



NORGES HØYESTERETT

Den 22. september 2014 avsa Høyesterett dom i

HR-2014-01873-A, (sak nr. 2014/576), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Samferdselsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Per Sigvald Wang – til prøve)

mot

Fjord1 Fylkesbaatane AS

(advokat Siri Teigum – til prøve)

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

- (1) Dommer **Endresen**: Saken gjelder krav om tilleggsvederlag for drift av riksveiferjesamband i henhold til tjenstekonsesjonskontrakt. Ferjeselskapet har fremmet krav på grunnlag av kontrakt og subsidiært etter reglene om bristende forutsetninger.
- (2) Etter tilbudskonkurranse og etterfølgende forhandlinger inngikk Fjord1 og Statens vegvesen 17. desember 2004 avtale om drift av ferjesambandene Halhjem – Sandvikvåg og Mortavika – Arsvågen for tiårsperioden 1. januar 2007 til 31. desember 2016. Kontrakten er, slik det uttrykkelig fremheves i tilbudsorienteringen som var grunnlaget for de innhentede tilbud, en nettokontrakt. Dette innebærer at Fjord1 har ansvar og risiko for kostnader og inntekter i perioden. Spørsmålet i saken er om det som i tilbudsorienteringen ble opplyst om visse infrastrukturtiltak, likevel gir Fjord1 krav på tilleggsvederlag som følge av at tiltakene ble skutt ut i tid.
- (3) I tilbudsorienteringen var blant annet inntatt følgende om infrastrukturtiltak av relevans for trafikkmengden på sambandet Mortavika – Arsvågen:

"3.2 Infrastruktur, trafikantbetaling

Fra. 1. april 2001 er det krevd inn bompenger i ferjesambandet til finansiering av T-forbindelsen som skal knytte Karmøy til Vestre Bokn. Bompengerperioden er beregnet til ni år, og bompengepåslaget tilsvarer 12 takstsoner. Forventet byggestart for

prosjektet er 2005/2006, med åpning for trafikk i 2008/2009, men saken er ennå ikke endelig avklart.

Når T-forbindelsen til Karmøy er åpnet for trafikk er det i St.prp. nr. 72 (1999–2000) forutsatt at ferjesambandet Mekjarvik – Skudeneshavn blir lagt ned. Det er regnet med at dette vil gi en trafikkvekst i sambandet Mortavika – Arsvågen."

- (4) Ved brev av 14. juni 2004 fra Statens vegvesen ble dette punktet endret slik at forventet åpning av T-forbindelsen ble utskutt til 2009/2010. Tilføyelsen om at saken ikke var endelig avklart ble opprettholdt. Prosjektet ble ytterligere skutt ut i tid og åpnet først i mai 2013.
- (5) Bompengebetalingen ble ikke avvirket i tilknytning til at T-forbindelsen åpnet. I stedet vedtok Stortinget at det på sambandet skulle kreves inn bompenger til delfinansiering av Rogfastprosjektet som ved en undersjøisk tunnel skal gi ferjefri vei på E-39 mellom Nord-Jæren og Haugalandet.
- (6) Det viste seg relativt tidlig at trafikken i sambandene økte mer enn forutsatt og så sterkt at det oppstod behov for en sjette ferje. Den 4. mars 2010 ble det inngått en tilleggsavtale som dekker konsekvensene av at Fjord1 bygget og satte i drift ytterligere en ferje. Det var på dette tidspunktet på det rene at T-forbindelsen ikke ville åpne før i 2013, og eventuelle forsinkelser ble i tilleggsavtalens punkt 7.5.3 regulert slik:

"Dersom opning av T – forbindelsen og avslutning av dagens bompengneinnkrevjing blir forsinka utover 01.04.13 skal den årlige merinntekta kvart år, jfr. vedlegg 2, leggjast til frå 01.04.2013 og fram til opning skjer med ein forholdsvis andel av total meirinntekt det aktuelle året."

- (7) Da det ble klart at infrastrukturtiltakene omtalt i tilbudsorienteringen punkt 3.2 ville bli gjennomført på et senere tidspunkt enn det som var blitt opplyst, fremmet selskapet krav om økonomisk kompensasjon for den reduksjon i trafikkmengden som fulgte av dette. Kravet ble ikke akseptert, og Fjord1 reiste sak for Stavanger tingrett.
- (8) Stavanger tingrett avsa 14. mars 2013 dom med slik domsslutning:

"1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.

2. Fjord1 AS dømmes til å betale Staten v/Samferdselsdepartementet sine sakskostnader med 150.630 – etthundreogfemtitusensekshundreogtretti – kroner innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse."

- (9) Fjord1 anket tingrettens dom til Gulating lagmannsrett, som 23. januar 2014 avsa dom med slik domsslutning:

"1. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler tilleggsvederlag til Fjord1 med kroner 85.000.000 – åttifemmillioner –.

2. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Fjord1 sakskostnader for lagmannsretten med kr 656.956 – sekshundreogfemtisekstusenihundreogfemtiseks – og kroner 471.906 – firehundreogsyttiennihundreogseks – for tingretten."

- (10) Staten v/Samferdselsdepartementet har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens dom i sin helhet. Saken står for Høyesterett i samme stilling som for lagmannsretten.
- (11) Den ankende part, *staten v/Samferdselsdepartementet*, har i det vesentligste gjort gjeldende:
- (12) Den benyttede kontraktsform er i seg selv et vesentlig moment ved tolkingen av avtalen. Det dreier seg om en nettokontrakt. Fjord1 er gitt anledning til kommersiell drift av de to ferjesambandene i ti år. Statens vegvesen betaler et avtalt tilskudd til driften, men det er Fjord1 som har risikoen for en negativ utvikling og som beholder merfortjenesten ved en gunstigere utvikling enn forutsatt. Når Fjord1 likevel hevder at det er oppdragsgiver som har risikoen for reduksjon i trafikkgrunnlaget som følge av infrastrukturtiltak som ble skutt ut i tid, strider dette mot kontraktens grunnleggende idé.
- (13) Den inngåtte avtale er en tjenestekonsesjonskontrakt. Et krav om objektiv tolking følger da allerede av det likebehandlingskrav som gjelder også for slike avtaler. Det må oppstilles en presumpsjon for at partene ikke har opptrådt i strid med de offentligrettslige regler.
- (14) At avtalen må tolkes objektivt følger også av alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Det påpekes i denne sammenheng også at avtalen er inngått mellom profesjonelle og likeverdige parter. Fjord1 har da klart nok bevisbyrden for at det skal være inngått en avtale i strid med ordlyden.
- (15) Da Statens vegvesen aksepterte tilbudet fra Fjord1, var punkt 2.9 åttende ledd utformet slik at det uttrykkelig ble sagt at eventuell svikt i trafikkutviklingen skulle vurderes etter de alminnelige regler om bristende forutsetninger. Det har all formodning mot seg at det i etterkant av aksept av tilbudet er gjort endringer i kontrakten av materiell art. Tilføyelsen i punkt 2.9 åttende ledd i den endelige kontrakten fremstår tvert om som en presisering av den enighet som tidligere var oppnådd.
- (16) Ordlyden er klar, og det er ikke noe grunnlag for å etablere en avvikende felles kontraktsforståelse.
- (17) Statens vegvesen har gitt opplysninger om forventet fremdrift for ulike strukturtiltak, men det i seg selv endrer ikke noe på den avtalte risikofordeling. Foranlediget av ankemotpartens påberopelse av Rt. 2010 side 1345 (Oslo Vei), fremheves at det i saken her ikke er tale om verifiserbare historiske data, men om forsvarlige prognoser, som ikke pretenderte å være mer enn nettopp det.
- (18) Heller ikke de alminnelige regler om bristende forutsetninger gir grunnlag for det krav Fjord1 har fremmet. Kontraktens presisering av at forutsetningslæren får anvendelse, er uten selvstendig betydning.
- (19) Det er et hovedelement i den kontraktsstruktur som ble valgt at Fjord1 hadde risikoen for trafikkutviklingen. Slik var tilbudsorienteringen utformet. Allerede dette tilsier at det skal mye til for at den alminnelige forutsetningslære skal føre til et annet resultat. Det måtte også være klart for Fjord1 at oppstarttidspunktet for T-forbindelsen var usikkert.

