

Konkurransegrunnlagets betydning ved tolkning av kontrakt med offentlig oppdragsgiver

Av advokatfullmektig Erik Gabrielsen
eg@advtofte.no

*Særlig utsatt er større
entreprisekontrakter hvor mange
oppgaver skal utføres og mange ulike
elementer skal prises.*

INNLEDNING

I kontraktsforhold oppstår det av og til uenigheter om det nærmere innholdet i en inngått kontrakt. Dette gjelder også for kontrakter som inngås mellom en offentlig oppdragsgiver og en privat leverandør etter anbudskonkurransen. Særlig utsatt er større entreprisekontrakter hvor mange oppgaver skal utføres og mange ulike elementer skal prises. For denne typen kontraktsforhold gjør særskilte hensyn seg gjeldende.

Like før sommeren avgjorde Høyesterett en sak hvor det var uenighet om tolkningen av en kontrakt mellom Statens vegvesen og en entre-

prenør. Særlig var det uenighet om forståelsen av konkurransegrunnlaget som lå til grunn for den gjennomførte anbudskonkurransen. Dommen føyer seg inn i en rekke av saker som omhandler ulike varianter av denne problemstillingen.

Nedenfor gis en gjennomgang av hvilke rettslige utgangspunkter som gjør seg gjeldende i slike saker. Særlig vil det rettes søkelys mot den nylig avsagte dommen fra Høyesterett, og hvordan denne påvirker rettsstillingen på forholdet.

RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

Ved inngåelsen av offentlige kontrakter gjelder



Erik Gabrielsen er advokatfullmektig i Advokatfirma Tofte DA i Kristiansand. Gabrielsen er en del av Toftes faggruppe for fast eiendom og entrepriserett, og bistår hovedsakelig klienter innenfor dette saksområdet.



På bakgrunn av det strenge kravet til likebehandling ved offentlige anskaffelser, må den offentlige oppdragsgiveren påse at tilbyderne konkurrerer på like vilkår.

lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter. Lovens formål fremgår av § 1:

«Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunns-tjenlig måte.»

Blant annet skal formålet oppfylles ved at den offentlige oppdragsgiver gjennomfører sine anskaffelser i tråd med utvalgte grunnleggende prinsipper. Disse grunnleggende prinsippene fremgår av lovens § 4:

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.»

Som vi skal se, vil formålet og de nevnte grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten gi føringer for hvordan en kontrakts nærmere innhold skal fastsettes.

Det er et sikkert rettslig utgangspunkt at avtaler mellom næringsdrivende må fortolkes objektivt.

I anbudskonkurranser er kontraktsgrunnlaget som hovedregel langt på vei utformet av den ene

parten alene. På bakgrunn av det strenge kravet til likebehandling ved offentlige anskaffelser, må den offentlige oppdragsgiveren påse at tilbyderne konkurrerer på like vilkår. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende står derfor særlig sentralt i denne typen kontraktsforhold.

Når det oppstår uenighet om innholdet i en kontrakt inngått etter en anbudskonkurranse som følger regelverket for offentlige anskaffelser, er det som utgangspunkt ikke adgang til å endre kontraktsvilkårene. Dette er et utslag av forhandlingsforbudet som gjelder for anbudskonkurranser,

jf. blant annet anskaffelsesforskriften § 23-6. Uenigheter kan derfor bare innen snevre rammer løses gjennom avklarende møter, og de må fortrinnsvis løses som andre tolknings-spørsmål. Dette er blant annet lagt til grunn i Høyesteretts avgjørelse i Byggholt-saken fra 2006.

