarhet som har forårsaket tolkningstvilen.*»⁹⁷ (min understreking).

De spesielle spesifiseringene definerer uklarhetsregelen med sikte på spesielle typer situasjoner eller typesituasjoner hvor den ene parten burde uttalt seg klarere. I norsk teori er det særlig to grunner som ofte anføres for at den ene parten burde uttalt seg klarere: at den ene parten har forfattet avtalen eller innehar særlig kyndighet.⁹⁸ Dette har gitt utslag i spesifiserte former for uklarhetsregelen: forfatterregelen og kyndighetsregelen.

I uklarhetsregelen ligger det en form for skyldfordeling. Vedkommende som burde uttalt seg klarere får avtalen tolket mot seg. I et metaperspektiv fremstår uklarhetsregelens tolkningsresultat slik som en sanksjon på manglende etterfølgelse av en konstruert norm som oppstilles for partene. På denne måten kan regelen også begrunnes ved

⁹⁴ Høgberg side 296. Se også Mads Henry Andenæs; *Rettskildelære*, Bergen (1997) side 173.

⁹⁵ Huser side 553

⁹⁶ Høgberg side 296 flg., Huser side 561,

⁹⁷ Huser side 553

⁹⁸ Høgberg side 296

rimelighetsbetraktninger om at den som har størst foranledning til å unngå uklarheten også bærer risikoen av at den manifesterer seg. Det er imidlertid ikke et vilkår at det foreligger en culpøs handling for anvendelsen av uklarhetsregelen. Uklarhetsregelen begrunnelse kan også søkes i dens preventive og disiplinerende effekt. Dens eksistens fører til at den som er pålagt risikoen for eventuelle uklarheter, må etterstrebe å uttale seg klart for å få gjennomslag for sin løsning.⁹⁹

5.3 Forfatterregelen

Forfatterregelen går ut på at «*kontrakten skal tolkes mot den part som har forfattet avtalen*».¹⁰⁰ Forfatterregelens begrunnelse ligger i forlengelsen av uklarhetsregelens. Dette innebærer at de samme hensyn som begrunner uklarhetsregelen også gjør seg gjeldende for forfatterregelen. I forfatterregelen ligger det en antagelse om at den som forfatter avtalen ønsker å gjøre den mest mulig gunstig for seg selv, og sånn sett ivaretar sine egne interesser mer enn motpartens. Ved anvendelsen av vil man kunne bevare det likevektsforholdet som burde preget kontrakten. Forfatterregelen gjelder for både parten som selv forfatter avtalen, og advokat engasjert av parten(e).¹⁰¹

Tørum er kritisk til anvendelse av uklarhetsregelen i kommersielle kontrakter fordi den undergraver utgangspunktet om objektiv tolkningstilnærming.¹⁰² I stedet for å anerkjenne at den objektive tolkingen fører til en klar løsning på tolknings spørsmålet, så åpner anvendelsen av uklarhetsregelen opp for at dommeren kan komme til en annen løsning ved å konstruere en uklarhet.

I følge Høgberg passer forfatterregelen best på «*kontrakter som har blitt til etter den klassiske tilbud-aksept modellen som avtaleloven legger opp til*».¹⁰³ Det er nærliggende å konkludere med at forfatterregelen- og klarhetskravets anvendelsesområde begrenser seg til kontrakter inngått etter en slik modell. Slik det ble fremholdt i punkt 1.1, er avtaleinngåelse etter anskaffelsesregelverket bygget på tilbud-aksept modell.

⁹⁹ Høgberg side 298

¹⁰⁰ Høgberg side 303

¹⁰¹ Rt 1978 s. 131, Rt 1958 s. 158, Rt 1938 s. 525 og Rt 1891 s. 377

¹⁰² Tørum side 133

¹⁰³ Huser side 306

I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål ved om hvorvidt klarhetskravet kommer til anvendelse på anbudskontrakter som tildeles ved forhandling (eventuelt forhandling etter de privatrettslige anbudsreglene). Ved forhandlinger etter anbudsregelverket er det imidlertid nokså klart å spore hvilken part som har stått for de ulike formuleringene.

5.4 Uklarhetsregelens subsidiaritet

Uklarhetsregelen gjelder ikke ved vedtagelseslæren. Den kommer således kun til anvendelse ved tolking av bindende avtaler som er uklare. De tilfellene hvor det i rettspraksis uttales at en part burde uttalt seg tydeligere, skulle hans forutsetninger eventuelt kunne blitt gjort til en bindende del av avtalen, er altså ikke en anvendelse av uklarhetsregelen.¹⁰⁴ Ved tolking av innholdet i kontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket – etter anbudsfasen – er forutsetningen at det er inngått bindende avtale. I Byggholt avsnitt 61 spesifiseres skillen:

«uenigheten om hva som ligger i et anbud, inntreter etter anbudskonkurransen som er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, vil det som utgangspunkt ikke være adgang til å endre kontraktsvilkårene. Dette gjelder særlig vilkårene som har med prissettingen å gjøre. Dette følger av § 9-1 og § 16-1 i forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001, som gjaldt for dette anbudet. Uenighet av denne karakter kan bare innen meget snevre rammer finne sin løsning gjennom avklarende møter mv., men må fortrinnsvis løses som andre tolkningsspørsmål – enten ved bruk av oppmannsordningen i standardvilkårene, ved voldgift dersom dette er avtalt, eller gjennom domstolsbehandling.»

Dette innebærer at tolkningsregelen bare kommer til anvendelse dersom man ut fra tolkningsteorier og tolkningsdata ikke er i stand til å utpeke et bestemt resultat. Det er også dette som ligger i dens subsidiære karakter. Uklarhetsregelens anvendelse medfører en presisering av ordlyden, og ikke korrigerende eller utfyllende. Det er ikke tale om en anvendelse av uklarhetsregelen når ordlyden tolkes innskrenkende eller utvidende.¹⁰⁵

Den teoretiske skillen blir desto tydeligere dersom man oppstiller spørsmål om forfatterregelen og erklæringsprinsippet er i motstrid. Erklæringsprinsippet er det alminnelige

¹⁰⁴ Huser side 553 - 554.

¹⁰⁵ Høgberg side 299 med videre henvisninger.

utgangspunktet i norsk rett.¹⁰⁶ Erklæringsprinsippet angir at det er verken den ene parts vilje eller den annen parts tillitt som er avgjørende for innholdet av en erklæring, men hvilken berettiget forventning erklæringen skaper hos mottakeren. Teoretisk sett deler erklæringsprinsippet risikoen mellom avsender og mottager av det enkelte utsagn, mens forfatterregelen plasserer hele risikoen på avsenderen av utsagnet. Det foreligger imidlertid ingen naturlig motstrid mellom disse, siden erklæringsprinsippet kun får anvendelse når det på basis av foreliggende tolkningsdata er mulig å si noe om mottakers berettiget forventning. Forutsetningen for å foreta en risikobasert tolkning, herunder anvende forfatterregelen og klarhetskravet, er at det ikke er mulig å kartlegge en berettiget forventning hos mottakeren av utsagnet.

Dette har mye for seg, siden ukklarhetsregelen og forfatterregelen utelukkende favoriserer den ene parten – den som ikke har forfattet avtalen. Dette uten hensyn til om hvorvidt en slik løsning innebærer et brudd med den risikofordelingen kontrakten legger opp til, eller om hvorvidt dette – som følge av risikofordelingen – anses som en fornuftig og rimelig løsning. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, så kan det stilles spørsmål ved om rimelighetsbetraktninger også gjør seg gjeldende i enkelte tilfeller.¹⁰⁷

Ved anvendelse av tolkningsdata ligger det en antagelse om at disse normalt vil føre til en løsning som partene selv hadde valgt dersom de hadde tatt stilling til spørsmålet. Det paradoksale er at ved anvendelse av ukklarhetsregelen er den faktiske konsekvensen normalt motsatt. Dersom byggherre hadde forutsett situasjonen hadde byggherrem uttalt seg klarer i konkurransegrunnlaget, og dermed fått gjennomslag for sin løsning. Det samme gjelder motsatt, dersom entreprenøren hadde forutsett ukklarheten/feilen i sitt tilbud hadde vedkommende uttalt seg klarere/rettet dette. Med modifikasjoner for de anbudsrettslige kravene som stilles til henholdsvis konkurransegrunnlaget og tilbud, har begge partene fullstendig enerett i sine disposisjoner. Disposisjoner som til slutt utgjør kontraktsdokumentene.