- (20) At T-forbindelsen ble åpnet senere enn forutsatt, har dessuten ikke ført til noen ubalanse i avtaleforholdet, som er meget lønnsomt for Fjord1. Det økonomiske tapet var vesentlig lavere enn det lagmannsretten har bygget på, og det kan under ingen omstendighet foretas en isolert vurdering av konsekvensene av forsinkelsen. Tilleggsavtalen fra 2010 innebærer dessuten en totalregulering av hvilke tilskudd som skal betales i perioden fra og med 2012. Den relevante perioden med redusert trafikkvekst er da i hvert fall ikke lenger enn ett år.
- (21) Trafikkgrunnlaget i sambandene utviklet seg totalt sett vesentlig bedre enn forutsatt. Økningen i trafikkmengden var så stor at dette ble ansett som en bristende forutsetning, som berettiget til økt tilskudd ved tilleggsavtalen som regulerte konsekvensene av at det ble nødvendig å utvide med en sjette ferje. Trafikkutviklingen kan ikke både være vesentlig for sterk og vesentlig for svak, som grunnlag for kontraktsrevisjon etter forutsetningslæren.
- (22) Staten v/Samferdselsdepartementet har nedlagt slik påstand:
- "1. Tingrettens dom stadfestes.**
- 2. Staten ved Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett."**
- (23) Ankemotparten, *Fjord1 Fylkesbaatane AS*, har henholdt seg til lagmannsrettens dom, som i hovedsak hevdes å være riktig både i begrunnelse og resultat. Selskapet har for øvrig i det vesentligste gjort gjeldende:
- (24) Prinsipalt gjør Fjord1 gjeldende at det i kontrakten direkte fastslås at staten er ansvarlig for de økonomiske konsekvensene av at de forutsatte infrastrukturiltak dels ikke ble realisert, og dels ble vesentlig forsinket.
- (25) At staten er ansvarlig følger allerede av at begge parter hadde samme oppfatning av hvordan de aktuelle kontraktsbestemmelsene skulle forstås. Fjord1s forståelse av kontrakten bekreftes ved at de forbeholdene som ble tatt i det opprinnelige tilbudet, ble frafalt under henvisning til endringene i kontrakten. Det samme fremgår av referat av hva som ble meddelt styret i Fjord1 i telefonmøte den 4. oktober 2004. Det vises dessuten til et internt notat hos Fjord1 som ble oversendt Vegdirektoratet 8. desember 2004 forut for forhandlingsmøtet to dager senere. Det er også et vesentlig poeng at opplysningene om tidsperspektivet for T-forbindelsen og bompengeordningen ble gitt nettopp for at tilbyderne skulle bygge på dem.
- (26) At staten hadde den samme forståelse av kontrakten da denne ble inngått, fremgår også av en rekke dokumenter. I et udatert notat etter at Statens vegvesen hadde mottatt Fjord1s første tilbud, fremgår det at oppdragsgiver på det tidspunktet ikke hadde noen bestemt oppfatning av kontraktsbestemmelsene. Dette ble imidlertid senere avklart.
- (27) Forut for forhandlingsmøtet 22. september 2004 ba Fjord1 om en nærmere avklaring av hvordan kontrakten skulle forstås. Dette ble imidlertid avvist av Statens vegvesen, som ikke fant å kunne gi føringer for eller tolkninger av hvordan kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget skulle forstås. Det fremgår imidlertid av et internt notat datert 15. oktober 2004, utarbeidet i tilknytning til evalueringen av de innkomne tilbud, at også Statens vegvesens forståelse var at forsinket gjennomføring av infrastrukturiltakene

måtte anses som et resultat av offentlig myndighetsutøvelse som ville berettige Fjord1 til kompensasjon.

- (28) Den inngåtte avtale skal ellers tolkes objektivt. At det tas utgangspunkt i ordlyden, innebærer imidlertid ikke at ikke også andre tolkingselementer vil kunne ha betydelig vekt. Det kan klart nok legges vekt på avtalebestemmelsens formål, reelle hensyn, systembetraktninger, tidligere kontraktsutkast, korrespondanse, møtereferater med videre. Den enkelte kontraktsbestemmelse må også tolkes i lys av kontrakten som helhet. Partenes uttalte syn på kontraktsbestemmelsene vil under enhver omstendighet ha relevans ved den tolking av kontrakten som må gjøres om anførselen om felles kontraktsforståelse ikke fører frem. At det er benyttet en tjenstekonsesjonskontrakt, medfører at anskaffelsesdirektivet ikke får anvendelse. De krav til likebehandling med videre som likevel gjelder for kontraktsforholdet, er heller ikke til hinder for at det foretas en ordinær tolking av kontraktsbestemmelsene der alle de nevnte tolkingsmomenter trekkes inn.
- (29) Ordlyden i kontraktens punkt 2.9, etter at bestemmelsen ble korrigert 10. september 2004, gir ikke støtte for den forståelse av kontrakten som staten har gjort gjeldende for domstolene. Utgangspunktet i bestemmelsens andre ledd er at merarbeider eller merutgifter gir krav på tilleggsvederlag når endringen skyldes offentlig myndighetsutøvelse. Bestemmelsen i åttende ledd får bare anvendelse på svikt i forutsetningene som ikke "er beskrevet her". At dette var Fjord1s forståelse av bestemmelsen, kommer klart til uttrykk ved innsendelsen av det reviderte tilbudet den 5. oktober, og det må forutsettes at Statens vegvesen ville ha korrigert denne kontraktsforståelsen om partenes forståelse ikke var sammenfallende.
- (30) Dette er ytterligere tydeliggjort i den endelige kontrakt ved tilføyelsen "og i tilbudsorienteringens punkt 3.2 og 4.2" i åttende ledd. Dette må forstås slik at det i disse tilfellene er den alminnelige bestemmelse i andre ledd, om konsekvensene av myndighetsutøvelse, som regulerer svikt i disse forutsetningene. De alminnelige regler om bristende forutsetninger, som åttende ledd for øvrig viser til, får ikke anvendelse.
- (31) Samlet sett er utformingen av kontraktens punkt 2.9 ikke optimal, men eventuell uklarhet må tolkes mot staten ettersom det er Statens vegvesen som har utformet kontrakten.
- (32) Subsidiært gjøres det gjeldende at kravet på tilleggsvederlag følger av de alminnelige regler om bristende forutsetninger.
- (33) Opplysningene om når infrastrukturiltakene kunne innføres var naturligvis en motiverende forutsetning for Fjord1. Det var klarligvis derfor opplysningene ble gitt, og det fremgår av Fjord1s tilbud at selskapet bygget på opplysningene. At det er tale om en forutsetning som var motiverende, er heller ikke bestridt.
- (34) På bakgrunn av at det er Statens vegvesen som har lagt grunnlaget for de uriktige forutsetninger som ble lagt til grunn for Fjord1s tilbud, må spørsmålet løses basert på hvilken part som etter en helhetsvurdering er nærmest til å bære risikoen. En helhetlig vurdering av hvordan den samlede balanse i kontrakten har utviklet seg, gir liten veiledning. At det må sees bort fra den generelle trafikkutvikling følger av den valgte kontraktstype. Fjord1 bærer risikoen for en negativ trafikkutvikling, og må som en konsekvens ha krav på den merinntekt som følger av en positiv trafikkutvikling.

- (35) Betydningen av at det er gitt uriktige opplysninger understrekes i Høyesteretts praksis. Særlig klart blir det i det aktuelle tilfellet, der det ikke bare er oppdragsgiver som har forutsetninger for å ha noen oppfatning av riktigheten av de opplysninger som gis, men det også er denne parten som ved egne vedtak avgjør om utviklingen skal bli en annen.
- (36) Isolert sett er det ikke tvil om at inntektssvikten må anses som meget betydelig. Fjord1s tap utgjør mer enn halvparten av det samlede vederlag selskapet etter den opprinnelige kontrakt skulle motta fra staten for hele tiårsperioden.
- (37) Lagmannsretten har funnet at Fjord1s forventninger om hvilken mertrafikk strukturtiltakene ville ha medført om de var blitt gjennomført til oppgitt tid, er det beste uttrykk for det økonomiske tap Fjord1 faktisk har lidt. Tapsberegningen er ikke av prinsipiell karakter, men er en konkret vurdering basert på bevisføringen for lagmannsretten. For Høyesterett har det ikke vært noen bevisføring omkring dette som gir grunnlag for å fravike lagmannsrettens vurdering. Det er ikke grunnlag for å korte inn på den periode tapet skal beregnes for, og merinntektene ville blitt oppnådd uten merkostnader.
- (38) Fjord1 Fylkesbaatane AS har nedlagt slik påstand:

"1. Anken forkastes.

2. Fjord1 AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."

- (39) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (40) Partene har utførlig redegjort for sitt syn på hvilke prinsipper som skal anvendes ved tolkingen av kontrakten. Jeg kan imidlertid ikke se at saken reiser nye prinsipielle spørsmål, og jeg skal kort vise til den sammenfatning av de sentrale tolkingsprinsipper som Høyesterett gjorde i Rt. 2012 side 1729 med henvisning til tidligere praksis.
- (41) Etter å ha tatt utgangspunkt i at kontrakter i næring mellom profesjonelle parter som utgangspunkt må fortolkes objektivt, heter det i avsnitt 58:

"Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold. For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget - som danner basis for den senere kontrakten - være klart formulert. Uklarhet må i utgangspunktet gå ut over anbudsinnbyderen, som ensidig utformet det grunnlaget tilbydereren må forholde seg til. Er det - til tross for enkelte uklare punkter - etter en objektiv fortolkning likevel klart hva som er ment, må tilbydereren holde seg til dette."

- (42) I avsnittene 66 og 67 understrekes det så at en ved den objektive fortolkning ikke er henvist til en ren ordfortolkning:

"Endelig viser jeg til Rt. 2010 side 961, der Høyesterett i avsnitt 44 uttaler følgende om tolking av entreprisekontrakter:

'Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en

naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.'

I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetraktninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng."

- (43) Alt dette er tolkingsmomenter som vil være tilgjengelige for alle tilbydere. At slike momenter vektlegges, innebærer dermed ikke noe avvik fra det objektive tolkingsprinsipp. Problemstillingen blir en annen om det skulle legges vekt på den ene parts subjektive oppfatning av kontrakten på avtaletidspunktet. Vektlegging av dette subjektive element ved tolkingen vil det ikke være rom for.
- (44) Noe annet er at en slik oppfatning, ikke minst når den er uttalt og uimotsagt, kan ha vekt ved vurderingen av om det foreligger en felles kontraktsforståelse. En subjektiv oppfatning kan videre være forårsaket av uklarhet som medkontrahenten er ansvarlig for, og etter omstendighetene kan det også oppstå spørsmål om gyldig avtale er inngått. Saken her gir ikke foranledning til å si noe nærmere om slike ellers mulige problemstillinger.
- (45) Ankemotparten har fremhevet at når selskapets tilbud, etter mønster fra standardkontrakter innenfor entrepriseretten, er gjort til en del av kontraktsdokumentene, gir dette et særskilt grunnlag for å vektlegge den subjektive forståelse av kontraktsvilkårene som lå til grunn for tilbudet. Jeg kan ikke se at dette er en naturlig tolking av avtaleklausulen.
- (46) Klausuler som dette har normalt en dobbeltfunksjon. De skal sikre at avtalen anses gyldig selv om det skulle foreligge en "skjult dissens", og de klargjør prioritetsrekkefølgen ved motstrid mellom kontraktsdokumentene. I den aktuelle kontrakt angis det at avtaleteksten har prioritet foran Fjord1s endelige tilbud. Det er etter mitt syn ikke noe holdepunkt for at denne regelen skal modifiseres ved at tilbyders subjektive forståelse vektlegges ved tolkingen.
- (47) I Rt. 2007 side 1489 (Byggholt), hadde også entreprenøren en oppfatning av kontrakten som avvek fra en objektiv tolking av denne, og førstvoterende uttalte i avsnitt 74:

"Jeg kan vanskelig se at anbyderens subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget."
- (48) Med dette utgangspunkt skal jeg se nærmere på hvordan den inngåtte kontrakt skal forstås. Ordlyden i de aktuelle bestemmelser gir ikke et entydig svar, og jeg finner det innledningsvis hensiktsmessig å beskrive og kommentere prosessen frem til endelig kontrakt.
- (49) Som det vil fremgå av den gjennomgåelse jeg vil gjøre vedrørende tolkingen av de aktuelle kontraktsbestemmelser, kan det etter mitt syn klart ikke legges til grunn en felles kontraktsforståelse, og jeg drøfter ikke denne anførselen særskilt.
- (50) Som en del av konkurransegrunnlaget fulgte fullstendige kontraktsbestemmelser. Av særlig interesse for saken her er deler av punktene 2.7, 2.9 og 2.17.

- (51) I punkt 2.7, Regulering av tilbudsalternativene A og C, heter det i siste avsnitt (tilbudsalternativ A ble senere valgt som grunnlag for endelig kontrakt):

"En annen faktisk trafikkutvikling enn tilbyder har forutsatt i tilbudet gir ikke grunnlag for regulering."

- (52) I punkt 2.9, Justering av kontraktsbeløp som følge av merkostnader og/eller pålagt endringsarbeid, er de følgende avsnitt av interesse:

"Dersom forutsetningene for løyvehavers tilbud endres, eller dersom løyvehaver påføres merarbeid og/eller merkostnader som følge av endringer i norske lover, forskrifter eller av annen norsk myndighetsutøvelse, kan det gi løyvehaver krav på justering av kontraktsbeløpet.

[...]

Løyvehaver har ikke krav på dekning av svikt i inntekt på grunn av skadeavbrudd på kai, veg, vegsperringer/trafikkregulerende tiltak eller endringer i andre offentlige rutetilbud i området."

- (53) I punkt 2.17, Endringsarbeid, het det i første avsnitt:

"Oppdragsgiver kan skriftlig pålegge løyvehaver endringer i kontraktsutførelsen. Løyvehaver har krav på justering av kontraktsbeløpet, dersom endringspålegg fra oppdragsgiver forrykker forutsetningen for løyvehavers tilbud, jf. punkt [2.9.]"

- (54) Punkt 2.7 er den naturlige oppfølging av den valgte kontraktstype, og det synes nærliggende at denne overordnede forutsetning anses styrende for tolkingen av de øvrige bestemmelsene, som isolert sett kan tolkes på ulike måter. Avvik fra forutsatt trafikkutvikling skulle da ikke gi grunnlag for tilleggskrav, heller ikke om det skyldes senere gjennomføring av infrastrukturtiltakene nevnt i tilbudsorienteringen punkt 3.2.

- (55) Det synes på det rene at det var slik Fjord1 forsto kontraktsbestemmelsene. Dette førte til at Fjord1, da det første tilbudet ble inngitt 2. september 2004, tok omfattende forbehold fra den risikodeling som fulgte av utkastet:

- (56) Til punkt 2.7.2, Regulering, tas det følgende forbehold:

"Trafikkutvikling/inntektsgrunnlag er m.a. basert på planar og prosjekt som er tidfesta gjennomført/avslutta i tilbodsperioden, i samsvar tilbudsorienteringa og NTP. Dette er prosjekt det er teke omsyn til fastsetting av trafikkgrunnlag/trafikkutviklinga i perioden."

- (57) Hva angår inntektsgrunnlaget, heter det så:

"Det vert teke atterhald om vedtekne/planlagde prosjekt som ikkje vert gjennomført innan fastsette tidsperiodar. Dette kan få konsekvensar for trafikkutviklinga og skal gi høve til forhandlingar."

- (58) I samme punkt tar Fjord1 også opp ønsket om en mer generell rett til forhandlinger om det skulle skje endringer i infrastruktur m.v. Partene er enige om at dette mer vidtgående synspunkt ikke ble opprettholdt i de senere forhandlinger, og jeg går ikke nærmere inn på dette.

- (59) Det er fremlagt et udatert notat fra Statens vegvesen som inneholder en gjennomgåelse av de forbehold Fjord1 tok ved inngivelsen av sitt første tilbud. Det er ikke opplyst hvem som skrev notatet. Om forbeholdet vedrørende inntektsgrunnlaget heter det:

"Forholdet til planlagte prosjekter mv er enten være regulert i endringskapittelet 'offentlig myndighetsutøvelse' eller av den ulovfestede lære om bristende forutsetninger. Mest sannsynlig det siste. Etter denne lære vil driftsselskapet ha risikoen for utførelsen av planlagte prosjekter, men dersom det skjer en vesentlig endring, kan det under gitte omstendigheter berettigte tilleggsvederlag. Det er neppe hensiktsmessig med en nærmere vurdering."

- (60) Fjord1s forbehold ble også vurdert av juridisk seksjon i Statens vegvesen. I et udatert notat kommenteres forbeholdet vedrørende inntektsgrunnlaget slik:

"Regulering og inntektsgrunnlag er i sin helhet beskrevet i kontraktsgrunnlaget pkt. 2.7 og 2.9. Oppdragsgiver forventer at søker priser inn i tilbudet sitt usikkerhet i tilknytning til kontraktsperioden."

- (61) På dette grunnlag tilskrev Statens vegvesen 10. september Fjord1 og ba om at forbeholdene ble revurdert og eventuelt klargjort med sikte på å lette evalueringen av tilbudet.

- (62) I brevet fra Statens vegvesen heter det videre at det er avdekket uklarheter i konkurransegrunnlaget. På en rekke punkter foretas det så en nærmere presisering av dette. En av presiseringene/endringene er at punktene 2.9 og 2.17 erstattes av et nytt punkt 2.9. De sentrale avsnitt i dette punktet er:

"Oppdragsgiver kan skriftlig pålegge løyvehaver endring eller tillegg i kontraktsutførelsen. Løyvehaver har krav på justering av kontraktsbeløpet dersom endringspålegg fra oppdragsgiver forrykker forutsetningen for løyvehavers tilbud.

Dersom løyvehaver påføres merarbeid og/eller merkostnad som følge av endringer i norske lover, forskrifter eller ved annen myndighetsutøvelse, anses det som en endring etter første ledd.

[...] Tilsvarende har ikke løyvehaver krav på dekning av svikt i inntekt på grunn av skadeavbrudd på kai, veg, vegsperringer/trafikkregulerende tiltak eller endringer i andre offentlige rutetilbud i området.

[...]

Dersom forutsetningene for driftsselskapets tilbud endres på annen måte enn det som er beskrevet her, kan det gi grunnlag for revisjon av kontraktsbeløpet etter den alminnelige lære om bristende forutsetninger."

- (63) Det jeg har gjengitt fra punkt 2.7 i kontraktsbestemmelsene som fulgte tilbudsorienteringen, ble opprettholdt uendret.

- (64) Det vil fremgå at den vesentligste klargjøring er at den omstendighet at "forutsetningene for løyvehavers tilbud endres" flyttes fra det tidligere punkt 2.9 første ledd til et nytt åttende ledd. For disse tilfellene vil et krav etter det nye kontraktsutkastet som utgangspunkt bare kunne fremmes etter læren om bristende forutsetninger. Det gjøres den reservasjon at dette skal gjelde om forutsetningene endres på annen måte "enn det som er beskrevet her".

- (65) Jeg kan ikke se at Fjord1s forutsetning om når infrastrukturtiltakene i tilbudsorienteringen punkt 3.2 ville bli gjennomført, reguleres av noen av de øvrige bestemmelsene i kontrakten. Det er ikke tale om endring eller tillegg til kontraktsutførelsen, og bestemmelsen i punkt 2.9 andre ledd gjelder det tilfellet at løyvehaver påføres merarbeid eller merkostnader. Den særregulering som ligger nærmest er bestemmelsen om "endringer i andre offentlige rutetilbud i området", men for slike endringer er det uttrykkelig fastsatt at løyvehaver ikke vil ha krav på kompensasjon.
- (66) Det må etter mitt syn også vektlegges at en utvidende tolking av punkt 2.9 andre ledd til også å omfatte myndighetsutøvelse som kan influere på sambandenens trafikkgrunnlag, er vanskelig å forene med det grunnleggende prinsipp som uttrykkes i punkt 2.7. Det ville også lede til en lite praktikabel regel. Et meget stort antall offentlige vedtak av ulik karakter vil mer eller mindre direkte påvirke trafikkgrunnlaget i større og mindre grad. For en rekke slike vedtak vil et kompensasjonskrav fremstå som konstruert og urealistisk, men det ville utvilsomt kunne oppstå en rekke vanskelige grensetilfeller.
- (67) Endelig tilføyer jeg at punkt 3.2 i tilbudsorienteringen ikke inneholder noen endelig tidsangivelse for gjennomføring, enn si noe tilsagn om når tiltakene vil bli gjennomført. Ved brev av 14. juni 2004 ble partene som nevnt, orientert om at forventet åpning av T-forbindelsen var skutt ut i tid ett år til 2009/2010. Fortsatt tilføyes det at saken ennå ikke er avklart. Dette ville utvilsomt vært et høyst utjenlig utgangspunkt for en kompensasjonsordning.
- (68) Statens vegvesens brev av 10. september ble besvart av Fjord1 den 20. september 2004. Det heter i brevet at det er ønskelig at forbeholdene blir tatt opp og avklart i et forhandlingsmøte som skulle avholdes to dager senere.
- (69) Forhandlingsmøtet ble holdt som forutsatt. Av referatet fremgår at Vegdirektoratet ikke ønsket å gi en nærmere veiledning om forståelsen av kontraktsbestemmelsene:
- "Vegdirektoratet informerte om at oppdragsgiver i disse forhandlingene verken kan eller vil gi føringer eller tolkinger av hvordan kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget skal forstås. Fjord1 må selv ta risikoen for dette, og evt. søke juridisk bistand fra en juridisk rådgiver. Dersom det er momenter som Fjord1 ønsker presisert, og presiseringen er av generell interesse for alle løyvesøkerne, vil Vegdirektoratet gi denne informasjonen til samtlige."**
- (70) Det heter videre i referatet at de forbehold Fjord1 hadde tatt ved inngivelse av tilbudet ble gjennomgått, og at Fjord1 skulle sende nytt tilbud basert på de avklaringer som ble gjort i forhandlingsmøtet. Hva disse avklaringene gikk ut på, fremgår ikke av referatet.
- (71) Den 28. september sendte Statens vegvesen ut endringer/presiseringer av konkurransegrunnlaget, samt forslag til ytterligere endringer. Bestemmelsen i punkt 2.9 berøres ikke på annen måte enn at det påpekes en skrivefeil i den tidligere utsendte tekst. Det er heller ingen annen indikasjon på at det ble oppnådd enighet om noen ytterligere endring av bestemmelsen i punkt 2.9.
- (72) Den 5. oktober 2014 sendte Fjord1 sitt reviderte tilbud. Om forbeholdene sies det generelt at det på bakgrunn av avklaringer fra Vegdirektoratet er lagt vekt på å begrense forbeholdene i det reviderte tilbudet. Forbeholdet "Justering av kontraktsum" ble frafalt. Om dette skriver Fjord1:

"I dette forbeholdet låg inne krav om forhandling av kontraktssum ved endring av infrastruktur som påverka inntektssida. Dette er klargjort etter nytt pkt. 2.9. I eventuelle forhandlinger må Fjord1 dokumentere bortfall av inntekter med bakgrunn i nytt pkt. 2.9."

- (73) Som jeg påpekte innledningsvis, er det knapt rom for ved tolkingen av den endelige bestemmelse å hensynta et slikt subjektivt uttrykk for kontraktsforståelsen. Jeg tilføyer likevel at det ikke er klart at Fjord1 her gjør gjeldende den kontraktsforståelse som har vært hevdet for domstolene. Fjord1s korte sammenfatning er vel forenlig med en rekke ulike tolkinger av kontraktsbestemmelsene.
- (74) Den 26. oktober 2004 ble Fjord1 meddelt at selskapets tilbud var akseptert, og det ble gitt tilsagn om nødvendig løyve. Vedtaket ble påklaget av konkurrerende tilbyder, men klagen førte ikke frem, og kontrakt mellom Statens vegvesen og Fjord1 ble inngått 17./21. desember 2004.
- (75) Det er i punkt 2.9 i den endelige kontrakten gjort ytterligere en presisering i forhold til den versjonen som ble sendt ut den 10. september, slik at bestemmelsens åttende ledd til sist fikk slik ordlyd:

"Dersom forutsetningene for driftsselskapets tilbud endres på annen måte enn det som er beskrevet her og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2, kan det gi grunnlag for revisjon av kontraktsbeløpet etter den alminnelige lære om bristende forutsetninger."

- (76) Det er denne bestemmelsen som skal tolkes, men på bakgrunn av det jeg har sagt om forståelsen av det kontraktsutkastet som ble sendt til tilbyderne den 10. september 2004, er det tilstrekkelig her å vurdere om tilføyelsen "og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2" innebærer en materiell endring av bestemmelsen.
- (77) Ordlyden tilsier etter mitt syn at det ikke er tale om en materiell endring, men en presisering av den kontraktsbestemmelse som lå til grunn for det vedtak som ble truffet da Fjord1 ble gitt tilsagn om konsesjon. Strengt tatt står det ikke noe annet enn at om det skjer andre endringer i de infrastrukturiltak som omfattes av punkt 3.2 enn de endringer som der er beskrevet, så skal avvikene kunne vurderes etter de alminnelige regler om bristende forutsetninger.
- (78) En slik forståelse støttes i betydelig grad av at det ikke er noe som tilsier at det skulle gjøres materielle endringer etter at enighet var oppnådd. Det ville også være problematisk i forhold til hensynet til likebehandling av tilbyderne.
- (79) Fjord1 har til støtte for at det skjedde en materiell endring av kontrakten etter at vedtak var truffet, blant annet vist til et internt notat datert 8. desember, som ble utarbeidet til forberedelse av kontraktsmøtet den 10. desember. I notatet heter det om punkt 2.9:

"Dette punktet er no endra slik at Fjord1 finn det OK. Sjå likevel på e-post datert 11.10.04 frå Janne om det bør visast til denne eller at det blir henta eksempel frå denne."

- (80) Ankemotparten har fremhevet at punktet er endret "no", men jeg kan ikke se at dette gjør det sannsynlig at det vises til noen annen endring av dette punktet enn den endring som skjedde da det i versjonen fra 10. september ble åpnet for at det også for endringer i

forventede infrastrukturtiltak, kunne gi krav på erstatning etter de alminnelige regler om bristende forutsetninger. Den e-post det vises til er ikke fremlagt for Høyesterett.

- (81) Jeg viser i denne forbindelse også til at Fjord1s prosjektleder i et notat til styret i selskapet datert 4. oktober 2004 blant annet skrev:

"Etter innsending av tilbud, er tekst i konkurranse grunnlaget fra Vdt. endra, slik at fleire av våre forbehold ser ikkje prosjektgruppa grunnlag for å oppretthalde. Andre forbehold som var forma meir som spørsmål til Vdt, er avklara eller teke inn justert som kostnad.

...

I nytt tilbud frå Fjord1 vil det verte teke omsyn til dette, der prosjektgruppa sitt utgangspunkt er ikkje å ha med forbehold i tilbodet, men heller risikoprisa områder der forbehold kunne vore vurdert."

- (82) Dette peker klart i retning av at det allerede forut for Fjord1s tilbud av 5. oktober var oppnådd materiell enighet om utformingen av punkt 2.9.
- (83) Ankemotparten har i denne sammenheng vist til uttalelser i Statens vegvesens evaluering av de inngitte tilbud, jf. notat datert 15. oktober 2004. Under et punkt om lønnsomhetsvurderinger heter det blant annet:

"Det må påregnes at endringer som forlengelse av eksisterende bompengeprojekt, nye prosjekt og endrede vilkår for eksisterende vil bli ansett som offentlig myndighetsutøvelse. Offentlig myndighetsutøvelse gir i henhold til kontraktsgrunnlaget krav på endringer av det årlige kontraktsbeløpet."

- (84) Det er ikke uten videre klart hvordan dette skal forstås. Tema er ikke begrenset til de infrastrukturtiltak som omtales i tilbudsorienteringen punkt 3.2, men omfatter også nye prosjekt, som partene er enige om utvilsomt skal vurderes etter de alminnelige regler om bristende forutsetninger. Den mest nærliggende forståelse er etter mitt syn at de to saksbehandlerne har ment å påpeke et punkt i kontrakten som bør presiseres ytterligere. Det vises ikke til hvordan kontrakten skal forstås, men til hva som må forventes gjort gjeldende av løyvehaver. En slik forklaring gir en naturlig foranledning til den presisering som senere ble gjort.
- (85) Ankemotpartens syn er også vanskelig forenlig med at det i den endelige utforming av punkt 2.9 også vises til tilbudsorienteringen punkt. 4.2. I dette punktet gis det opplysninger av en noe annen karakter enn det som er gjort i punkt 3.2. Det er her tale om ulike mulige tiltak, med heller usikker gjennomføringstid. Det omtales også et mulig broprosjekt, som kan føre til en omlegging av sambandet Halhjem – Sandvikvåg. For de tiltak som omtales her synes det enn klarere at partene ikke har tenkt seg muligheten av en kompensasjon beregnet etter et differanseprinsipp og uten hensyn til om vilkårene for kompensasjon etter de alminnelige regler om bristende forutsetninger skulle være oppfylt.
- (86) Samlet sett er jeg etter dette kommet til at kontrakten punkt 2.9 ikke gir et selvstendig grunnlag for et kompensasjonskrav fra Fjord1, men at dette kravet må vurderes etter de alminnelige regler om bristende forutsetninger. Jeg har samlet sett funnet kontrakten så vidt klar at det ikke er rom for å komme til et annet resultat basert på det særlige ansvar anbudsinnbyderen har for å klargjøre konkurransegrunnlaget. Jeg legger i denne sammenheng til at det etter mitt syn ikke kan legges til grunn at Statens vegvesen oppfattet at Fjord1 hadde en avvikende forståelse av kontraktens punkt 2.9.

- (87) Jeg går da over til å behandle spørsmålet om Fjord1 har krav på kompensasjon i medhold av de alminnelige regler om bristende forutsetninger.
- (88) Det er ikke bestridt at forutsetningen knyttet til infrastrukturiltakene omtalt i tilbudsorienteringen punkt 3.2 var motiverende for Fjord1 og synbare for Statens vegvesen. Spørsmålet blir da om omstendighetene i saken er så vidt ekstraordinære at de gir grunnlag for å fravike det alminnelige utgangspunkt at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Det må foretas en helhetsvurdering. I Rt. 2010 side 1345 er dette i avsnitt 63 sammenfattet slik:

"Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. Rt. 1999 side 922 på side 931."

- (89) I den sammensatte vurdering må det etter mitt syn vektlegges at risikoen med hensyn til trafikkutviklingen etter kontrakten som utgangspunkt bæres av løyvehaver. Det er en integrert del av den avtalestruktur som er valgt.
- (90) Det vil normalt være et moment av vekt at de forutsetninger som brister, bygger på opplysninger gitt av den annen part. Hensett til at opplysningene her er gitt med et klart forbehold, legger jeg liten vekt på dette. Jeg tilføyer at det i vår sak må ha selvstendig betydning at det var tale om forutsetninger som det var knyttet betydelig usikkerhet til.
- (91) Tapets størrelse vil klart ha betydelig vekt, og jeg finner grunn til kort å si noe om mitt syn på tapets størrelse. Staten har her gjort gjeldende at den tilleggsavtale som ble inngått i 2010, innebærer en fullstendig regulering av det vederlag Fjord1 skal motta fra og med 1. januar 2012. Denne problemstillingen er ikke avklart på en slik måte at jeg finner å kunne legge dette til grunn.
- (92) Derimot er jeg enig i statens anførsel om at det ikke kan være aktuelt å ta hensyn til noe inntektsbortfall for perioden før den 1. januar 2011. Oppstart sent 2010 ville ikke innebåret et avvik fra den korrigerte prognose Statens vegvesen hadde gitt.
- (93) Det er i saken fremlagt en beregning av inntektsbortfall for Fjord1 foretatt av Transportøkonomisk Institutt (TØI). Det er ikke fremkommet innvendinger mot disse beregningene, som bygger på kartlegging av faktiske endringer i trafikkatferd da infrastrukturiltakene ble gjennomført. Jeg bygger på de beregninger TØI har gjort.
- (94) Inntektsbortfallet er beregnet med et høyt og et lavt alternativ. For perioden 1. januar 2011 til 1. mai 2013 gir gjennomsnittet av de to anslag et tap på ca. 35 MNOK. Hertil kommer morarenter, men på den annen side må det også tas hensyn til sparte kostnader. Slik jeg ser saken er det ikke nødvendig å gå inn på dette.
- (95) Et tap i denne størrelsesorden må så sammenholdes med at samlede inntekter i kontraktsperioden utgjør vel 2,5 milliarder kroner.
- (96) På tross av at infrastrukturiltakene ble utskutt i tid, har kontrakten vært lønnsom for Fjord1. I de aktuelle årene hadde selskapet hvert år et positivt resultat på denne

virksomheten på mer enn 50 MNOK. Noe av bakgrunnen for dette er at trafikkutviklingen i de to sambandene totalt sett har vært langt bedre enn forventet.

- (97) Fjord1 har sterkt fremhevet at det ikke kan tas hensyn til merinntektene som følge av trafikkveksten; Fjord1 må sies å ha betalt for denne muligheten ved å påta seg den generelle risiko for trafikksvikt. Det røkkes ikke ved Fjord1s berettigede forventning til at de opplysninger som gis er riktige.
- (98) Jeg er enig i at det anførte må tillegges vekt, men finner ved totalvurderingen ikke helt å kunne se bort fra den faktiske inntjening under kontrakten. Jeg tilføyer at det ikke er gjort gjeldende at kontrakten ville ha vært tapsbringende om trafikkveksten, bortsett fra den økning som var forutsatt som følge av de aktuelle infrastrukturtiltak, hadde blitt som Fjord1 la til grunn i sitt tilbud.
- (99) Samlet sett finner jeg det klart at Fjord1s krav heller ikke kan føre frem på dette grunnlaget.
- (100) Staten v/Samferdselsdepartementet har fått fullt medhold, og sakskostnader for alle instanser må etter mitt syn tilkjennes i tråd med hovedregelen i tvisteloven § 20-2.
- (101) Sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes med kr. 370 330 i henhold til inngitt kostnadsoppgave, med tillegg av rettsgebyr.
- (102) Jeg stemmer for denne

D O M :

- 1. Tingrettens dom stadfestes.
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Fjord1 Fylkesbaatane AS til staten v/Samferdselsdepartementet 393 550 – trehundreogtrettitretusenfemhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (103) Dommer **Tønder**: Jeg er kommet til at Fjord1 har krav på tilleggsvederlag på kontraktsrettslig grunnlag, men at beløpet må settes ned.
- (104) Innledningsvis påpeker jeg at jeg er enig i førstvoterendes redegjørelse for de generelle tolkingsprinsippene. Jeg mener imidlertid at disse må føre til et annet resultat enn det førstvoterende er kommet til.
- (105) Etter pkt. 2.9 første ledd i konkurransegrunnlaget har løyvehaver krav på tilleggsvederlag dersom oppdragsgiver pålegger "endring eller tillegg i kontraktsutførelsen" når dette "forrykker forutsetningene for løyvehavers tilbud". Det samme gjelder etter andre ledd dersom løyvehaver "påføres merarbeid og/eller merkostnader som følge av endringer i norske lover, forskrifter eller ved annen myndighetsutøvelse".
- (106) Før siste endring av pkt. 2.9 fastsatte åttende ledd at ved endringer i forutsetningene for driftsselskapets tilbud "på annen måte enn det som er beskrevet her" – det vil si på annen

måte enn beskrevet i første og andre ledd – må et eventuelt tilleggsvederlag vurderes ut fra "den alminnelige lære om bristende forutsetninger". Åttende ledd er således en "sekkebestemmelse" som henviser alle krav på tilleggsvederlag som skyldes andre endringer enn de som er positivt regulert i pkt. 2.9 første og andre ledd, til en vurdering ut fra læren om bristende forutsetninger.

- (107) Slik lød pkt. 2.9 da Fjord1 ble tildelt konsesjon på de to fergesambandene 26. oktober 2004. Jeg er enig med førstvoterende i at slik 2.9 lød på dette tidspunktet, ville endringer i forutsetningene for Fjord1s tilbud som følge av forsinket ferdigstilling av T-forbindelsen, ikke gi rett til tilleggsvederlag på kontraktsrettslig grunnlag, men måtte ha vært avgjort ut fra læren om bristende forutsetninger.
- (108) Da avtalen mellom partene ble undertegnet den 17. og 21. desember 2004, var imidlertid pkt. 2.9 åttende ledd endret. Det er denne endrede ordlyden i konkurransegrunnlaget avtalen viser til, og som kravet på tilleggsvederlag derfor må vurderes ut fra.
- (109) Etter revisjonen lød åttende ledd:

"Dersom forutsetningene for driftsselskapets tilbud endres på annen måte enn det som er beskrevet her og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2, kan det gi grunnlag for revisjon av kontraktsbeløpet etter den alminnelige lære om bristende forutsetninger."

- (110) Etter min mening må tilføyselsen av formuleringen "og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2" etter sin ordlyd bety at krav om tilleggsvederlag som følge av endring i forutsetningene slik disse er beskrevet i tilbudsorienteringen 3.2 og 4.2, ikke skal vurderes etter den alminnelige læren om bristende forutsetninger.
- (111) Ordlyden sier imidlertid ikke direkte hva som isteden skal gjelde for slike krav. Verken 3.2 eller 4.2 inneholder egen bestemmelse som gir løyvehaver et krav på tilleggsvederlag ved endring i forutsetningene, slik som første og andre ledd i pkt. 2.9 gjør. Det er imidlertid enighet mellom partene om at dette ikke innebærer at slike endringer i forutsetningene skal være unntatt fra tilleggsvederlag.
- (112) Når da slike endringer ikke skal falle inn under "sekkebestemmelsen" om bristende forutsetninger samtidig som det forutsettes at de kan gi grunnlag for tilleggsvederlag, er det etter min mening nærliggende å lese bestemmelsen slik at endringer i det som er beskrevet i tilbudsorienteringen 3.2 og 4.2 skal gi tilsvarende rett til tilleggsvederlag som endringer beskrevet i 2.9 første og andre ledd. Dette skulle i så fall bety at en endring av tidspunktet for ferdigstillingen av T-forbindelsen slik dette er angitt i tilbudsorienteringen 3.2, vil gi Fjord1 et kontraktsrettslig krav på tilleggsvederlag.
- (113) Spørsmålet er om tilblivelseshistorien til pkt. 2.9 tilsier at den likevel ikke kan leses slik jeg mener det er nærliggende å gjøre – i alle fall slik at den ikke omfatter endring i oppgitt ferdigstillingstidspunkt for T-forbindelsen. Jeg viser til den redegjørelsen som førstvoterende har gitt om utviklingen av 2.9, spesielt det forhold at Fjord1 hadde akseptert pkt. 2.9 slik den lød på tidspunktet for løyvetildelingen. Selv om kontrakten må undergis en objektiv fortolkning, kan den ikke tas på ordet dersom det er klart at meningen har vært en annen, jf. Rt. 2012 side 1729 avsnitt 58 og 102. Jeg kan imidlertid ikke se at et slikt klarhetskrav er oppfylt i dette tilfellet.

- (114) Det er på det rene at endring i angitt tidspunkt for ferdigstilling av T-forbindelsen var av de forhold Fjord1 opprinnelig forutsatte skulle gi krav på tilleggsvederlag. Det er videre på det rene at Fjord1 i sine beregninger allerede fra 2009 la til grunn en betydelig trafikkvekst som følge av nedlegging av fergesambandet Skudeneshavn – Mekjarvik i forbindelse med åpningen av T-forbindelsen. Selv om Fjord1 aksepterte pkt. 2.9 slik den lød ved løyvetildelingen, er det ingen steder opplyst at Fjord1 har ment å gi avkall på det selskapet ønsket å oppnå med de opprinnelige forutsetningene. Når Fjord1 den gangen fant pkt. 2.9 tilfredsstillende, er det heller ikke opplyst om det var de nye utformingene av første, andre eller åttende ledd selskapet siktet til. Jeg finner derfor ikke å kunne legge avgjørende vekt på bestemmelsens tilblivelseshistorie og det forhold at Fjord1 aksepterte pkt. 2.9 slik den lød på tidspunktet for løyvetildelingen.
- (115) Det avgjørende for meg er imidlertid at kontraktsforhandlingene ikke var avsluttet selv om konsesjonsvedtaket var fattet. I et notat sendt som vedlegg til en mail fra Fjord1 til Statens vegvesen 8. desember 2004, er det i 16 punkter gitt merknader til "førebels kontraktutkast" som hadde vært til vurdering i Fjord1 "før neste møte knytt til kontraktforhandling". Følgen av møtet, som ble holdt 10. desember 2004, ble blant annet nevnte endring av pkt. 2.9 åttende ledd med tilføyselsen av formuleringen "og i tilbudsorienteringens 3.2 og 4.2". Endringen ble presentert for Fjord1 ved mail 14. desember 2004 fra Statens vegvesen, hvor det blant annet heter:
- "Vedlagt følger kravspesifikasjon og kontraktsbestemmelser etter vår gjennomgang. Vi har tatt hensyn til noen av momentene som ble diskutert i vårt møte fredag 10. desember."**
- (116) T-forbindelsen er ikke uttrykkelig omtalt i nevnte notat. I pkt. 10, som gjelder prosjektene "Rogfast" og "bru over Langenuen", angis disse som ett av de bebudete temaene under det kommende kontraktsforhandlingsmøtet. Disse prosjektene er omtalt i tilbudsorienteringen under henholdsvis 3.2 og 4.2. I notatet er det lagt til grunn at "[m]ed basis i pkt. 2.9 vil vi kome i forhandlingsposisjon dersom bygging av eitt eller begge av disse samferdselsprosjekta blir bestemt i kontraktperioden". I notatet gis uttrykk for at Fjord1 bør "sei noko om kva som er relevante element i slike forhandlingar".
- (117) Det kan anføres at når prosjektene "Rogfast" og "bru over Langenuen" uttrykkelig er nevnt i notatet, er det kun disse to prosjektene henvisningen til 3.2 og 4.2 gjelder og ikke de øvrige prosjektene som er omtalt under disse punktene, blant annet T-forbindelsen. Det foreligger imidlertid ingen opplysninger om hva som ble diskutert og avklart på møtet 10. desember 2004 ut over de endringene som ble gjort i konkurransegrunnlaget – herunder endringen i pkt. 2.9 åttende ledd. Denne endringen er utformet av oppdragsgiveren selv og inneholder ingen reservasjon hva angår ferdigstillingen av T-forbindelsen. Så lenge det ikke er klart at henvisningen til tilbudsorienteringen 3.2 og 4.2 ikke skal omfatte T-forbindelsen, må en eventuell uklarhet om dette gå ut over oppdragsgiveren, jf. Rt. 2007 side 1489 avsnitt 62.
- (118) Jeg tilføyer at jeg ikke kan se at kontraktens karakter av nettokontrakt, som innebærer at løyvehaver bærer risikoen for trafikkutviklingen, kan få noen betydning for kontraktstolkningen slik forholdene ligger an i denne saken. Nettokontraktprinsippet forhindrer ikke at det i avtalen gjøres unntak med hensyn til risikofordelingen. Et slikt unntak kan ikke anses som unaturlig i et tilfelle som her, hvor et tilgrensende vegprosjekt direkte får betydning for fergesambandets trafikkvolum.

(119) Det gjenstår å utmåle tilleggskravets størrelse. Førstvoterende har redegjort for de beregningene som ble gjort av Transportøkonomisk institutt (TØI). Som det framgår av redegjørelsen, gir et gjennomsnitt av et høyt og et lavt tapsanslag et tap på 35 millioner kroner for perioden 1. januar 2011 til 1. mai 2013. I brev 14. juni 2004 fra Statens vegvesen til Fjord1 er ferdigstillestidspunktet angitt til 2009/2010 med tilføyelsen "men saken er ennå ikke avklart". Selve tidsangivelsen gir rom for ferdigstillelse fram til 1. januar 2011. I tillegg må det tas i betraktning at heller ikke dette tidspunktet angis som sikkert. Etter min mening kunne ikke Fjord1 regne med oppstart av T-forbindelsen før fra tidligst 1. januar 2012. Med bakgrunn i beregningene fra TØI, kan tilleggskravet skjønnsmessig settes til 20 millioner kroner. Da jeg vet at jeg er i mindretall, formulerer jeg ingen slutning.

(120) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Endresen.

(121) Dommer **Bull:** Likeså.

(122) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(123) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Fjord1 Fylkesbaatane AS til staten v/Samferdselsdepartementet 393 550 – trehundreogtrettusenfemhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: