



# NORGES HØYESTERETT

Den 1. november 2007 avsa Høyesterett dom i

**HR-2007-01835-A, (sak nr. 2007/315), sivil sak, anke,**

JM Byggholt AS

(advokat Tone Bjørn – til prøve)

Hjelpeintervenient:

Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg

(advokat Nils-Henrik Petterson)

mot

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo  
v/advokat Ingolf Skaflem)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder hovedentreprenørens krav på vederlag for tiltransport av sideentreprenører. Med tiltransport av sideentreprenør siktes til at hovedentreprenøren påtar seg fullt ansvar og risiko for sideentreprenøren som om denne var vedkommendes egen underentreprenør.
- (2) Oslo kommune v/Undervisningsbygg Oslo KF, i det følgende kalt kommunen, innbød sommeren 2002 til åpen anbudskonkurranse for bygningsmessige arbeider ved tilbygg og ombygging av Linderud skole. Ved anbudsåpningen den 27. august 2002 hadde det meldt seg fire anbydere. Laveste anbud var på 40 828 295 kroner eksklusive merverdiavgift og var avgitt av JM Byggholt AS, heretter kalt Byggholt. Byggholt ble tildelt anbudet.
- (3) Av anbudsinnbydelsen framgår at arbeidet var forutsatt å skulle starte 4. november 2002 og foregå i tre faser med beregnet overtakelse av fase én sommeren 2003, fase to i mars 2004 og fase tre i desember 2004.
- (4) Av prosjektbeskrivelsen, benevnt ”bok 0”, framgikk under pkt. A.2.2 at kommunen ville engasjere entreprenører for tekniske arbeider, og at disse så ville bli tiltransportert den valgte bygningsentreprenøren. Kommunen hadde på anbudstidspunktet ikke avgjort

hvilke entreprenører som ville bli engasjert. Det var derfor på det rene at tiltransporten først ville skje etter at anbudskonkurransen for de bygningsmessige arbeider var avgjort.

- (5) Prisingsgrunnlaget var, etter mønster av NS 3420, inndelt i hovedkapitler og underposter. Kapittel 01 gjaldt "Rigg og drift". En av postene under dette kapittel var post 01.B22.10 "Administrasjon". Denne var igjen inndelt i ni underposter, deriblant post 01.B22.10.1 som hadde følgende beskrivelse:

**"B22.211  
GENERELL BYGGEPLASS – ADMINISTRASJON ALLE ARBEIDER  
Administrasjon med fremdriftsansvar av underentreprenører, Se bok 0"**

- (6) Benevnelsen B22.211 refererer til korresponderende kode under NS 3420.
- (7) Byggholt hadde gitt en felles pris for samtlige ni poster under 01.B22.10 Administrasjon. For fase én var denne satt til 600 000 kroner, for fase to 255 000 kroner og for fase tre 650 000 kroner.
- (8) Etter anbudsåpningen kom det fram at Byggholt ikke hadde tatt vederlag for tiltransport av sideentreprenører med i fellesprisen under post 01.B22.10 på 600 000 kroner for fase én, og heller ikke i tilsvarende fellespris for fase to og fase tre. Disse kostnadene var heller ikke på annen måte prissatt i anbudet. Byggholt opplyste at man hadde regnet med at det ville bli gitt et etterfølgende påslag i forbindelse med tiltransporten av de tekniske entreprenører som kommunen kom til å velge. Kravet Byggholt ville stille til påslag ble i brev av 12. september 2002 oppgitt til 15 % av det totale vederlaget til disse entreprenørene. I senere brev opplyses prosentsatsen å bestå av "firmaets generalomkostninger (5 %), generell avsetning for garantiarbeider og risiko (3 %) samt bedriftens krav til fortjeneste (resultat før skatt (7 %)), totalt 15 %".
- (9) Kommunen ga i brev 30. september 2002 følgende svar:

**"I anbudsspesifikasjonenes kapittel 01 Rigg og drift, postene 01.B22.10 Administrasjon har Byggholt AS ikke fylt ut hver enkelt prispålysende post, men angitt samlet pris for hele side 01-5. Det er beskrevet for Post 01.B22.10.1 Generell byggeplass - administrasjon av alle arbeider. "Administrasjon med fremdriftsansvar av underentreprenører. Se bok 0".**

**I bok 0, pkt. A.2.2. Prosjektets organisasjons-, entreprise-, og kontraktsform, 2. linje er det beskrevet: "Valgte tekniske entreprenører vil bli tiltransportert bygningsentreprenøren som underentrepriser". Videre er det i pkt. A.2.4 Underentrepriser anslått verdi av planlagte underentrepriser.**

**Byggholt AS har i følgebrev til anbudet, datert 27. august 2002, ikke tatt forbehold om påslag for tiltransport. Byggholt AS har derimot klart for seg hvilken entrepriseform det dreier seg om, når det i følgebrevet angis at "Det forutsettes at de tiltransporterte underentreprenører har tilstrekkelig kapasitet".**

**Undervisningsbygg Oslo KF anser at anbudsunderlaget er tilstrekkelig grunnlag til at anbyder har forstått, eller burde forstått, at det skulle oppgis påslag for tiltransport av tekniske entrepriser. På bakgrunn av ovennevnte, anser Undervisningsbygg Oslo KF påslag for tiltransport av tekniske entreprenører som inkludert i Byggholt AS sin tilbudssum.**

**Byggholt AS spesifiserte 15 % påslag for tiltransport av underentrepriser i brev av 12. september 2002. Denne påslagsprosenten anses som enhetspris for tiltransport av andre entrepriser enn de beskrevet i bok 0 pkt. A.2.2 og A.2.3.”**