Ut fra prinsippet om pacta sunt servanda så virker løsningen likevel rimelig. Spesielt i kontraktsforhold som omfatter profesjonelle parter hvor hensynet til forutberegnelighet gjør

¹⁰⁶ Høgberg side 306

¹⁰⁷ Se punkt 5.8.

seg særlig gjeldende. En entreprenør må kunne ha mulighet til med sikkerhet å prise det byggherren ønsker skal utføres.

5.5 Alminnelig utgangspunkt om objektiv tolking

For kommersielle kontrakter har Høyesterett anerkjent objektiv tolking om det klare utgangspunktet. Dommen inntatt i Rt 1994 s. 581 (Scanvest) representerer i så måte starten på en mer objektiv tolkningspraksis for tolking av kommersielle kontrakter.¹⁰⁸ Tørum anser Hansa-Borg dommen, inntatt i Rt 2002 s. 1155, som stadfestende for et klart utgangspunkt om objektiv tolkning.¹⁰⁹ Saken gjaldt tolkning av en kontrakt inngått mellom profesjonelle parter. På dommens side 1158-1159 uttales det at:

«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. Jeg viser her eksempelvis til Rt. 1994-581, som gjaldt en aksjonæravtale.»

I sitatet presiseres også hva som menes utgjør utgangspunktet ved den objektive tolkingen – den naturlige språklige forståelsen av ordlyden. Dette representerer i og for seg ingenting nytt. Kontrakter mellom profesjonelle parter skaper generelt sett behov for forutberegnelighet, noe som har vært vektlagt også tidligere.¹¹⁰

Det samme utgangspunktet gjelder også for kontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelse, jf. Rt 2007 s.1489 (Byggholt) avsnitt 61, Rt 2012 s.1729 (Mika) og HR 2019 s. 830 A (Magne Sveen)

Relevante momenter ved den objektive tolkingen kalles tolkningsfaktorer. Tolkningsslæren utgjør ingen uttømmende liste over potensielle relevante tolkningsfaktorer. Entrepriseavtaler inngås normalt mellom profesjonelle parter. Den naturlige språklige forståelsen må altså ta høyde for bransjespesifikke ord, uttrykk og fagterminologi.¹¹¹

¹⁰⁸ Tørum side 198

¹⁰⁹ Tørum side 198

¹¹⁰ Se blant annet Rt 1979 s. 676 side 679

¹¹¹ Høgberg side 119

5.6 Uklarhetsregelen i kontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelse: klarhetskravet

5.6.1 Innledning

Antakelsen om at uklarhetsregelen spiller en særlig stor rolle i kommersielle kontrakter inngått etter tilbud-aksept modellen er bekreftet i Høyesterett ved oppstillingen av klarhetskravet.¹¹²

Klarhetskravet går ut på at byggherren må lage et «*klart og entydig anbudsgrunnlag*», mens entreprenøren må lese det som en «*normalt forstandig tilbyder*».¹¹³

I det følgende analyseres og redegjøres det for rettspraksis om klarhetskravet. En slik gjennomgåelse vil nærmere kunne å angi retningslinjene for hva som utgjør et «*klart og entydig anbudsgrunnlag*». Spørsmålet om hva som er «*klart og entydig anbudsgrunnlag*» må sees i sammenheng med hva som stilles av en «*normalt forstandig tilbyder*». Som jeg skal redegjøre for nedenfor, så er forholdet innbyrdes mellom disse retningslinjene relativ. Med dette menes at desto større uklarhet som kan stadfestes i konkurransegrunnlaget, jo mindre skal til for at byggherren må bære konsekvensene av at uklarheten manifesterer seg.

5.6.2 Veidekke-dommen

Utgangspunktet om risikoplassering ved uklarhet kan belyses ved et BFJR-sitat¹¹⁴ gjengitt i Rt 2003 s. 1531 (Veidekke):

«Rådet vil fortsatt ikke utelukke at det kan forekomme tilfelle der anbudsinnbyderen ikke kan bygge på de tilbudte priser. Det kan f.eks tenkes tilfelle der entreprisen totalt sett kommer ut med en pris som ut fra en forstandig vurdering ikke kan være riktig. Eller det kan gjelde tilfelle der anbudsgrunnlaget er tvetydig eller uklart, slik at anbyderens misforståelse leder til at hans tolkning må legges til grunn.», dommens avsnitt 43 (min understrekning).

¹¹² Rt 2003 s. 1531 (Veidekke), Rt 2007 s.1489 (Byggholt), Rt 2012 s. 1729 (Mika) og HR 2019 s. 830-A (Magne Sveen). Se også Lasse Simonsen, «Tolking av anbudsgrunnlag Rt-2007-1489», *Festskrift til det danske selskab for byggeret*, København 2009, s. 277-288 (side 279)

¹¹³ Rt 2007 s.1489 (Byggholt), Rt 2012 s. 1729 (Mika) og HR 2019 s. 830-A (Magne Sveen).

¹¹⁴ BFJR-sak 405 (1993)

Den siste setningen er i juridisk teori tolket som den første tilslutningen til klarhetskravet.¹¹⁵

Rt 2003 s.1531 (Veidekke) gjaldt krav fra entreprenøren om å få endret feilprising av en enhetspris i et anbud etter at kontrakt var inngått. Tvisten stod mellom Staten v/Samferdselsdepartementet (byggherre) og Veidekke AS (entreprenør). Reglene i NS 3400 *Regler om anbudskonkurranser for bygg og anlegg*¹¹⁶ ble gitt anvendelse ved anbudskonkurransen. Anbudet gjaldt byggingen av 5,6 km vei inklusive to tunneler og to bruer i betong.

Veidekke AS hadde det laveste av 5 innkomne anbud. Etter kontraktsinngåelsen, men før overtakelse, oppdaget Veidekke at de hadde priset prosess 52.31 feil. Prosess 52.31 gjaldt legging av isolasjonsplater som frostsikring av fundament inne i tunnelene. Prosessen skulle priser i kubikkmeter, men ved innhenting av priser fra underleverandører hadde underleverandøren priset i kvadratmeter. Dette overså Veidekke, og førte kvadratmeterprisen inn i sin ressursbank som en kubikkmeter.¹¹⁷

Veidekke fremsatte kravet om retteplikt både etter de anskaffelsesrettslige reglene og ugyldighetsregler. Det var enighet mellom partene om at feilen utelukkende skyldtes Veidekke (entreprenøren), jf. avsnitt 31. En enstemmig Høyesterett konkluderte med at byggherren ikke hadde retteplikt etter NS 3400 punkt 13.2 og punkt 13.3. Veidekke fikk ikke medhold for kravet sitt.

NS 3400 punkt 13.2 annet punktum oppstiller en plikt for byggherren til å rette åpenbare feil som han blir oppmerksom på. Høyesterett anga at dette innebærer to elementer:

«For det første må det være åpenbart at det foreligger en feil, for det annet må det være åpenbart hvordan feilen skal rettes. At også det siste kravet må være oppfylt, er

¹¹⁵ Kai Kruger, «Klarhetskrav ved anbud i bygg og anleggsentrepriser (BA) Frimodig ytring om /Mikadommen Rt-2012-1729 (HR 8. November 2012)», *Tidsskrift for forretningsjus* Oslo 2012 s. 247-263 (side 251)

¹¹⁶ NS 3400 er forgjengeren til NS 8400, jf. <https://www.standard.no/nettbutikk/juridiske-standarder/> hentet 05.12.19.

¹¹⁷ Ressursbank «angir prisen på de ressurser som benyttes for å utføre oppdraget», jf. Rt 2003 s. 1531 avsnitt 3

etter mitt syn en konsekvens av at det er tale om en plikt om byggherren har til på egenhånd å rette anbudet», dommens avsnitt 34 (min understreking).

En ordlydsfortolkning av vilkåret «*som han blir oppmerksom på*» taler for at det kreves positiv kunnskap om feilen. Høyesterett avviser dette utgangspunktet, og angir at oppmerksomhetsvilkåret beror på hva «*som er klart påviselig etter hva en normalt forstandig annbudsinbyder måtte oppdage*», jf. avsnitt 36. Dette innebærer altså at det skal legges til grunn en aktsomhetsvurdering av hva en normalt forstandig byggherre måtte bli oppmerksom på.

Det fremgikk av NS 3400 punkt 7.3 annet punktum at poster som «*ikke er utfylt med pris, skal anses som innkalkulert i andre poster med mindre annet er angitt i anbuds brevet*».

Bakgrunnen for regelen er at det er opp til hver enkelt entreprenør å innkalkulere risiko slik de selv vil i de enkelte postene. Med bakgrunn i dette så forholder annbudsinbyder seg normalt kun til totalprisen i anbudet. Det kan således ikke stilles strenge krav til den aktsomhetsnormen som gjelder ved vilkåret om *hva oppdragsgiver burde ha blitt oppmerksom på*, jf. dommens avsnitt 36.

I BFJR-sitatet, som det ble henvist til i dommens avsnitt 43, ble det også uttalt at saken kunne stilt seg annerledes dersom man «*kunne se av anbudspapirene at anbudet var basert på en underleverandørs pristilbud som ikke inkluderte det fordyrende element som hovedanbyderen overså da anbudet ble forberedt*».

Dette var tilfellet i BFJR 301 (1989), som ga entreprenøren rett til å rette sitt tilbud. Selv om sitatet kun fremgår som ren henvisning, uten at dette blir ytterligere problematisert av Høyesterett, så er det nærliggende å anta at dersom tilfellet er slik som beskrevet i det siterte så innebærer dette at en «*normalt forstandig annbudsinbyder*» burde ha oppdaget og rettet det. Sagt på en annen måte, dersom det fremgår av anbudspapirene at leverandøren har gjort feil, og det beror om en forholdsvis enkel feil som kan spores til en konkret post, så har byggherre retteplikt.

5.6.3 Byggholt-dommen

Synspunktet om at byggherren må bære risikoene av at anbudsgrunnlaget

(konkurransgrunnlaget) er tvetydig eller uklart ble videreført i Rt 2007 s.1489 (Byggholt).

Dommen gjaldt spørsmålet om hovedentreprenøren hadde krav på vederlag for tiltransport av sideentreprenør, eller om dette måtte antas å være kalkulert inn i prisene som fremgikk av tilbudet. Med tiltransport av sideentreprenør *«siktes til at hovedentreprenøren påtar seg fullt ansvar og risiko for sideentreprenøren som om denne var vedkommendes egen underentreprenør»*, jf. dommens avsnitt 1. Dette innebærer at det etableres et kontraktsforhold mellom den tiltransporterte sideentreprenøren og hovedentreprenøren. Dette er nettopp hele poenget med tiltransporteringen.¹¹⁸ Byggherren var en kommune, og anbudskonkurransen var derfor inngått etter de offentligrettslige anbudsreglene. En enstemmig Høyesterett konkluderte med at entreprenøren hadde krav på vederlag for tiltransport, jf. avsnitt 89 og 92-96.

Det fremgikk av prosjektbeskrivelsen, punkt A.2.2 at kommunen ville engasjere sideentreprenør for tekniske arbeider, og dette skulle tiltransporteres hovedentreprenør. Ved anbudstidspunktet hadde ikke byggherren avgjort hvilken sideentreprenør som ville bli engasjert. Det fremsto således som klart at tiltransporteringen først skulle skje etter anbudstildelingen, jf. avsnitt 4.

Uklarheten knyttet seg til om tiltransporten var inntatt som prisbærende post i anbudsgrunnlaget. Byggherren anførte at det fremgikk av prisbærende post i prisgrunnlaget/anbudsspesifikasjonene, lest i sammenheng med et punkt i prosjektbeskrivelsen, at dette skulle tas med i anbudet. Byggholt (entreprenøren) bestred dette.

Krüger sammenfatter oversiktlig hva uklarheten faktisk bestod i:

«I saken kunne konkurransegrunnlagets tekst leses som en forutsetning om at tilbyderne måtte medta og prise betaling for tiltransporterte sideentreprenører på byggherresiden. Teksten omtalte sideentreprenører, men det fantes ingen post for prising. (...) Regelen om at ikke utfylte poster skulle anses innregnet i andre poster

¹¹⁸ Nordtvedt m.fl side 172. Samme synspunkt fremgår av premissene i Rt 2007 s.1489 (Byggholt) på avsnitt 49.

(FOA § 21-2/§12-2) var uanvendelig når det manglet post overhodet for sideentreprenøren.»¹¹⁹

Etter å ha gjengitt de begrensningene som gjelder etter anskaffelsesregelverket for endring av kontraktsvilkårene, uttalte førstvoterende om forståelsen av anbudsgrunnlaget:

«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. (...) 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.» dommens avsnitt 62

Høyesterett slår fast at anbudsinbyderen har et særlig ansvar for at konkurransegrunnlaget utformes tilstrekkelig klart. Synspunktet sammenfattes i avsnitt 75:

«Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinbyderens ansvar sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag.»

I tillegg til forfattersynspunktet fremholder Høyesterett et særlig anbuadsrettslig argument for klarhetskravet, slik sitatet ovenfor viser. Rettskildebildet ved anbudsanskaffelser sammenfattes i avsnitt 61, hvor det særskilt påpekes på de begrensede mulighetene til å avklare uklarheter.

Et ytterligere moment som Høyesterett kunne ha begrunnet uklarhetsregelens betydning ved anbudskonkurranser, kunne vært at leverandørene har minimal med mulighet for å faktisk få tildelt kontrakten. Det vil derfor være begrenset hvor mye ressurser leverandøren kan bruke for å detalj-lese anbudsgrunnlaget. I tillegg har leverandøren begrenset med tid til å sette seg inn i anbudsmaterialet.

Videre fremstiller Høyesterett tilsynelatende et unntak fra klarhetskravet – *«med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinbyderen har ment»* - uten at det

¹¹⁹ Krüger (2012) side 251

er helt klart hva unntaket innebærer, jf. avsnitt 75. Dersom det fremstår som klart hva anbudsinbyderen mener, er det jo heller ikke adgang til å anvende en subsidiær tolkningsregel slik som klarhetskravet. Det gir således liten mening å formulere et unntak dersom formålet er å angi at klarhetskravet ikke kan anvendes når det ikke hersker tvil om hvilket tolkningsresultat tolkningsteorien og tolkningsdataene trekker i. Dette følger jo forutsetningsvis allerede av klarhetskravets subsidiære karakter.¹²⁰

5.6.4 Mika-dommen

Dommen inntatt i Rt 2012 s.1729 (Mika) gjaldt oppgjør etter entreprisekontrakt inngått etter reglene om offentlig anskaffelser. Kontrakten gikk ut på oppføring av natursteinmur hvor tildelingskriteriet var lavest pris. Tvisten gjaldt spørsmål om kontrakten omfattet *leveranse* av naturstein, eller kun *oppføring* av den. Entreprenøren fremsatte krav om tilleggsvederlag for innkjøp og frakt av naturstein, men fikk ikke medhold av en enstemmig Høyesterett.

Uklarheten bestod i at den avgjørende beskrivelsen om betaling for steinen ikke var gjort til en del av anbudsdokumentasjonen, men fremkom indirekte i byggherrens egen håndbok, der visse utdrag var inntatt – men ikke den avgjørende prosesskoden.

Høyesterett angir først utgangspunktet om objektiv fortolkning i avsnitt 44 med tilføyelsen om at «*systembetraktninger*» kan ha betydning, og at det «*vil være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng*», jf. dommens avsnitt 67. En slik tilnærming er særlig aktuell ved tolking av utførlige kommersielle kontrakter, som presumtivt er ment å utgjøre en konsistent helhet. Dette representerer i seg selv ikke noe nytt.¹²¹ Dommen belyser imidlertid hvordan systembasert tolking kan kaste lys på det overordnede formålet med tolkingen: å kartlegge partenes berettigede forventning på basis av kontrakten, i samsvar med og på bakgrunn av den objektive tolkingen.

Hovedspørsmålet formuleres 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 sein som inngår i murarbeidet.», dommens avsnitt 69.

¹²⁰ I samme retning se Simonsen (2009) side 284

¹²¹ Se eksempelvis Rt 1992 s. 1157 side 1162

Dette presiseres videre som et spørsmål om det er «*tilstrekkelig klart*», jf. avsnitt 73.

Høyesterett viser til og bekrefter at utgangspunktet fra Byggholt fremdeles 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 fremstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment. En slik adgang ville kunne åpne for en uheldig jakt på uklare formuleringer og spekulasjoner i tekstutformingen», dommens avsnitt 102 (min understreking).

Uttalelsen presiserer – med støtte i anbudsrettslige hensyn – hovedregelen om at byggherren skal sørge for et klart anbudsgrunnlag. Det kan virke som om at uttalelsen er ment å presisere unntaket i Byggholt-dommen avsnitt 75.

Til tross for at det kunne påvises en viss inkonsekvens i beskrivelsene i anbudsdokumentene, så konkluderte Høyesterett at det ut fra systembetragtninger fremsto som klart nok at levering av naturstein var omfattet av forpliktelsene etter kontrakten, jf. avsnitt 100 og 103.

Byggherren hadde utarbeidet egne håndbøker og prosesskoder som ble tillagt vekt i systembetragtningene. Avsnitt 101 og 102 lest i sammenheng med 90, 92, og 94 kan derfor ifølge Krüger tolkes som at:

«tilbyderne har en overordnet undersøkelsesplikt i forhold til byggherrens interne tekniske litteratur for å klargjøre hvilke prosesser som best skal prissettes i hvert tilfelle – både spesifikasjoner for den aktuelle entreprise og generelle forutsetninger som fremkommer mer indirekte som hierarkisk overgripende henvisninger.»¹²²

Dette er i samsvar med Høyesteretts uttalelse i Rt 2007 s. 1489 (Byggholt) om at det er av «*vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk av og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebransjen*», jf. dommens avsnitt 62.

Uttalelsen i Byggholt-dommen bygger på hva konsekvensene av en graviterende tolkningen

innebærer. Graviterende tolkning er når domstolene tolker i retning av bakgrunnsretten.¹²³ Det anses som sikker rett at både standardkontrakter, samt bestemmelser som ikke uttrykker bakgrunnsrett men er vidt utbredt, kan virke inn på tolkningsresultatet ved en graviterende tolkning.¹²⁴ Prosesskodene som byggherren hadde utarbeidet kan således tenkes å få slik virkning ved en fremtidig tvist. På bakgrunn av dette kan det hevdes at Mika-dommen vil stimulere til at *«prisrelevante opplysninger i dokumentasjonen blandes med ikke-oppdragsspesifikk informasjon uten betydning for det aktuelle prosjektet»*.¹²⁵ En slik løsning vil i så fall medføre meget strenge krav til en *«normalt forstandig tilbyder»*. Dommen kan dermed på dette punktet kritiseres for å ikke ha tatt hensyn til entreprenørens pressede posisjon under anbudskonkurranser.

5.6.5 Magne Sveen-dommen

Dommen inntatt i HR 2019 s. 830 A (Magne Sveen) gjaldt krav om vederlagsjustering under en enhetspriskontrakt om bygging av en veistrekning. Anbudskonkurransen var inngått etter de offentligrettslige anbudsreglene. Sprengningsarbeidet viste seg å være vesentlig større enn oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det var uomstridt at arealopplysningene i konkurransegrunnlaget var feil. Entreprenøren kalkylen på disse opplysningene ved beregning av gjennomsnittlig pallhøyde, fordi kostnadene ved sprenging er avhengig av pallhøyde. Pallhøyde er høyden av den pall som skal sprenges ut i én operasjon. En lav pallhøyde medfører dyrere sprenging. Konkurransegrunnlaget inneholdt også korrigerende tegninger gitt i tverrprofiler.

Høyesterett startet med å gjenta de rettslige utgangspunktene fra både Byggholt og Mika om at det er *«anbudsinbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Entreprenøren har på sin side risikoen for egne kalkyler – for at den enkelte prosess har fått en pris som dekker kostnadene og fortjenestene. (...) det avgjørende er hvordan en «normalt forstandig tilbyder» oppfatter de beskrivelser som er gitt i konkurransedokumentene»*, jf. dommens avsnitt 35.

Arealangivelsen gjaldt rensk av bergoverflate, og ga isolert sett ingen informasjon om pallhøyder. Dersom alle tolkningsdataene hadde blitt lest isolert, ville dette medført at det kun

¹²³ Høgberg side 193 flg.

¹²⁴ Simonsen (2009) side 280

¹²⁵ Krüger (2012) side 262

var tverrprofilene som inneholdt relevant informasjon for pallhøydeberegning. Entreprenøren brukte imidlertid formelen areal x volum for å regne gjennomsnittlig pallhøyde. Med støtte i Rt 2012 s.1729 (Mika) la Høyesterett avgjørende vekt på at kontraktsdokumentene måtte sees i sammenheng ved fastleggelse av innholdet i konkurransegrunnlaget.

Vurderingstemaet var «*om konkurransegrunnlaget ga selskapet – bedømt som en normalt forstandig tilbyder – klart nok informasjon for å beregne spregningsarbeidene.*», jf. dommens avsnitt 39. Etter en meget teknisk konkret drøftelse, konkluderte en enstemmig Høyesterett med at byggherren hadde ansvar og risiko for feil i prosjekteringsgrunnlaget. Tverrprofilene, lest i sammenheng med arealangivelsen, utgjorde kun en uklarhet som måtte gå ut over byggherren. Det avgjørende ble således at det uansett forelå en «feil» som ga uklarhet. Tilsvarende kunne ha vært sagt om Rt 2012 s.1729 (Mika).

Forutsetning for Høyesteretts drøftelse er at kalkulasjonsmetoden var normal i bransjen samt forsvarlig. Dette dannet det grunnleggende premisset for den videre drøftelsen. Betydningen av dette premisset kan illustreres med forfatterregelens anvendelsesområde, som må gjelde for klarhetskravets del også.

Forfatterregelen går lenger enn en rent subjektiv versjon av tillitsteorien, hvor i det minste mottakers tillitt utgjør ytterrammene for fortolkningen i avgivers disfavør. Derfor begrenses også forfatterregelen i de tilfellene hvor mottager hevder en fortolkning som går ut på noe ekstraordinært (selv om den annen part måtte ha skrevet kontrakten). Men når Høyesterett stadfester kalkulasjonsmetoden som forsvarlig som ledd i en tolkningspremiss om at fremgangsmåten ikke er ekstraordinær, så åpner dette opp for en anvendelse av forfatterregelen og således også klarhetskravet.

Det er betimelig å stille spørsmålstegn ved om hvorvidt dette premisset var særlig veloverveid. En kalkulasjonsmetode som tar utgangspunkt i gjennomsnittlig pallhøyde vil aldri (i seg selv) «fange opp» prisstigning som følge av konturer i naturen som medfører eksempelvis mer flåspregning. Førstvoterende definerer bransjetermene i avsnitt 8:

««Pall» er betegnelsen på et bergvolum som sprenges ut i en høyde, og «pallhøyden» er høyden av den pall som sprenges ut i én operasjon. Det er enighet om at kostnadene øker eksponentielt ved lavere pallhøyder. Kostnadene er spesielt høye ved spregning av pallhøyder som er lavere enn én meter – såkalt «flåspregning»»

Konturene utgjør et risikomoment som bare kan elimineres ved å se på informasjonen som fremgår av tegningene gitt i tverrprofilene. Disse inneholdt informasjon om hvilke pallhøydenivå det var for hver tiende meter langs veitraseen, jf. avsnitt 48. Teoretisk så kan Høyesteretts vurdering på dette punktet sies å ha en side til tolkningsforutsetningene til rettsanvenderen, herunder de alminnelige tolkningsforutsetninger om erfaringsgrunnsetninger. Med dette menes alminnelig kjennskap til «*virkeligheten*» og «*fenomenenes sammenheng*».¹²⁶

Som støtte for å anse kalkulasjonsmetoden som forsvarlig viser Høyesterett til at tilbudene fra de andre entreprenørene som også var med i anbudskonkurranse tydet på at de hadde benyttet seg av samme kalkulasjonsmetode. At en kalkulasjonsmetode er vanlig innenfor en bransje er imidlertid ikke ensbetydende med at den er forsvarlig. Det kan således stilles spørsmål ved om de opplysningene som Høyesterett underbygger premisset sitt med kan opprettholdes.

Som Høgberg fremholder, må forfatterregelen (og herunder klarhetskravet) avgrenses mot tilfeller hvor den andre parten anfører en tolkning som er ekstraordinær. Dette har også en side mot den harmoniserende tolkningsstil slik Høgberg definerer dette.¹²⁷ Dette har sammenheng med at bakgrunnsretten og det generelle rettsstoffet kan angi viktige premisser for fastleggelsen av hva som anses som ekstraordinært. Forfatterregelen må tåle innskrenkning til fordel for den ekstraordinære risikovurderingen fordi det har formodningen mot seg at partene ønsket å kontraktsfeste noe i strid med bakgrunnsretten uten at dette fremkommer klart av kontraktens ordlyd. Den parten som hevder en slik forståelse burde i så fall uttalt seg klarere. Dette innebærer at kalkylen, slik den brukes i foreliggende tilfelle med det som kan virke som en praksis, er avhengig av at den faktisk anses som en rettskilde for at Høyesteretts premiss skal anses rettskildemessig holdbart. Dette innebærer at kalkylen må tilfredsstillende kravene til en kutyme. For at en praksis skal anses som kutyme stilles det krav om at den er «*god som allmenn regel*».¹²⁸ Hva som ligger i dette er relativt, og må vurderes konkret i hver tilfelle. Det faktumet at kalkylen ikke tar høyde for naturlige konturer er et sterkt argument for å ikke anse praksisen som god i foreliggende tilfelle.

Det hører med til faktum at det forelå korrigerende tegninger i tverrprofilene. Høyesterett unnlot å ta stilling til om tverrprofilene var en del av konkurransegrunnlaget på grunn av at de

¹²⁶ Høgberg side 39

¹²⁷ Høgberg side 314

¹²⁸ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Oslo 2004, side 370-371.

ikke ble ansett å være avgjørende for spørsmålet om vederlagskrav, jf. avsnitt 44. Dette er en konsekvens av det grunnleggende premisset om at kalkulasjonsmetoden er vanlig og forsvarlig.

Dersom man forutsetter at tverrprofilene inngikk i konkurransegrunnlaget og ga klar informasjon om pallhøyder så må man anse det som en direkte ekstern motstrid med arealangivelsen. I et slikt tilfelle kunne prioriteringsreglene ha gitt anvisning på hvordan motstriden skulle løses.

Høyesterett konkluderer imidlertid med at tverrprofilene ikke ville ha bidratt noe annet enn «skjønnsmessig» korrigerende av gjennomsnittlig pallhøyde, jf. avsnitt 49.

Gjennomsnittsberegning med utgangspunkt i arealangivelsen ville fortsatt hatt sentral betydning for prisingen. Uttalelsen kan synes som et forsøk på en harmonisering av forskjellige tolkningsdata, slik Høyesterett finner å kunne legge til grunn at uklarheten må løses i klarhetskravet.

Et annet resonnement som kan ligge til grunn for manglende vektlegging av tegningene er at Byggherren ilegges risikoen for «forsendelse» av dokumenter, herunder tegningene. Byggherren gjorde tegningene tilgjengelig for entreprenøren ved å legge de ut som digitale filer, som kunne gjøres til modeller i riktig program. Det forhold at entreprenøren ikke har tilstrekkelige elektroniske virkemidler til å få tilgang disse dataene henføres som byggherrens risiko. Premissene i avsnitt 49 støtter en slik tolking. Dette harmonerer også med den situasjonen entreprenøren står i ved anbudskonkurranser. Det er begrenset hvor mye ressurser entreprenøren kan legge i gjennomlesing og utfylling av konkurransegrunnlaget.

Uavhengig av hvilke resonnement som ligger til grunn for den manglende vektleggingen av tegningene, så endrer ikke dette det faktum at kalkylen i seg selv aldri vil ta høyde for prisstigningen som følge av ujevn terreng. Når Høyesterett kun legger til grunn at kalkylen er forsvarlig, uten å problematisere dette ytterligere, så tilsløres også det potensielle usikkerhetsmomentet. Manglende problematisering kan skyldes den faktiske realiteten i saken, nemlig at det i foreliggende sak ikke ville gitt utslagsgivende effekt i kalkylen. Dette forholdet må således også begrense prejudikatsverdien av kalkylens forsvarlighet.

5.7 Hvilken plass har subjektive oppfatninger ved vurderingen av klarhetskravet?

Med subjektiv oppfatning menes kunnskap om den annen parts misvisende oppfatning av det omstridte kontraktsvilkåret. Spørsmålet kan stilles på flere ulike måter. Simonsen velger eksempelvis å se på dette som et spørsmål om objektivitetsprinsippets forhold til god tro-standard.¹²⁹

For feil ved tilbudet vises det til punkt 5.6.2 om Rt 2003 s.1531 (Veidekke) ovenfor. Der angir Høyesterett at spørsmålet om hva byggherren burde vært oppmerksom på beror på hva som er «klart påviselig etter hva en normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage».

I dommen inntatt i Rt 2007 s.1489 (Byggholt), omtalt ovenfor, tar Høyesterett stilling til spørsmålet om anbyders subjektive oppfatning kan ha betydning for anvendelsen av klarhetskravet. Uttalelsen er fremprovosert av Lagmannsrettens konklusjon¹³⁰ om at

klarhetskravet må begrenses av entreprenørens subjektive oppfatning, jf. avsnitt 73-74.

Lagmannsretten la til grunn at dersom entreprenøren innså uklarheten, så var vedkommende også forpliktet til å gjøre byggherren oppmerksom på hvordan man oppfattet dette.

Førstvoterende angir at:

«Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon fremstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget.», dommens 74 (min understreking).

Høyesterett anser ikke de subjektive oppfatningene som relevante. Ved ordlyden «avgjørende her» forankrer Høyesterett slutningen til den konkrete saken. Dette taler dermed for at Høyesterett ikke utelukker at subjektive oppfatninger kan være relevante også ved tolkning av kontrakter inngått etter anbudsregelverket. Dersom uttalelsen leses i sammenheng med avsnitt 72, hvor Høyesterett avviser at Byggholt har hatt faktisk kunnskap om byggherrens forståelse av uklarheten, så er en slik tolkning nærliggende.

¹²⁹ Simonsen (2009) side 282-284. Det tilsiktes ingen realitetsforskjeller i begrepsbruken. I det følgende brukes Høyesteretts begrepsbruk – «subjektiv oppfatning», se Rt 2007 s.1489 avsnitt 74.

¹³⁰ LB-2005-14737.