Som en følge av dette må det stilles strenge krav til konkurransegrunnlagets klarhet. Det er av vesentlig betydning at konkurransegrunnlaget er gjennomarbeidet med sikte på å få frem en klar og presis prosjektbeskrivelse. I dette ligger det også et krav om at konkurransegrunnlaget



Høyesterett har ved flere anledninger fremholdt at utgangspunktet er at uklarheter i konkurransegrunnlaget må gå utover den offentlige oppdragsgiver.

er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i den aktuelle bransje. Høyesterett har ved flere anledninger fremholdt at utgangspunktet derfor er at uklarheter i konkurransegrunnlaget må gå utover den offentlige oppdragsgiver. Dette følger også av anskaffelsesforskriften § 14-1. Dersom det likevel etter en objektiv fortolkning er klart hva som er ment, må leverandørene forholde seg til dette.

I den nevnte Byggholt-dommen var spørsmålet om en tilbyder kunne kreve vederlag for tiltransport av en sideentreprenør. Leverandøren hadde ikke medregnet utgifter knyttet til transport i prisingen av sitt tilbud. Oppdragsgiver mente imidlertid at utgifter knyttet til dette inngikk i en prispost som leverandøren hadde inngitt pris på. Høyesterett kom til at konkurransegrunnlagets bestemmelser om pris ikke var klare og entydige, og at dette var oppdragsgivers ansvar. Leverandøren vant derfor frem med sitt krav.

Den nærmere vurderingen av hva som etter konkurransegrunnlaget skal anses avtalt, må

vurderes konkret. Blant annet kan Høyesteretts avgjørelse i Mika-dommen fra 2012 tyde på at det stilles strenge krav til tilbydernes forståelse av konkurransegrunnlaget, og at det dermed skal en del til før et konkurransegrunnlag anses som uklart.

Mika-dommen gjaldt en entreprisekontrakt som blant annet omfattet oppføring av natursteinmurer i skjæring og fylling langs vei. Spørsmålet var om den aktuelle enhetsprisen i kontrakten bare omfattet selve arbeidet, slik at det kunne kreves vederlag for natursteinen. Høyesterett formulerte det avgjørende spørsmålet slik:

«Spørsmålet er om det av beskrivelsen av det som skal prissettes, når dette leses av en normalt forstandig tilbyder, framgår at dette også omfatter stein som inngår i murarbeidet.»

Høyesterett presiserte at også systembetragtninger vil kunne ha betydning ved fastleggelsen av konkurransegrunnlagets nærmere innhold, og at det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng. Basert på slike betraktninger uttalte Høyesterett at den forståelsen leverandøren hadde lagt til grunn,



nemlig at pris for natursteinen som skulle brukes i murerarbeidet ikke inngikk i tilbudet, brøt «med det som fremstår som et grunnleggende prinsipp i det systemet som konkurransegrunnlaget bygger på». Høyesterett mente at en normalt forstandig tilbyder ikke ville lagt en slik forståelse til grunn på det grunnlaget som leverandøren hadde fremholdt, og kom derfor til at det ikke kunne kreves tilleggsbetaling for natursteinen.

Hensynet til likebehandling av tilbyderne og kravet til konkurranse medfører at det også er liten adgang til å fravike ordlyden i det inngitte tilbudet. Det er etter anskaffelsesforskriften § 23-3 leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet.

I dette ligger det også at leverandøren har risikoen for sine egne kalkyler, og derunder at prisingen dekker kostnader og fortjeneste. Dette fremgår også av Mika-dommen.

Høyesteretts avgjørelse i Veidekke-dommen fra 2003 har en side mot nettopp dette. I motsetning til hva som var tilfellet i Byggholt-dommen og Mika-dommen, gjaldt denne saken særlig forståelsen av en leverandørs tilbud. I den saken

hadde leverandøren i en anbudskonkurranse ved en feiltakelse oppgitt enhetspris for legging av isolasjonsplater per kvadratmeter når det i konkurransegrunnlaget var etterspurt priser per kubikkmeter. Feilen medførte at den tilbudte prisen var langt lavere enn tiltenkt. Spørsmålet var om leverandøren kunne kreve tilbudet, og dermed den inngåtte kontrakten, endret i tråd med dette. Høyesterett uttalte at det som hovedregel ikke er tillatt å gjøre endringer i et innlevert tilbud, men vurderte ulike unntak fra denne hovedregelen. Blant annet tok Høyesterett stilling til om feilen var åpenbar og om dette i så fall medførte en plikt for oppdragsgiver til å rette den. Høyesterett kom imidlertid til at leverandøren var bundet av tilbudet.

NY AVGJØRELSE FRA HØYESTERETT

Høyesterett avgjorde like før sommeren en sak som omhandler dette temaet (HR-2019-839-A).

Saken gjaldt en kontrakt om bygging av vei inngått etter en anbudskonkurranse gjennomført av Statens vegvesen. Kontrakten skulle gjennomføres som en utførelsesentreprise etter enhetspriskontrakt. Kontrakten omfattet blant annet

rensk av bergoverflate og sprengningsarbeider. Bergrensk og sprengningsarbeider var i konkurransegrunnlaget angitt som separate prosesser med egne beskrivelser.

I beskrivelsen av prosessen for bergrensk var arealet angitt til 24 000 kvadratmeter. I realiteten viste arealet seg å være nærmere 48 000 kvadratmeter. Leverandøren valgte å beregne pris på sprengningsarbeidene blant annet basert på arealangivelsen for prosessen for bergrensk. Dette selv om det var klart at dette var to ulike prosesser, og at beskrivelsen av prosessen for bergrensk som utgangspunkt ikke skulle fungere som beskrivelse for sprengningsarbeider. Prosessen for sprengningsarbeider var beskrevet for seg selv.

Ettersom arealet var om lag dobbelt så stort som angitt, beregnet entreprenøren en gjennomsnittlig såkalt pallhøyde som var langt høyere enn realiteten. Pall er betegnelsen på et bergvolum som sprenges ut i en høyde, og pallhøyde er høyden av den pallen som sprenges ut i én operasjon. Kostnadene ved sprengningsarbeider øker eksponentielt jo lavere pallhøyden er. Arbeidet ble derfor priset langt lavere enn tiltenkt.

Spørsmålet for Høyesterett var om det kunne kreves vederlagsjustering for merkostnader for sprengningsarbeider som følge av feilen i konkurransegrunnlagets beskrivelse av prosessen for rensk av bergoverflate.

Oppdragsgiver fremhevet særlig at det var gitt korrekt informasjon om pallhøyden i tverrprofiler som også inngikk i konkurransegrunnlaget. Tverrprofilene viser et tverrsnitt av veitraseen for hver tiende meter. Entreprenøren hevdet imidlertid at tverrprofilene ikke inngikk i konkurransegrunnlaget.



Høyesterett kom til at entreprenøren hadde opptrådt som en normalt forstandig tilbyder, og at det forelå en feil i konkurransegrunnlaget som oppdragsgiver måtte svare for.

Med henvisning til at hensynet til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er sentralt i anskaffelsesprosesser, uttrykte Høyesterett at det måtte tas en relativt formell tilnærming til dette spørsmålet. Høyesterett kom til at det i det minste ikke var «helt innlysende at Statens vegvesen har uttrykt klart nok at» del D2, hvor tverrprofilene inngikk, «var en del av konkurransegrunnlaget». Høyesterett fant imidlertid ikke dette spørsmålet avgjørende for resultatet, og tok derfor ikke endelig stilling til dette spørsmålet.

Mest sentralt for Høyesterett var spørsmålet om entreprenøren hadde opptrådt som en «normalt

forstandig tilbyder» ved å legge til grunn arealopplysningen under beskrivelsen av prosess for bergrensk ved kalkylen av sprengningsarbeidet.

Høyesterett vektla at det ikke fremgikk uttrykkelige opplysninger om sprengningsarealet i konkurransegrunnlaget – heller ikke i tverrprofilene. Det ble også vist til at entreprenøren hadde brukt samme metode for å beregne enhetspriser også i alle andre sprengningsprosjekter, og at tilbudene fra de øvrige leverandørene tydet på at entreprenøren ikke var alene om å benytte denne kalkulasjonsmetoden. Det ble for øvrig vist til uttalelse fra geomatiker som underbygget at

dette var en vanlig måte å kalkulere sprengningspriser på.

Når det gjaldt informasjonen som fremgikk av tverrprofilene, fant Høyesterett at heller ikke den rokket ved at det gjennom arealangivelsen faktisk var gitt en uriktig opplysning av relevans for sprengningsarbeidene.

Høyesterett kom på den bakgrunn til at entreprenøren hadde opptrådt som en normalt forstandig tilbyder, og at det forelå en feil i konkurransegrunnlaget som oppdragsgiver måtte svare for. Entreprenøren vant dermed frem med sitt krav om vederlagsjustering.

I sakene gis det uttrykk for et ganske klart synspunkt om at oppdragsgiver har ansvar for uklarheter i konkurransegrunnlaget, og at tilbyder har ansvar for uklarheter i tilbudet.

Høyesteretts avgjørelse inneholder flere momenter av interesse. Ved å sammenligne avgjørelsene i henholdsvis Veidekke-, Byggholt-, Mika-dommen og denne, er det enkelte utviklingstrekk som gjør seg gjeldende.

I både Veidekke- og Byggholt-dommen gir Høyesteretts avgjørelser uttrykk for en streng klarhetsregel, for henholdsvis konkurransegrunnlaget og tilbudet. I sakene gis det uttrykk for et ganske klart synspunkt om at oppdragsgiver har ansvar for uklarheter i konkurransegrunnlaget, og at tilbyder har ansvar for uklarheter i tilbudet.

I Mika-dommen virker denne klarhetsregelen til å være noe modifisert. Som vist til ovenfor la Høyesterett til grunn at systembetraktninger medførte at konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig klart med hensyn til spørsmålet om hvorvidt natursteinene som skulle benyttes i murarbeidet, var omfattet av kontrakten, selv om Høyesteretts nærmere vurdering ga uttrykk for at denne forståelsen krevde inngående lesing og sammenholdelse av konkurransegrunnlagets ulike deler.

I dommen fra før sommeren virker Høyesterett til å ha tatt et steg tilbake til klarhetskravet som ble lagt til grunn i Veidekke- og Byggholt-dommen. Høyesterett kommer der til at feil i en arealangivelse var tilstrekkelig for ansvar, selv om denne arealangivelsen gjaldt noe annet enn det arbeidet det ble krevd vederlagsjustering

for. Konkurransegrunnlaget inneholdt ikke feil i beskrivelsen som faktisk gjaldt prosessen for sprengningsarbeider. Leverandøren hadde selv valgt å beregne pallhøyden for sprengningsarbeidene ved å se hen til arealangivelsen for prosessen for bergrensk.

For øvrig gir dommen uttrykk for at Høyesterett fastholder de rettslige utgangspunktene som er bygget opp gjennom blant annet de tre nevnte avgjørelsene. Ved tolkningen av kontrakten mellom offentlige oppdragsgivere og private leverandører etter anbudskonkurranser stilles det strenge krav til klarhet både når det gjelder utforming av tilbud og utforming av konkurransegrunnlag. Det er lite spillerom for endringer etter kontraktsinngåelsen, og kontraktsgrunnlaget skal fortolkes på særlig objektivt grunnlag.



Advokatfirma Tofte DA er Sørlandets største advokatkontor med til sammen 18 advokater, 2 advokatfullmektiger og 4 kontormedarbeidere.

Firmaet holder til i moderne lokaler i Havnekvartalet, sentralt i Kristiansand.

Advokatfirma Tofte yter juridisk bistand til et betydelig antall offentlige oppdragsgivere, store, mellomstore og små virksomheter, samt privatklienter. Advokatene i Advokatfirma Tofte arbeider innenfor de fleste områder som næringslivet etterspør. Vi deltar i forhandlinger og bistår våre klienter i et stort antall saker for domstolene, blant annet også for Høyesterett.

Ta kontakt på 38 17 70 00 eller e-post: post@advtofte.no