- (10) Partene ble ikke enige om kostnadene ved tiltransport var inkludert i anbudet. Etter at kommunen, under trussel om erstatningssøksmål, fastholdt at Byggholt måtte vedstå seg sitt anbud, ble kontrakten underskrevet av Byggholt og kommunen henholdsvis 14. og 25. november. Ved kontraktsinngåelsen var begge parter innforstått med at de var uenige om hvorvidt kostnadene ved tiltransport var inkludert i anbudet eller ikke, en uenighet som eventuelt måtte avgjøres ved de ordinære domstoler. Byggholt tok i denne forbindelse forbehold om ”at selskapet står fritt til å anlegge rettssak på det tidspunkt som selskapet finner hensiktsmessig, enten under byggeprosessen, eller etter arbeidenes avslutning . . .” I brev 19. november 2002 fra kommunen uttales:

**”Undervisningsbygg gjør oppmerksom på at varsel om tillegg skal fremmes i henhold til NS 3430”.**

- (11) Byggholt tok ikke med krav om særskilt honorar for tiltransport i slutfakturaen etter fase én. Kommunen gjorde etter hvert gjeldende at kravet måtte anses frafalt eller prekludert i sin helhet etter NS 3430 pkt 28.3.4, og i alle fall for fase én ettersom kravet ikke var tatt med i slutfakturaen for denne fasen.
- (12) Byggholt tok ut stevning for Oslo tingrett 15. oktober 2004 med påstand om påslag med inntil 4 885 893 kroner. Tingretten avsa dom 20. juni, rettet 22. juni og 8. juli 2005, med slik domsslutning:

**”1. Oslo kommune ved ordføreren dømmes til å betale Byggholt AS påslag for tiltransport av underentrepriser for prosjekt, Linderud skole, med 560 000 – femhundreogsekstifusentusen – kroner med tillegg av merverdiavgift og lovens forsinkelsesrente fra 08.10.2004 og med 788 000 – syvhundreogåttiåttetusen – kroner med tillegg av merverdiavgift og med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall på slutfaktura for fase 3 til betaling skjer.**

**2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.”**

- (13) Tingretten kom til at vederlaget for tiltransport ikke var inkludert i anbudet, og at Byggholt hadde krav på et ”sedvanlig” prosentvis påslag. Dette ble satt til 8 %. Derimot fant tingretten at kravet for fase én var bortfalt, fordi dette ikke var tatt med i slutfakturaen for denne fasen.
- (14) Oslo kommune anket dommen til Borgarting lagmannsrett, mens Byggholt inga aksessorisk motanke. Lagmannsretten, som var satt med to fagkyndige meddommere, delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, de juridiske dommerne, kom til at prisen for tiltransport var inkludert i fellesprisen under 01.B22.10 Administrasjon, og at kommunen derfor måtte frifinnes, mens mindretallet var enig i tingrettens resultat. En enstemmig lagmannsrett kom til at kommunen måtte frifinnes i motanken. Lagmannsrettens domsslutning lød:

**”1. Oslo kommune frifinnes.**

**2. Saksomkostninger for tingretten og i hovedanken for lagmannsretten tilkjennes ikke.**

**3. I saksomkostninger i motanken for lagmannsretten betaler Byggholt AS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom til Oslo kommune 38.217 – trettiåttetusentohundreogsytt – kroner, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum fra forfall til betaling skjer. I tillegg kommer 1/4 – en fjerdedel – av godtgjørelsen til de fagkyndige meddommere.”**

- (15) Byggholt har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Anken er begrenset til spørsmålet om Byggholt har krav på påslag for tiltransport for fase to og tre. Byggholt har også akseptert at påslaget settes til 8 %, slik tingretten kom til.
- (16) For Høyesterett har Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg meldt seg som hjelpeintervenient.
- (17) Det er gitt skriftlige forklaringer fra tre vitner, som også forklarte seg for lagmannsretten. Det er videre framlagt ett nytt dokument. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (18) Den ankende part – *JM Byggholt AS* – har i det vesentlig anført:
- (19) Lagmannsrettens flertall har tatt feil når den konkluderte med at honoraret for tiltransport av de tekniske entreprenører må anses inkludert i anbudssummen.
- (20) Det er ikke mulig å lese ut fra beskrivelsen i post 01.B22.10.1 at påslaget for tiltransportkostnader skulle gis i form av rund sum. Teksten omtaler ikke tiltransport, men ”administrasjon med fremdriftsansvar”, hvilket er noe annet. Det er således ikke samsvar mellom postbeskrivelsens tilleggstekst og prosjektbeskrivelsen i post A.2.2. Uklarheten blir særlig stor når post A.2.2 henviser til tiltransporterklæringen, som i pkt. 4 forutsetter at det skal gis et prosentvis påslag. Denne skulle først underskrives når tiltakshaver hadde inngått kontrakt med de aktuelle sideentreprenører, hvilket skulle skje etter at anbudet var inngitt. Kontrakten er basert på NS 3430, og det er ikke noen steder gitt uttrykk for at pkt. 12.4 i denne ikke skulle gjelde. Å inkludere kostnader for tiltransport i kapitlet for Rigg og drift er også i strid med systemet i NS 3420, og skulle derfor ha vært markert med et 9-tall i kodeangivelsen. Uansett er dette en uvanlig framgangsmåte, som tilsier at det stilles ekstra krav til klarhet. At postbeskrivelsen er uklar, bekreftes for øvrig av at heller ikke noen av de øvrige anbyderne har forstått den slik kommunen hevder.
- (21) Det er et anerkjent tolkingsprinsipp i avtaleretten at en kontrakt må tolkes mot den som burde ha uttrykt seg klarere. I entrepriseforhold gjelder et særlig klarhetskrav. Uklarheten må derfor gå ut over kommunen, som er den som har ansvaret for utarbeidelsen av anbudsgrunnlaget. Det vises i denne forbindelse til NS 3430 pkt. 7.5, flere avgjørelser fra Byggebransjens faglige juridiske råd og til rettspraksis.
- (22) Lagmannsrettens flertall har i realiteten tatt det motsatte utgangspunkt når den har krevd at Byggholt skulle ha rettet opp uklarheten ved å presisere i tilbudet at et påslag for tiltransport ville komme i tillegg. På denne måten har lagmannsretten latt uklarheten gå ut over Byggholt og ikke den part som er ansvarlig for den.
- (23) Det er heller ikke riktig når lagmannsrettens flertall legger til grunn at Byggholt forsto at kommunen etterspurte prising av tiltransporten. Byggholt har lest postbeskrivelsen i