Simonsen påpeker med støtte i innledningen til avsnitt 73 at Høyesteretts uttalelser om subjektive oppfatninger også kan tolkes som *obiter dictum*.¹³¹ I så fall er det nærliggende å anta at Høyesterett ønsket å avklare et viktig rettsspørsmål. Dette kan tyde på at uttalelsen har en større intensjonsdybde, slik at den må gis prejudikatsverdi utover den konkrete saken.

Som støtte for avvisningen viser førstvoterende til dommen inntatt i Rt 2003 s. 1531 (Veidekke). Som Simonsen peker på, så er formålet Veidekke å utvide hva byggherren har plikt til å rette til å også omfatte hva byggherren «*burde*» ha oppdaget. Veidekke introduserer således en subjektivitetskrav som skal ta utgangspunkt i culpa-reglene om hva en «*normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage*». I Rt 2007 s. 1489 (Byggholt) bruker Høyesterett imidlertid uttalelsen til å stadfeste at det ikke er rom for subjektive oppfattelser. Det foreligger ingen selvnynnsende logisk kobling mellom tolkningsdataen og det argumentet som sluttes fra den. Høyesteretts unnlattelse av å redegjøre for hvilket resonnement den bygger på bidrar heller ikke til å klargjøre dette noe ytterligere.

Førstvoterende bygger tilsynelatende på en forutsetning om at den eneste måten entreprenøren kan gjøre byggherren oppmerksom på sin avvikende forståelse/uklarheten er ved å ta et forbehold. Ved å innta en slik forutsetning medfører avvisningen av subjektive oppfattelser en rimelig løsning. Som nevnt i punkt 4.4, er det å ta forbehold i tilbudet sitt, forbundet med en viss risiko for å bli avvist. Dette kan tilsi at å pålegge entreprenør å ta forbehold for å unngå usikkerhet, er å pålegge urimelig stor byrde og risiko på entreprenøren.

Å ta et forbehold er imidlertid ikke den eneste måten å gjøre byggherren oppmerksom på uklarheter. Tilbydere kan under anbudskonkurransen stille spørsmål til byggherren som også fordeles til andre tilbydere, jf. FOA § 14-2.

Til tross for dette, så er dommen i juridisk teori tolket som en avvisning av relevansen av subjektive forhold ved spørsmål om tolking av anbudsgrunnlag.¹³²

I dommen inntatt i Rt 2012 s. 1729 (Mika) reises spørsmålet om subjektive oppfatninger i avsnitt 64. Høyesterett anser imidlertid ikke spørsmålet som utslagsgivende i foreliggende

¹³¹ Simonsen (2009) side 284

¹³² Simonsen (2009) side 284, Krüger (2012), side 252, Krüger (2010) s. 125-129

sak, og går ikke nærmere inn på det, jf. avsnitt 65. Mika-dommen er av Krüger tolket som en avvisning av at subjektive oppfattelser er relevante.¹³³

Tilsvarende er lagt til grunn i LH-2018-153242. I dommen fremholdes det med støtte i «Høyesteretts angitte tolkningsmetode» at subjektive forhold har «*liten eller ingen betydning ved en objektiv tolking av kontrakten*». Med «Høyesteretts angitte tolkningsmetode» siktes det til Rt 2012 s. 1729 (Mika) og Rt 2010 s. 961 (Fjord1).

Disse rettskildene angir at det ikke er rom for å vektlegge subjektive oppfattelser for tilbyderne i fasen for forberedelse av deres tilbud. Det er således ikke anledning til å holde mot entreprenøren at han har oppdaget, eller burde ha oppdaget, uklarheter i konkurransegrunnlag. Et unntak må imidlertid gjøres dersom det ut fra en positiv faktisk kunnskap hos entreprenøren medfører til et intersubjektivt tolkningsresultat.

En total avvisning av subjektive oppfattelser vil imidlertid innebære at entreprenører kan prise taktisk i tillitt til at hans forståelse legges til grunn i henhold til klarhetskravet. Dette er heller ikke en ønskelig løsning.

I tillegg taler lojalitetshensyn i kontraktsforhold for at entreprenøren som forstår at det er en uklarhet også har en avklaringsplikt. Lojalitetshensynet i kontraktsforhold må anses å gjelde også for kontrakter inngått etter reglene om offentlige anskaffelser.

5.8 Er det adgang til å foreta rimelighetsvurderinger ved anvendelse av klarhetskravet?

I svensk teori skiller Lehrberg mellom absolutt og relativ/kontekstuell uklarhet.¹³⁴ I forhold til denne avhandlingens definisjon av uklarhetsbegrep vil en uklarhet alltid måtte tolkes i forhold til et foreliggende tolknings spørsmål. Dette er imidlertid noe annet enn den skillen som Lehrberg tilsikter å innføre.

Lehrberg angir at «*[r]egeln om tolkning contra stipulatorem kräver inte att oklarheten vid tolkningen beror på att avtalebestämmelsen är onöjaktigt utformad. Den kan tillämpas även när det inte rimeligen kan sägas att avtalet är behäftat med en oklarhet som borda ha undanröjts vid avtalsslutet. Även en oklanderligt utformad avtalsbestämmelse kan ge upphov*

¹³³ Kai Krüger (2010) side 116

¹³⁴ Bert Lehrberg, Avtalsolkning, Uppsala, 2003, side 142

till tolknings svårigheter av sådan karaktär att den framstår som oklar i en situation som parterna inte rimeligen kunnat förutse vid avtalsslutet.»¹³⁵

Formålet med skillet er å få frem at begrunnelsen for uklarhetsregelen ikke gjør seg gjeldende i alle tilfeller. Det er ikke praktisk mulig å gardere seg mot alle tenkelige og utenkelige uklarheter. Skillet belyser med andre ord realiteten ved kontraktsutforming: ikke all uklarhet er synlig ved kontraktsutforming. Dersom det ikke har noe hensikt å kreve større detaljregulering, slår heller ikke de disiplinerende og preventive hensyn til. Når det ikke kan kreves større detaljregulering, har man heller ikke holdepunkter for å oppstille en illusjonær retningsgivende norm som den ene parten angivelig har overtrådt. Det foreligger således ingen culpøsitet å hekte begrunnelsen på.

Når begrunnelsen for uklarhetsregelen svikter får dette konsekvenser for dens anvendelse. En norms anvendelse er betinget av at de hensyn som legitimerer den gjør seg gjeldende.

Høgberg retter kritikk mot et slikt skille mellom uklarhetens karakter. Han angir at kritikken ville vært rimelig dersom uklarhetsregelen «*alene var begrunnet med culpabetraktninger eller lignende*».¹³⁶ Høgbergs resonnement bygger imidlertid på at uklarhetsregelen i tillegg er begrunnet i risikobetraktninger.¹³⁷ Det er i og for seg riktig, men risikobetraktningene angir hvem som er nærmest til å avklare uklarheten. Den som er nærmest til å avklare uklarheten, er den som burde ha uttalt seg klarere. Risikobetraktningen knytter seg således til den culpøsitet som antas å foreligge, og som vi så ovenfor så vil denne i seg selv kunne svikte i de tilfellene hvor man ikke har holdepunkter for å kreve en mer detaljregulert avtale. Til tross for kritikken av culpabetraktninger, fremholder også Høgberg at det i enkelte tilfeller må være rom for en rimelighetsvurdering ved spørsmålet om klarhetskravet skal komme til anvendelse:

«Hvilken former for uklarhet forfatteren burde oppdaget, og hvilke former for uklarhet han ikke burde oppdaget, beror i høy grad på et vurderingsspørsmål. Dette innebærer at anvendelsens av uklarhetsregelen i noen grad beror på rettsanvendelse skjønn.»¹³⁸

¹³⁵ Bert Lehrberg, Avtalstolkning, Uppsala, 2003, side 142

¹³⁶ Høgberg side 300

¹³⁷ Høgberg side 296-298. se også note 996 på side 300

¹³⁸ Høgberg side 308

Videre fremholder Høgberg at avtalens rimelighet, iboende balanseforhold og uklarhetens synbarhet (herunder om det ville være enkelt å eliminere uklarheten) inngår som sentrale momenter når anvendelsen av uklarhetsregelen begrunnes.¹³⁹ Dette betyr i så fall at selve strukturen i rimelighetsbegrepet får betydning for anvendelsen av forfatterregelen.

I utgangspunktet har det formodningen mot seg å basere seg på rimelighetsbetraktninger. For det første er innhold og grenser av disse uavklart og relative, og slike betraktninger baserer seg i stor grad på den enkelte rettsanvenderen. Dette bidrar til mindre forutberegnelighet. Som nevnt, er dette hensynet særlig fremtredende i kontrakter mellom profesjonelle parter. Dette taler for at det ikke er rom for rimelighetsvurderinger ved anvendelsen av klarhetskravet. Det ligger også en presumsjon om at avtalens innhold i kommersielle kontrakter er en resultat av kalkulert risiko. Prinsippet om at hver part bærer konsekvensene av sin egen oppfattelse gjør seg særlig gjeldende i slike kontraktsforhold som forutsettes å være mellom jevnbyrdige profesjonelle.¹⁴⁰

Fra et rettsøkonomisk perspektiv medfører pareto-effektivitet også at det er problematisk å anvende rimelighetsargumentasjon i rent kommersielle forhold. Pareto-effektivitet innebærer at det «foreligger en tilstand der avtalen ikke kan bli mer lønnsom for en av partene uten å bli mindre lønnsom for den andre».¹⁴¹ Pareto-effektiviteten belyser at partens ytelse ikke kan gis et absolutt mål. Begge partene er avhengig av lav egenytelse for å få stor motytelse. Det er således ingen sammenfall mellom verdien av ytelsen man gir og ytelsen man mottar sett fra den enkelte parts ståsted. I motsatt fall ville det heller ikke foreligge noen intensiver til å inngå avtalen. En objektivisering av avtaleverdien reiser også vanskeligheter. Avtaler inngås ut fra subjektive premisser: det er nettopp den enkeltes behov for motytelsen som er grunnelementet ved motivet for å inngå avtalen. Høgberg fremholder at markedspris kan gi veiledning til å fastsette verdien av partenes ytelser.¹⁴²

Dette er imidlertid vanskelig å bruke markedspris som veiledning for rimelighetsvurderingen for kontrakter som er inngått etter anbudsregelverket. Det er den enkelte anbyders rett til å foreta og innkalkulere risiko slik de vil under de ulike prisbærende poster. Det er dermed

¹³⁹ Høgberg side 309

¹⁴⁰ Høgberg side 192

¹⁴¹ Høgberg side 192

¹⁴² Høgberg side 192

ingen selvfølge at en prisbærende post er eller skal være likelydende med en annen tilbyders tilsvarende post.

I de nevnte Høyesterettsdommene synes det ikke å ha blitt lagt vekt på rimelighetshensyn. Det kan imidlertid ikke utelukkes at slike hensyn faktisk har hatt betydning. I Rt 2007 s.1489 (Byggholt) og HR-20169-830-A (Magne-Sveen) – hvor Høyesterett fant at det forelå uklarhet som måtte gå utover byggherren – ble uklarheten som knyttet seg til det omtvistede punktet i kontrakten, samt entreprenørens egen oppfatning, kommunisert tidlig til byggherren. I Rt 2012 s.1729 (Mika) – hvor Høyesterett ga byggherren medhold – ble kravet om særskilt fakturering for steinene (det omtvistede punktet) først anført i sluttoppgjøret.

I Rt 2003 s.1531 (Veidekke) fikk ikke entreprenøren rettet prisen. På den ene siden kan det argumenteres for at det ikke var rimelig at entreprenøren måtte bære risikoen for det helt alene. Nest laveste anbud lød på 176 millioner kroner jf. dommens avsnitt 2. De andre entreprenørene opererte med en enhetspris mellom kroner 1 333,85,- og kroner 1 991,-, mens Veidekke hadde angitt en enhetspris på kroner 74,72,- for den omstridte prisposten, jf. dommens avsnitt 37. På den andre siden så medfører konkurransehensyn at det ville vært uhensiktsmessig å korrigere prisen til en tilbyder som har vunnet anbudskonkurransen med minimal margin. Dette belyser det som er nevnt i avsnittet ovenfor, vedrørende hensyn som gjør seg gjeldende etter anskaffelsesreglene.

Det finnes imidlertid underrettspraksis om klarhetskravet hvor rimelighetshensyn fremgår som begrunnelse i domspremissene.

I dommen inntatt i LH-2018-153242 var spørsmålet om enhet for asfalteringsarbeider skulle avregnes i tonn eller kvadratmeter. Lagmannsretten konkluderte med at enheten var oppgitt i tonn. Lagmannsretten bruker i den sammenheng rimelighetshensyn som ledd i begrunnelsen:

«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-2012-1729 [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 [entreprenøren] 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.»

Som det fremgår av det siterte, begrunnet lagmannsretten resultatet i rimelighet. Begrunnelsen fremstår imidlertid som tilleggsbegrunnelse/støttemoment. Lagmannsretten fant det også bevist at den omstridte bestemmelsen, lest i sammenheng med øvrige prosesser, talte klart for at enheten var oppgitt i tonn.

Selv om lagmannsretten eksplisitt angir rimelighetshensyn, er det ikke opplagt at det er rimelighet i vid forstand som det siktes til. Dersom uttalelsen leses i sammenheng med at 1200 kroner er vanlig enhetspris, vil man kunne tolke henvisningen til rimelighetshensyn som at klarhetskravets anvendelse begrenses av at entreprenøren krever noe ekstraordinært.

5.9 Sammenfatning

Det gjelder utvilsomt et særlig krav til klarhet for byggherre. Denne balanseres imidlertid av et krav til forsvarlig lesing. Vurderingstemaet må være om den konkrete forståelsen som entreprenøren påberoper seg er forsvarlig begrunnet i objektive holdepunkter. Det er således ikke tale om en prøving av partene dugelighet eller kalkulasjonsmetode generelt. Det må i tillegg være lov å ta kalkulert risiko ved kalkulering av ulike prispåbærende poster, jf. Magne Sveen Dommen.

Beskrivelsesteksten må antagelig leses relativt nøye og under ett. I Byggholt- og Magne Sveen dommen var dette til fordel for entreprenøren, men til ulempe for entreprenøren i Mika-dommen og LH-2018-153242. Dette tyder på at det er større tendens til å vektlegge mengdeanslag enn hva har vært vanlig tidligere.

At beskrivelse går foran tegning innebærer i seg selv ingenting nytt. Men det er tilsynelatende mindre krav til entreprenørens sjekk mot andre kontraktsdokumenter, så lenge det er objektive holdepunkter for entreprenørens forståelse (kart vs. terreng). Dette ble utslagsgivende i Magne Sveen-dommen. Dette er imidlertid det motsatte av hva som ble konkludert med i Mika-dommen.

Uklarhetsregelen skal beskytte den som misforstår. Og er derfor i samsvar med prinsippet om objektiv tolkningsteori ved å beskytte mottakers berettiget forventning, selv om risikofordelingen slår seg ut annerledes ved anvendelse av uklarhetsregelen.

Det er en sterk tendens i praksis til å vektlegge at andre aktører har forstått det på samme måte som entreprenøren, jf. blant annet Magne-Sveen dommen. Tilsvarende argumenter blir imidlertid vanskelig for byggherren å påberope seg.

Konkret rimelighet har tilsynelatende hatt liten betydning i de Høyesterettsdommene som har vært oppe. Det er imidlertid vanskelig å utelukke at det faktisk har hatt betydning. I Byggholt- og Magne Sveen-dommen varslet henholdsvis entreprenør tidlig om sin forståelse av det omtvistede punktet. I Mika kom innsigelsene først frem ved sluttoppgjøret. I dommen inntatt i LH-2018-153242 er det mer tydelig at rimelighet spilte inn ved vurderingen. En rimelighetsvurdering vil imidlertid undergrave de hensynene og formålene bak anskaffelsesregelverket. Det foreligger således gode grunner for å unngå rimelighetsvurderinger ved anvendelse av klarhetskravet for kontrakter inngått etter reglene om offentlig anskaffelse.

Ved feil i tilbudet til entreprenøren stilles det tilsynelatende beskjedne krav til aktsomhet hos byggherre. Entrepriserettens standarddokumenter tilstreber å regulere en jevn risikofordeling mellom byggherre og entreprenør. Dette taler for at aktsomhetsnormen til entreprenøren settes på tilsvarende nivå ved uklarheter i konkurransegrunnlag.

Om hvorvidt det er rom for å vektlegge på subjektive oppfattelser fremstår fremdeles som uavklart.

Anvendelsen av uklarhetsregelen er og blir svært konkret. Noe som også belyses av at ingen av avgjørelsene har hatt samme resultat i to instanser på rad. Dette forsterkes av at ulike instansers konklusjon og premisser i en og samme sak ikke samsvarer. Det kan finnes flere årsak til dette. For det første kan det sees på som en konsekvens av at avtalen i seg selv er et pragmatisk virkemiddel som brukes i økonomisk øyemed. Dernest kan det skyldes de omfattende og kompliserte avtaletolkningsreglene, samt de omfattende anbudsgrunnlagene. Det foreligger heller ingen nøyaktige retningslinjer for slutningsprosessene, noe som bidrar til at det er rom for å komme til svært ulike løsninger.

Referanseliste

Lover, forskrifter, forarbeider og rundskriv

Lover

Lov 1. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Lov 1. januar 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Lov 01. juli 2018 nr. 4 om avslutning av avtaler om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

Forskrifter

Forskrift 1. januar 2003 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Forskrift 1. januar 2017 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

Forskrift 1. januar 2017 nr. 9745 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften)

Forarbeider

Innst.358 L (2015-2016)

Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Ot.prp.nr. 6 (2003-2004)

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

NOU 2014: 4

enklere regler – bedre anskaffelser

Rundskriv

P-2017-933 (P-933)

Rundskriv til reglene om offentlige anskaffelser

Praksis

Høyesterettspraksis

Rt 1891 s. 377

Rt 1938 s. 525

Rt 1958 s. 158

Rt 1970 s. 1340

Rt 1978 s. 131

Rt 1979 s. 676

Rt 1992 s. 1157

Rt 1994 s. 581 (Scanvest)

Rt 2000 s. 1811 (Finanger 1)

Rt 2001 s. 1288 (PEAB)

Rt 2002 s. 1155 (Hansa-Borg)

Rt 2003 s.1531 (Veidekke)

Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt)

Rt 2010 s. 961 (Fjord1)

Rt 2012 s.1729 (Mika)

Rt. 2014 s. 100

Underrettspraksis

LB-2005-14737

LH-2018-153242

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

KOFA-2005/189

Medi3

KOFA-2008/137

Fuglesang-Dahl

KOFA-2009/112

Trio Entreprenør

KOFA-2010/165

Rådgivende Biologer

KOFA-2012-17

KOFA-2019/413

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (BJFR)

BFJR 301 (1989)

BFJR-sak 405 (1993)

Litteratur

Andenæs

Dragsten

Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger* (Oslo 2013)

Bergo

Bergo, Knut, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (Oslo 2002)

Eckhoff

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Fleischer

Fleischer, Carl August, *Rettskilder* (Oslo 1995)

Gadamer	Gadamer, Hans Georg, <i>Sannhed og metode</i> (Århus 2004)
Giertsen	Giertsen, Johan, <i>Avtaler</i> , 3. utgave (Oslo 2014)
Gisle	Gisle, Jon og Krisian Andenæs, <i>Jusleksikon</i> , 4. utg. Engelske termer ved Åge Lind (Oslo 2010)
Goller	Goller, Morten, «Vesentlige avvik og forbehold», <i>Tidsskrift for forretningsjus</i> (Oslo 2010) s. 97-129
Haaskjold (2017)	Haaskjold, Solfrid Brænd, «Formkrav ved inngåelse av anbudskontrakter mellom private parter», <i>Lov og rett</i> , 2017 s. 507-525
Haaskjold (2002)	Haaskjold Erlend, <i>Kontraktsforpliktelser</i> , Oslo 2002
Hagstrøm (1997)	Hagstrøm, Viggo, <i>Entrepriserett : Utvalgte Emner</i> (Oslo 1997)
Hagstrøm (2014)	Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, <i>Entrepriserett</i> (Oslo, 2014)
Hopsnes	Hopsnes, Roald, «Lojalitetsbetraktninger ved tolkning av avtaler inngått etter anskaffelsesforskriften. I: Undring og erkjennelse» <i>Festskrift til Jan Fridthjof Bernt</i> , (Bergen 2013) s. 221–234.
Huser	Huser, Kristian, <i>Avtaletolkning: En innføring i avtaletolkningens alminnelige del</i> (Bergen 1983)
Høgberg	Høgberg, Alf Petter, <i>Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter</i> (Oslo 2006)
Knoph	Knoph, Ragnar, Kåre Lilleholt og Johs. Andenæs, <i>Knophs oversikt over Norges rett</i> , 14. utgave (Oslo 2014)
Krüger (1989)	Krüger, Kai, <i>Norsk Kontraktsrett</i> , (Bergen 1989)

- Krüger (2010) Krüger, Kai, «Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse», *På rett grunn*, 2010 s. 111-129
- Krüger (2010 II) Krüger, Kai, «Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser (upphandling – udbud)», *Festskrift till Torgny Håstad*, 2010 s 363-402
- Krüger (2012) Krüger, Kai, «Klarhetskrav ved anbud i bygg og anleggsentrepriser (BA) Frimodig ytring om /Mika-dommen Rt-2012-1729 (HR 8. November 2012)», *Tidsskrift for forretningsjus* (Oslo 2012) s. 247-263
- Lehrberg Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning*, (Uppsala 2003)
- Nordtvedt Nordtvedt, Henning mfl., *NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for Totalentrepriser: Kommentarutgave* (Oslo 2013)
- Nygaard Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Oslo 2004)
- Ross Ross, Alf, *Om Ret og Retfærdighed* (København 1953)
- Simonsen (2010) Lasse Simonsen, «Motstridende utsagn i kontraktsdokumenter», *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs* (Oslo 2010) s 266-280
- Simonsen (2009) Simonsen Lasse, «Tolking av anbudsgrunnlag Rt-2007-1489», *Festskrift til det danske selskab for byggeret*, (København 2009) s. 277-288
- Skoghøy Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018)
- Tørum Tørum, Amund Bjørnanger: *Interpretation of commercial contracts* (Oslo 2019)

Urbye	Urbye, Hans Jakob, <i>Kommentarer til NS 8400 regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser, NS 8410 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved konkurranse med forhandlet prosedyre: en håndbok i anskaffelser for bygg- og anleggsnæringen</i> (Lysaker 2007)
Woxholt	Woxholt, Geir, <i>Avtalerett</i> , 10. utgave (Oslo 2017)

EU-/EØS-kilder

Traktater og direktiver

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992.
EP/Rdir 2004/18/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting [Anskaffelsesdirektiv] [Innkjøpsdirektivet].
Anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

EU-domstolen

Sag C-328/92	Kommisjonen/Spania
--------------	--------------------

Sag C-84/03

Kommisjonen/Spania

Sag C-368/10

Max Havelaar

EFTA-domstolen

E-1/07 (A)

Nettsider

<https://www.standard.no/nettbutikk/juridiske-standarder/> hentet 05.12.19.

Annet

Standarddokumenter

NS 8400	Norsk Standard 8400 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser.
NS 8410	Norsk standard 8410 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser
NS 8405	Norsk Standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt.
NS 8507	Norsk Standard 8407:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.
NS 3431	

Overnasjonale normsamlinger

CISG	Draft Common Frame of Reference
UNIDROIT	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2010.