01.B22.10.1, prosjektbeskrivelsens pkt. A.2.2 og den vedlagte tiltransporterklæringen slik at det var den vanlige framgangsmåten ved beregning av honorar ved tiltransport av sideentreprenører som skulle følges, nemlig honorering i form av et prosentvis påslag. Siden det ikke ble spurt om påslagsprosent, var det naturlig å henholde seg til regelen i NS 3430 pkt. 12.4, som sier at det i mangel av annen avtale skal beregnes sedvanlig påslag. Det var ingen grunn for Byggholt å ta forbehold om dette så lenge kontrakten var basert på NS 3430, jf. Byggholts presisering i tilbuds brevet.

- (24) Det bestrides at kravet er prekludert. Krav om honorar for tiltransport er ingen endring etter NS 3430 pkt. 28.3. Det var således ingen uenighet om at tiltransport skulle skje, kun om honoraret var inkludert i prisingen. Det var for øvrig en del av kontrakten at uenigheten, om nødvendig, skulle løses ved domstolene. Dette kan ikke kommunen sette til side ved å påberope preklusjon. Det vil være en illojal opptreden i forhold til Byggholt. Om avtalen ikke skulle være til hinder for dette, må den i så fall revideres i medhold av avtaleloven § 36.
- (25) Videre bestrides at noe av honoraret allerede er dekket gjennom prisingen for administrasjon, jf. post 01.B22.10. Byggholt har holdt samtlige kostnader som vedrører tiltransporten, utenfor prisingen. Det må derfor gis et påslag på 8 % av det totale vederlaget til de tiltransporterte underentreprenører, uten noe fradrag.
- (26) JM Byggholt AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. Oslo kommune v/ordføreren dømmes til å betale til JM Byggholt AS påslag for tiltransport av underentrepriser for prosjekt Linderud skole, med kr 1.680.264,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente, av kr 694.400,- fra 08.10.04 og av kr 985.864,- fra 09.08.05, av begge beløp til betaling finner stede.
  2. JM Byggholt AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling finner sted.”
- (27) Hjelpeintervenienten – *Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg* – har i det vesentlige anført:
- (28) Hjelpeintervenienten er enig med den ankende part i at lagmannsrettens dom bygger på feil rettsanvendelse.
- (29) Det må således være på det rene at det forelå en betydelig uklarhet i anbudsgrunnlaget om hvordan prisingen av tiltransporterte sideentreprenører skulle skje. Det er høyst uvanlig at prisen for tiltransport av sideentreprenører gjøres i form av rund sum. Det er videre misvisende å plassere prisingen for dette under posten Administrasjon på byggeplassen. Riktignok inneholder kostnadene også administrasjon. Hovedelementet vil imidlertid være ren risiko for underentreprenørens utførelse, herunder en viss mulighet for solvensrisikoen. Det naturlige ville være å be om slik prising i tilbudskjemaet, slik det har vært gjort i andre tilfelle.
- (30) Både i praksis og i teori oppstilles en regel i entrepriseretten om at uklarheter i anbudsgrunnlaget som hovedregel må gå ut over tiltakshaver. Både hensynet til en effektiv tilbudsprosess og hensynet til en rettferdig konkurranse tilsier at anbudsgrunnlaget er så nøyaktig, presist og grundig som mulig, slik at misforståelser og feilprising unngås. Det er det bare byggherren som kan oppnå. En regel som legger

risikoen for mangler og uklarheter i anbudsdokumentene på byggherren, vil bidra til å sikre klarhet og ryddighet i anbudsprosessen. Et slikt prinsipp vil ha en særlig betydning i et tilfelle som dette, hvor byggherren har valgt en form for prissetting som bryter både med vanlig praksis og med det som følger av NS 3420.

- (31) Lagmannsretten kom til at Byggholt forsto eller burde forstå at tiltransport skulle prises, og at det derfor skulle ha vært markert at et påslag ville komme i tillegg til anbudet. Selv om dette skulle være riktig, hvilket er bestridt, kan det for det første reises spørsmål om det er plass for en slik subjektiv betraktning i anbudsretten, jf. Rt. 2003 side 1531 Veidekke. Men dernest blir konsekvensen av en slik betraktning at det i realiteten pålegges anbyderen å kvalitetssikre og rette opp anbudsgrunnlaget, noe som ikke gir en god regel. En slik betraktning stiller også anbyderen overfor meget vanskelige valg. Et forbehold kan således lett medføre at anbudet avvises, jf. anskaffelsesforskriften § 8-6 tredje ledd og § 8-10 første ledd bokstav d. En regel som i slike tilfelle pålegger anbydere å ta forbehold, vil lett gjøre anbudsprosessen uryddig, noe som vil gå ut over alle involverte parter.
- (32) Preklusjonsregelen i NS 3430 pkt. 28.3.4 kommer ikke til anvendelse i et tilfelle som dette. Bestemmelsens ordlyd peker entydig i retning av entreprenørens hovedforpliktelse.
- (33) Hjelpeterventen har nedlagt slik påstand:
1. **Oslo kommune v/ordføreren dømmes til å betale til Byggholt AS kr 1.680.264,- med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum av kr 694.400,- fra 08. oktober 2004 og av kr 985.864,- fra 09. august 2005 til betaling skjer.**
  2. **Entreprenørforeningen Bygg og anlegg tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 14 dager etter forkynnelsen av Høyesteretts dom til betaling skjer.”**
- (34) Ankemotparten – *Oslo kommune* – har i det vesentlige anført:
- (35) Lagmannsrettens flertall har kommet til riktig resultat når den har frifunnet kommunen.
- (36) For det første må vederlaget for tiltransporten anses omfattet av Byggholts anbud. Tiltransporten er således priset sammen med andre ytelser i posten for Administrasjon av byggeplassen, 01.B22.10.
- (37) At post 01.B22.10.1 også omfattet tiltransporterte sideentreprenører, følger, i tillegg til at det framgår av teksten, også av at første tall etter punktum i kodehenvisningen til NS 3420 er et 2-tall. Dette er i henhold til NS 3420 en angivelse av at posten gjelder alle arbeider og ikke bare entreprenørens egne arbeider.
- (38) Kommunen er enig i at teksten i post 01.B22.10.1 kunne ha vært klarere siden tiltransport omfatter mer enn bare administrasjon og ansvar for framdrift. Post 01.B22.10.1 skal imidlertid ikke leses isolert, men i sammenheng med de øvrige anbudsdokumentene. Særlig er det viktig at den leses i sammenheng med fellesbestemmelsene som er inntatt i bok 0, noe som for øvrig gjelder flere av postene under administrasjon av byggeplassen. Det følger klart av prosjektbeskrivelsen at tiltransporten var en del av oppdraget. Byggholt var fullt på det rene med dette. Selskapet må da ha forstått at det var meningen

at også tiltransporten skulle prises i anbudet og inngå i posten. Det vises for øvrig til NS 3400 pkt. 7.3, jf. anskaffelsesforskriften § 9-1 fjerde ledd, hvor det framgår at anbud skal utfylles fullstendig, og at poster som ikke er utfylt med pris, som utgangspunkt skal anses som innkalkulert i andre poster.

- (39) Det bestrides at størrelsen av anbudssummen for post 01.B22.10, sammenlignet med tilsvarende summer i anbudene fra de øvrige byderne, gir noen indikasjon på at tiltransporten ikke var inkludert. Prisene for rigg og drift kan variere fra entreprenør til entreprenør, og det kan også ligge taktisk prising bak.
- (40) Selv om Høyesterett skulle komme til at tiltransport ikke er inkludert i prisingen, må Byggholt likevel bære risikoen for manglende prising. Byggholt skulle således ha opplyst hvilken påslagsprosent som ville bli krevd eller tatt et forbehold eller på annen måte gjort det klart at påslag for tiltransport kom i tillegg. Av prosjektbeskrivelsen pkt. A.3.1 følger at det skulle leveres et komplett utfylt anbud med svar på alle forhold som var krevd i konkurransegrunnlaget. Om Byggholt var i tvil om hvilken post prisen skulle medtas under, skulle selskapet likevel på en eller annen måte ha oppgitt beløpet, jf. pkt. A.3.4. Det vises også til pkt. A.1.10, som bestemmer at forbehold som har priskonsekvenser, skal prissettes i tilbuds brevet. Endelig følger det av pkt. A.1.7 at Byggholt kunne ha bedt om tilleggsopplysning om hvordan prisingen skulle skje. At Byggholt i den situasjon som forelå, unnlot å foreta seg noe som helst, er således i strid med både klare bestemmelser i anbudsgrunnlaget og alminnelige krav til lojal opptreden.
- (41) Byggholt kan ikke fri seg fra ansvaret ved å vise til prinsippet om at uklart anbudsgrunnlag må tolkes mot anbudsinnbyderen, så lenge selskapet før anbudet ble gitt, var fullt oppmerksom på uklarheten, jf. også prinsippet i NS 3430 pkt. 7.5 annet ledd. Det vises i denne forbindelse også til at alle de øvrige tre anbyderne har forstått at tiltransporten skulle inngå i anbudet, og har priset dette.
- (42) At Byggholt nå i ettertid fremmer krav utenom anbudet som det ikke har vært tatt forbehold om, strider mot forhandlingsforbudet i anbudsretten. Det ligger også utenfor den meget snevre adgang regelverket gir til å avklare anbudet. Og noen rettingsadgang kan ikke komme på tale i dette tilfellet. Det vises til anskaffelsesforskriften § 9-1 første og annet ledd, NS 3400 pkt. 13.2 og 13.3 og Rt. 2003 side 1531 Veidekke.
- (43) Det bestrides at bestemmelsen i NS 3430 pkt. 12.4 hjemler påslaget. Bestemmelsen må forstås slik at den bare gjelder de tilfelle der entreprenøren etter at anbudsfristen er utløpt, inngår avtale om eller med grunnlag i kontrakten, jf. i vårt tilfelle prosjektbeskrivelsen pkt. A.2.3, blir pålagt tiltransport av sideentreprenører, og ikke som her, hvor tiltransporten følger av hovedkontrakten. Dette følger av at NS 3430 regulerer forhold i utføringsfasen. I alle fall er det grunn til å tolke bestemmelsen innskrenkende i lys av anskaffelsesregelverkets snevre rammer for etterfølgende korreksjoner og hensynet til lik konkurranse mellom byderne. Det kan dessuten reises spørsmål om ikke 8 % påslag i et tilfelle som vårt, går utover det sedvanlige.
- (44) Subsidiært anføres at kravet om påslag er prekludert, jf. NS 3430 pkt. 28.3.4. Det er ikke riktig, som hevdet av Byggholt, at pkt. 28.3.4 bare retter seg mot bygningsmessige endringer, jf. blant annet Kolrud mfl., Kommentar til NS 3430 side 235 – 236. Endringen kan også gjelde betingelsene for ytelsen, prisen. Kommunen har hele tiden hevdet at Byggholts krav måtte behandles som et krav om tillegg, det vil si en endring.

- (45) Atter subsidiært anføres at det må gjøres fradrag i påslaget for det som er tatt med i prisen under post 01.B22.10 Administrasjon, og som refererer seg til underentreprenører.
- (46) Oslo kommune har nedlagt slik påstand:
- ”1. Lagmannsrettens domsslutning pkt. 1 og 3 stadfestes.
  2. Oslo kommune tilkjennes sakens omkostninger for tingretten, i hovedanken for lagmannsretten og for Høyesterett, med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling finner sted.”
- (47) *Jeg er kommet til at anken tas til følge.*
- (48) I prosjektbeskrivelsen, som var inntatt i ”bok 0” i anbudsgrunnlaget, hadde pkt. A.2.2 overskriften Prosjektets organisasjon-, entreprise- og kontraktsform. Her het det blant annet:
- ”Tiltakshaver vil innhente tilbud fra ventilasjonsentreprenør, rørlegger, elektroentreprenør, heisleverandør og automatikkleverandør og evaluere disse. Valgte tekniske entreprenører vil bli tiltransportert bygningsentreprenør som underentrepriser. Bygningsentreprenør vil være hovedentreprenør. Kfr. Vedlagte tiltransporterklæring.”**
- (49) Tiltransporterklæringen, som det vises til i A.2.2, og som fulgte som vedlegg til prosjektbeskrivelsen, inneholdt teksten til en ikke undertegnet separat avtale som skulle inngås mellom den valgte bygningsentreprenøren og kommunen når denne hadde avgjort hvilke tekniske entreprenører som skulle engasjeres. Før tiltransporten ville disse være å betrakte som sideentreprenører til bygningsentreprenøren. Av erklæringen framgikk at bygningsentreprenøren, i forhold til sideentreprenøren, skulle tre inn i byggherrens sted ved at denne overtok alle byggherrens forpliktelser i forhold til sideentreprenøren. Samtidig skulle bygningsentreprenøren overta alle forpliktelser som sideentreprenøren hadde overfor byggherren. Tekniske entreprenører ble på denne måten i realiteten underentreprenører til bygningsentreprenøren, som således fikk betegnelsen hovedentreprenør.
- (50) Pkt. 4 i tiltransporterklæringen lød:
- ”Som Hovedentreprenør skal .... ha .... % påslag på de faktisk påløpte kostnader for den enkelte underentreprise eks mva.”**
- (51) De to prikkede linjer skulle fylles ut med henholdsvis navnet på bygningsentreprenøren og en prosentsats. Avtalen var forutsatt undertegnet av tre parter: Kommunen, bygningsentreprenøren og sideentreprenøren.
- (52) I prosjektbeskrivelsen pkt. A.2.3 Andre entrepriser het det:
- ”Tiltakshaver vil selv stå for innkjøp av møbler, utstyr og innredning som ikke inngår i denne beskrivelse. Bygningsentreprenør kan senere bli tiltransportert denne entreprisen.”**
- (53) Det het videre under pkt. A.2.4 i prosjektbeskrivelsen at planlagte underentrepriser hadde en anslått verdi av ca. 26 millioner kroner.



(54) Endelig het det i prosjektbeskrivelsens pkt A.1.10:

**”Forbehold skal være listet opp i tilbudsbrevet for å være gjeldende.  
Forbehold som har priskonsekvenser skal prissettes i tilbudsbrevet.”**

- (55) ”Bok 1” i anbudsgrunnlaget ga prisingsgrunnlaget for de bygningsmessige arbeider. Denne var, etter mønster av NS 3420, inndelt i en rekke kapitler med hoved- og underposter for de enkelte arbeidsoperasjoner som byggeprosjektet besto i. For hver underpost var det angitt fire kolonner for henholdsvis enhet, mengde, pris og sum. Ved å summere prisene for de enkelte delelementer, framsto den samlede pris på anbudet. I det såkalte tilbudsskjemaet, som var inntatt i prosjektbeskrivelsen pkt. A.3.2, ble det foretatt en oppstilling av den summerte prisen for hvert enkelt kapittel som prisingen var oppdelt i. Oppstillingen gjaldt for hver av de tre fasene i byggeprosjektet og viste en samlet sum både for hver av fasene og for hele prosjektet.
- (56) Som allerede nevnt gjaldt kapittel 01 ”Rigg og drift”. Kapitlet var inndelt i fire hovedposter, hvorav hovedpost 01.B22 gjaldt ”Drift av byggeplass” med post 01.B22.10 ”Administrasjon” som en av underpostene. Denne var igjen inndelt i ni underposter, deriblant post 01.B22.10.1, med den betegnelse som jeg har sitert innledningsvis.
- (57) Under kolonnen for enhet var det for denne posten oppført betegnelsen ”RS”, som står for rund sum. Som allerede nevnt hadde Byggholt gitt en felles pris for samtlige ni poster under 01.B22.10 Administrasjon.
- (58) I tilbudsbrevet hadde Byggholt gitt følgende forbehold vedrørende tiltransporten:
- ”Det forutsettes at de tiltransporterte underentreprenører har tilstrekkelig kapasitet.”**
- (59) I tillegg var det i tilbudsbrevet presisert at ”(v)år pris er basert på beskrivelse og ansvar i henhold til NS 3420 og NS 3430”. Verken i tilbudsbrevet eller i andre anbudsdokumenter hadde Byggholt omtalt eller kommentert post 01.B22.10.1.
- (60) Spørsmålet som saken reiser, er om Byggholt, etter at anbudsfristen er utløpt, har adgang til å fremme et tilleggskrav på vederlag for tiltransporten av de tekniske entreprenører. Kommunen hevder at det framgår av post 01.B22.10.1, lest i sammenheng med pkt. A.2.2 i prosjektbeskrivelsen (”bok 0”), at dette skulle tas med i anbudet. Byggholt bestrider at et slikt krav kan leses ut av anbudsdokumentene.
- (61) Når uenighet om hva som ligger i et anbud, inntreffer etter en anbudskonkurranse 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 tolkingsspørsmål – enten ved bruk av oppmannsordningen i standardvilkårene, ved voldgift dersom dette er avtalt, eller gjennom domstolsbehandling.
- (62) Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset.

Av samme grunn vil det være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebransjen, jf. i denne sammenheng forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9. Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd.

- (63) I dette tilfellet var prisgrunnlaget basert på NS 3420, som har tittel ”Beskrivelsestekster for bygg, anlegg, installasjoner”. I den innledende orientering er innholdet i standarden beskrevet på følgende måte:

**”Standarden inneholder spesifiserende tekster med tilhørende bestemmelser som bl.a. omfatter definisjoner, tekniske bestemmelser, omfang (prisgrunnlag), mengdereglene og beskrivelsesveiledning som er nødvendige for å beskrive et byggeprosjekt entydig.”**

- (64) Kommunens prinsipale syn er at vederlaget for tiltransport skulle ha vært priset som rund sum under post 01.B22.10.1. Som nevnt foran inngår denne posten i kapittelet Rigg og drift, som en underpost under postene Drift av byggeplass og Administrasjon. Det er på det rene at den korresponderende posten i NS 3420 ikke er utformet med sikte på prising av tiltransport av sideentreprenører. Det synes også å være på det rene at det heller ikke er vanlig å prise tiltransport av sideentreprenører som rund sum under kapittelet Rigg og drift.

- (65) En angivelse av prising under en post som i utgangspunktet tar sikte på andre forhold, vil lett skape risiko for misforståelser. Dette kan avhjelpes på to måter. For det første gir NS 3420 selv anvisning på en koding som gjør leseren spesielt oppmerksom på at man tar sikte på en prising som avviker fra det som ellers er angitt i standarden. Dette gjøres ved tilføyelse av et 9-tall i koden som henviser til standarden. En slik markering var ikke gjennomført i dette tilfellet, idet koden var angitt som B22.211. Jeg tilføyer i denne forbindelse at jeg ikke kan være enig i kommunens forståelse av NS 3420 om at det ved kapittelet Rigg og drift kun er ved annen prising enn rund sum at slik koding skal benyttes.

- (66) Den andre måten misforståelse kan avhjelpes på, er å gi en tilleggstekst til postens standardtekst som klart og entydig gir uttrykk for hva posten er ment å skulle prissette. I dette tilfelle er det i tillegg til teksten ”GENERELL BYGGEPLASS – ADMINISTRASJON ALLE ARBEIDER”, gitt følgende tilføyelse:

**”Administrasjon med fremdriftsansvar av underentreprenør, Se bok 0.”**

- (67) Uttrykket ”administrasjon med fremdriftsansvar av underentreprenør” er uklart. Bygningsentreprenøren har alltid administrasjons- og framdriftsansvar for egne underentreprenører, og det er derfor mer nærliggende å forstå uttrykket slik at bygningsentreprenøren skal ha et administrasjonsansvar overfor andre entreprenører samtidig som bygningsentreprenøren pålegges et ansvar også for disses framdrift – selv om dette innebærer en endring som skulle vært markert med et 9-tall. Dette er imidlertid under enhver omstendighet noe annet enn en full tiltransport. Ved tiltransport overtar bygningsentreprenøren fullt ansvar og risiko for sideentreprenørens ytelser ved at sideentreprenøren blir bygningsentreprenørens underentreprenør. Det er etter min mening ikke mulig å forstå uttrykket slik at det er et slikt ansvar det siktes til.

- (68) Kommunen har i denne forbindelse sterkt framholdt at teksten ikke må leses isolert, men i sammenheng med øvrige bestemmelser i anbudsgrunnlaget, spesielt bestemmelser inntatt i prosjektbeskrivelsen. I dette tilfellet er det uttrykkelig henvist til bok 0.
- (69) Som det framgår av det jeg tidligere har sitert, går det klart fram av prosjektbeskrivelsens pkt. A.2.2 at det skulle skje en tiltransport av de tekniske entreprenører. Det er heller ingen tvil om at Byggholt var fullt på det rene med at anbudet ville innebære en slik tiltransport. Det viser forbeholdet om de tiltransporterte underentreprenørers kapasitet. Like fullt er det en språklig motstrid mellom dette og teksten i post 01.B22.10.1, og det er derfor langt fra klart at vederlaget for slik tiltransport skulle prises under denne posten, ikke minst tatt i betraktning at prising med fast pris før det er klarlagt hvilke sideentreprenører som blir tiltransportert, er uvanlig. Det som imidlertid i særlig grad skaper uklarhet, er henvisningen under pkt. A.2.2 til ”Vedlagte tiltransporterklæring”. Denne skulle forutsetningsvis utfylles og underskrives i ettertid når kommunen hadde gjort sine valg av tekniske entreprenører. Etter skjemaet skulle vederlaget fastsettes med et prosentvis påslag.
- (70) Lest i sammenheng er det vanskelig å se at henvisningen til bok 0 i post 01.B22.10.1 gjør det klarere at vederlaget for tiltransport skulle prises som rund sum under denne posten. Slik har da heller ingen av de øvrige anbyderne forstått posten. Samtlige har oppfattet det slik at vederlaget skal angis med et prosentvis påslag.
- (71) Et avgjørende poeng for lagmannsretten har vært at Byggholt ikke ga ”noe som helst direkte varsel i tilbudet om at påslag for administrative tjenester ville komme i tillegg”. Dette utdypes på følgende måte:
- ”Det sentrale her er at Byggholt forsto at kommunen etterspurte prising av en tjeneste av stor betydning for totalsummen. Med en påslagsprosent på 15 %, som Byggholt har krevet, og teknisk entrepriser i størrelsesorden 26 millioner, vil påslagsbeløpet utgjøre om lag 3,9 millioner kroner for hele entreprisen, nesten 10 % av samlet tilbudspris. I en slik situasjon burde Byggholt ikke nøydt seg med en generell henvisning til NS 3420 og NS 3430, men skulle - i likhet med de øvrige anbyderne - gitt et signal om at noe kom i tillegg til rundsummen under post 01.B22.10.”**
- (72) Lagmannsretten gir uttrykk for at Byggholt forsto at kommunen etterspurte prising av tiltransporten. Det er ikke redegjort for hva lagmannsretten her bygger på, og jeg finner ikke å kunne legge dette til grunn, noe jeg vil komme tilbake til nedenfor.
- (73) Det følger imidlertid av lagmannsrettens premisser at hvis Byggholt innså uklarheten, så var selskapet også forpliktet til å gi et signal om hvordan man oppfattet dette, og hvordan man ville forholde seg til uklarheten. Dette innebærer at det pålegges anbyder å avklare uklarheter i anbudsgrunnlaget. I praksis vil det bety at anbyder må ta et forbehold.
- (74) Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget. Jeg viser til Rt. 2003 side 1531 Veidekke, hvor førstvoterende uttaler følgende om byggherrens plikt til å rette åpenbare feil:
- ”Byggherrens plikt er begrenset til å rette åpenbare feil ”som han blir oppmerksom på”. Etter bestemmelsens ordlyd kreves det altså positiv kunnskap om feilen. Men bestemmelsen er i praksis gitt en videre rekkevidde – spørsmålet er om det er feil som er klart påviselige etter hva en normalt forstandig anbudsinbyder måtte oppdage.”**

- (75) Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment.
- (76) Ut fra det jeg allerede har redegjort for, framstår det i alle fall ikke som klart at tiltransporten skulle prises i form av rund sum under post 01.B22.10.1. Spørsmålet er om det var klart at det på en eller annen måte skulle ha vært gjort et prosentvis påslag.
- (77) De øvrige anbyderne hadde, til forskjell fra Byggholt, gitt en pris i form av et prosentvis påslag, og det kan spørres om ikke tekstene lest i sammenheng må forstås slik at det i det minste måtte gis en slik pris. Jeg ser det som mest nærliggende å lese tekstene slik at det prosentvise påslaget skulle gjøres i forbindelse med utferdigelsen av tiltransporterklæringen. I tillegg til at det er dette som klarest følger av en naturlig forståelse av ordlyden, herunder de henvisninger som er gjort til henholdsvis bok 0 i post 01.B22.10.1 og fra bok 0 til tiltransporterklæringen, er det også av betydning at pkt. 4 i tiltransporterklæringen er det eneste sted i anbudsgrunnlaget som i klartekst etterspør prising av et vederlag for tiltransporten. Jeg nevner i denne forbindelse at i andre tilfelle der det har vært meningen at anbyderen skal gi en pris i form av påslagsprosent for tiltransporten, har dette vært positivt angitt, blant annet som en egen post i tilbudsskjemaet.
- (78) Kommunen har videre argumentert med at det å kreve vederlag for tiltransport i ettertid bryter med det generelle forhandlingsforbudet i anbudsretten og prinsippet om at det ikke i ettertid er adgang til å endre sitt tilbud. Det problematiske rent anbudsrettslig ved å komme i ettertid med et pristillegg gjorde det, etter kommunens mening, klart at prisingen måtte skje i tilbudet.
- (79) Byggholt har i denne forbindelse vist til NS 3430 kapittel 12 Overdragelse av kontraktsforpliktelser. Overtagelse av entreprisansvar. Administrasjon av sideentrepriser. Pkt. 12.4 lyder:
- ”Er det ikke avtalt vederlag for hovedentreprenørens eller administrerende sideentreprenørs ytelser og ansvar, har han krav på sedvanlig påslag. Påslaget beregnes av det endelige og totale vederlag til underentreprenør eller administrert sideentreprenør.”**
- (80) Bestemmelsen må leses i sammenheng med pkt. 12.2, som lyder:
- ”Inneholder kontrakten mellom byggherren og entreprenøren bestemmelser om at entreprenøren plikter å påta seg administrerende og kontrollerende oppgaver overfor en sideentreprenør, gir dette entreprenøren bare slike forpliktelser som er beskrevet i definisjonen av administrerende sideentreprenør i 2.7, jf. 12.3, med mindre annet er uttrykkelig avtalt”.**
- (81) Kommunen hevder at disse bestemmelsene kun er ment å gjelde der entreprenøren påtar seg overtakelse av ansvar for andre entreprenører etter at anbudskontrakten er inngått. Jeg kan ikke se at dette følger av bestemmelsenes ordlyd. Slik bestemmelsene er formulert, må vederlag i form av påslag også kunne gis hvor overtakelsesplikten er fastsatt i anbudskontrakten der kontrakten ikke sier noe om vederlaget. Ved at bestemmelsen begrenser påslaget til det ”sedvanlige”, vil det være relativt snevre rammer for hva dette

kan gå ut på. Dette reduserer vekten av motargumentet mot en slik fortolkning, nemlig hensynet til forhandlingsforbudet og hensynet til likhet mellom anbyderne.

- (82) Jeg er etter dette kommet til at Byggholt kan gjøre gjeldende krav på vederlag for tiltransport.
- (83) Kommunen hevder subsidiært at kravet er foreldet. Det er vist til NS 3430 pkt. 28.3.4. Bestemmelsen lyder:
- ”Dersom entreprenøren mottar avslag på sitt krav, må han innen 6 måneder ha krevd spørsmålet avgjort etter 40.3 eller 40.4. Gjør han ikke det, anses arbeidet for å være en del av hans plikter etter kontrakten.”**
- (84) Bestemmelsen må leses i sammenheng med pkt. 28.3.1, første punktum som lyder:
- ”Krever byggherren i form av tegninger, spesifikasjoner, pålegg eller på annen måte utført et nærmere bestemt arbeid som entreprenøren mener ikke er en del av hans plikter etter kontrakten, skal han skriftlig kreve at byggherren utformer kravet som et pålegg om endring etter 28.2.”**
- (85) Kommunen anfører at den ved sitt brev 19. november 2002 uttrykkelig påpekte ”at varsel om tillegg skal fremmes i henhold til NS 3430”. Den viser videre til at Byggholt framsatte et begrunnet skriftlig krav om påslag ved brev 9. januar 2003. Dette må betraktes som et krav fra entreprenøren i henhold til pkt. 28.3.1. Dette kravet ble avslått ved kommunens brev av 17. januar 2003. Fra da av løp en seks måneders frist for å reise søksmål. Stevningen, som først ble inngitt 15. oktober 2004, er derfor for sent framsatt.
- (86) Bestemmelsen gjelder der byggherren krever utført ”et nærmere bestemt arbeid”. Det arbeid som det i dette tilfellet dreier seg om, er å påta seg ansvaret for tiltransporterte sideentreprenører. Byggholt har ikke bestridt at et slikt ansvar er en del av selskapets plikter etter kontrakten. Uenigheten dreier seg utelukkende om hvorvidt Byggholt har krav på vederlag utenom anbudet. Jeg kan ikke se at dette er et krav som prekluderes etter disse bestemmelsene.
- (87) Atter subsidiært har kommunen anført at det må gjøres fradrag i påslaget for den del av ansvaret ved tiltransporten som er tatt med ved prisingen under post 01.B22.10. Under henvisning til beskrivelsen under post 01.B22.10.1 hevdes det at vederlag for ”administrasjon med fremdriftsansvar av underentreprenører” antas inkludert i prisingen, og påslaget kan derfor kun omfatte risikoen for underentreprenørenes arbeidsutførelse.
- (88) Når Byggholt har unnlatt å prise vederlaget for tiltransport, er dette gjort blant annet med den begrunnelse at prosjektbeskrivelsen pkt. A.2.2 henviser til tiltransporterklæringen som i pkt. 4 forutsetter at vederlaget skal fastsettes ved prosentvis påslag. Det er naturlig å lese denne slik at det er det samlede vederlag for tiltransporten som her skal fastsettes. Jeg legger derfor til grunn at ingen del av dette vederlaget er tatt med ved prisingen under 01.B22.10.
- (89) Etter dette har jeg kommet fram til at Byggholts krav er i behold, og at tingrettens dom må bli å stadfeste.
- (90) Anken har ført fram, og etter hovedregelen i tvistemålsloven § 180 annet ledd, jf. § 172 første ledd finner jeg at ankende part må tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.

For tingretten ble det ikke tilkjent saksomkostninger da saken ble dels vunnet dels tapt, jf. tvistemålsloven § 174. Når Høyesteretts resultat legges til grunn ved bedømmelse av spørsmålet om saksomkostninger for lagmannsretten, må resultatet bli det samme for denne instans. Omkostningene for Høyesterett settes i samsvar med innlevert omkostningsoppgave til 290 110 kroner. Av dette utgjør utlegg 14 310 kroner og rettsgebyr 25 800 kroner. Jeg finner at også hjelpeintervenienten må tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett. I samsvar med oppgave settes disse til 129 316 kroner, hvorav 8 453 kroner er utlegg og 25 863 kroner er mva.

(91) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Oslo kommune betaler til JM Byggholt AS 1 680 264 – enmillionsekshundreogåttitusenohundreogsekstifire – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum av 694 400 – sekshundreogtittifiretusenfirehundre – kroner fra 8. oktober 2004 og av 985 864 – nihundreogåttifemtusenåttehundreogsekstifire – kroner fra 9. august 2005, av begge beløp til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Oslo kommune til JM Byggholt AS 290 110 – tohundreogtittitusenetthundreogti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer. Saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett tilkjennes ikke.
3. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Oslo kommune til Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg 129 316 – etthundreogtjuenitusenetrehundreogseksten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

(92) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(93) Dommer **Coward:** Likeså.

(94) Dommer **Flock:** Likeså.

(95) Dommer **Lund:** Likeså.

(96) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Oslo kommune betaler til JM Byggholt AS 1 680 264 – enmillionsekshundreogåttitusenohundreogsekstifire – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum av 694 400 – sekshundreognittifiretusenfirehundre – kroner fra 8. oktober 2004 og av 985 864 – nihundreogåttifemtusenåttehundreogsekstifire – kroner fra 9. august 2005, av begge beløp til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Oslo kommune til JM Byggholt AS 290 110 – tohundreognittitusenettihundreogti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer. Saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett tilkjennes ikke.
3. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Oslo kommune til Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg 129 316 – etthundreogtjuenitusenrehundreogseksten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

Riktig utskrift bekreftes: