



NORGES HØYESTERETT

Den 4. november 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-01875-A, (sak nr. 2010/776), sivil sak, anke over dom,

Oslo Vei AS

(advokat Einar Heiberg)

mot

Staten v/Samferdselsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ingrid Skog Hauge – til prøve)

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

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder krav om tilleggsvederlag fra en entreprenør ved vinterdrift av vegstrekninger som driftes i henhold til en entreprisekontrakt som er inngått etter forutgående anbudsinnbydelse. Hovedspørsmålet er hvem som har risikoen for at gjennomsnittlig faktisk saltforbruk per vintersesong er blitt bortimot tre ganger så høyt som gjennomsnittet av det som ved anbudsinnbydelsen ble oppgitt som tidligere rapportert saltforbruk.
- (2) Den 1. november 2005 innbød Statens vegvesen Region øst til åpen anbudskonkurranse om drift og vedlikehold av stamveger, riksveger, fylkesveger samt gang- og sykkelstier innenfor et område kalt Romerike midt for perioden 1. september 2006 til 31. august 2011. Området omfatter kommunene Lørenskog, Rælingen, Skedsmo, Fet, Sørum, Nes, Ullensaker og Eidsvoll. Dette var første gang drift og vedlikehold av vegene på Romerike ble konkurranseutsatt. Drift og vedlikehold av vegene ble før 1. januar 2003 utført av Statens vegvesen. Fra 1. januar 2003 ble produksjonsavdelingen i vegvesenet utskilt som eget selskap – Mesta AS. Fra 1. januar 2003 til 31. august 2005 ble driften og

vedlikeholdet utført av Mesta AS på grunnlag av såkalt "overgangskontrakt". I perioden 1999–2004 hadde det vært et prøveprosjekt med delvis konkurranseutsetting.

- (3) Det kom inn tilbud fra fem selskaper. Det klart laveste tilbudet ble inngitt av Oslo Vei AS (heretter benevnt Oslo Vei), som er 100 % eid av Oslo kommune. Oslo Veis tilbudspris var kr 148 786 040 eksklusive merverdiavgift. Tilbudet var angitt å være basert på "konkurransegrunnlaget, møtereferat fra tilbudskonferansen og innkomne spørsmål besvart av SvV [dvs. Statens vegvesen]". Den høyeste tilbudsprisen lå om lag 40 % over tilbudet fra Oslo Vei. I brev 9. mars 2006 aksepterte Statens vegvesen Region øst pristilbudet fra Oslo Vei. Deretter ble det 6. april 2006 mellom Statens vegvesen Region øst som byggherre og Oslo Vei som entreprenør inngått "drifts- og vedlikeholdskontrakt med funksjonsansvar", hvor Oslo Vei påtok seg å "utføre drifts- og vedlikeholdsoppgaver knyttet til stamveger, øvrige riksveger, fylkesveger og gang- og sykkelstier langs riksveger med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner i Lørenskog, Rælingen, Skedsmo, Fet, Sørumsnes, Ullensaker og Eidsvoll kommuner i perioden 01.09.2006 – 31.08.2011 i samsvar med sitt tilbud av 30.01.2006". Kontrakten inneholder denne definisjon av "funksjonsansvar":

"Helhetlig ansvar for beslutning, planlegging, prosjektering, utførelse, kvalitetssikring, oppfølging og dokumentasjon av tiltak som er nødvendig for å overholde kontraktens krav samt dokumentasjon av resulterende tilstand og funksjon."

- (4) De vinterdriftsoppgaver som Oslo Vei skal utføre etter denne kontrakten, omfatter blant annet snøbrøyting, snø- og isrydding og strøing. Vinterdriften skal ifølge kontrakten utføres etter tre strategier – "vinterveg", "nesten bar veg" og "bar veg". For vinterveg er det "akseptabelt med snø- og isdekke hele eller deler av vinteren", mens bar veg "normalt skal være snø- og isfrie hele vinteren" og nesten bar veg "normalt skal være snø- og isfrie i sporene hele vinteren".
- (5) Kontrakten inneholder nærmere angitte kriterier for når det skal iverksettes brøyting, snø- og isrydding og strøing ("tiltakskriterier"). Disse avhenger av hvor sterkt trafikkert vegen er. For veger som skal driftes som bar veg, skal det iverksettes salting dersom det "forventes friksjon under 0,4". Det er også angitt hvor raskt det skal responderes når et tiltakskriterium inntreffer ("tiltakstid"). For særskilt angitte riksvegstrekkninger som driftes som bar veg, er det bestemt at det overhodet "ikke [tillates] oppbygging av snø- eller issåle under vedvarende snøvær", og for alle veger som driftes som bar veg, er det fastsatt at friksjonen utenom ved snøfall "aldri [skal] være dårligere enn 0,4". Etter kontrakten skal veger som driftes som vinterveg, normalt ikke saltes, men i "overgangsperiodene", dvs. ved væromslag, "kan" det benyttes "salt eller saltløsning".
- (6) Den kontrakt som ble inngått, er en funksjonskontrakt med fast pris. Kontrakten inneholder ingen angivelse av hvilke mengder salt som må benyttes for at de krav kontrakten stiller, skal være oppfylt. For at de som skulle inngi tilbud, skulle ha et bedre kalkulasjonsgrunnlag, fremla Statens vegvesen som anbudsgrunnlag "historiske vinterdriftsdata" for vegene på Romerike. Disse dataene er inntatt som vedlegg S 30 til den inngåtte kontrakt. I det følgende blir dette dokumentet kalt vedlegg S 30. Talloppstillingene i dette vedlegget er basert på rapportskjemaer fra de entreprenørene som hadde utført saltingen – såkalte R 12-skjemaer. Vedlegg S 30 inneholder følgende opplysninger om rapporterte medgåtte saltmengder per vintersesong i perioden 1999/2000–2004/2005:

- (7) 8 730 tonn i 1999/2000, 4 118 tonn i 2000/2001, 5 715 tonn i 2001/2002, 5 414 tonn i 2002/2003, 6 883 tonn i 2003/2004 og 5 843 tonn i 2004/2005. Disse tallene gir et gjennomsnitt per vintersesong på 6 117 tonn.
- (8) De saltmengdene som er oppgitt i vedlegg S 30, blir i vedlegget opplyst å være ”de beste historiske erfaringstall som kan skaffes”. Samtidig er det imidlertid presisert at ”de er erfaringstall fra en driftssituasjon med til dels andre rammebetingelser og standardkrav, og må brukes med dette forbeholdet”. I dokumentet blir det for øvrig uttalt:
- ”Tallene representerer de mengder entreprenørene har rapportert til byggherren. Innrapporteringen har ikke vært underlagt særskilt kvalitetssikring og kan derfor være beheftet med feil. Tallene er summert for hele Romerike og ikke kun kontraktsområde Romerike Midt og gjelder for ca. 114 km Stamveg, ca. 631 km Ø. [forkortelse for øvrig] Riksveg, ca. 857 km Fylkesveg og ca. 167 km gang- og sykkelveg.”**
- (9) Partene er enige om at av saltforbruket på Romerike går ca. 50 % til vegene i det området som er kalt Romerike midt. Dersom opplysningene i S 30 blir lagt til grunn, vil gjennomsnittlig saltforbruk for vintersesongene 1999/2000–2004/2005 i Romerike midt således utgjøre 3 059 tonn per vintersesong.
- (10) Som del av kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei er inntatt NS 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. Partene har gjort enkelte endringer i standarden som er uten betydning for denne saken.
- (11) Etter det som er opplyst, har Statens vegvesen på landsbasis inngått til sammen 105 funksjonskontrakter for drift og vedlikehold av veger. Samlet kontraktsverdi for disse kontraktene utgjør rundt kr 15 milliarder. De fleste kontrakter har en løpetid på fem år. Dette innebærer at samlet årlig kontraktssum for vegvesenets funksjonskontrakter utgjør rundt kr 3 milliarder.
- (12) For vinterdriften av vegene i Romerike midt inngikk Oslo Vei avtale med Transport-Formidlingen Anlegg AS (heretter forkortet til TF-Anlegg). Etter denne skulle TF-Anlegg som underentreprenør utføre de forpliktelser som Oslo Vei hadde påtatt seg overfor Statens vegvesen. Etter avtalen skulle det mellom Oslo Vei og TF-Anlegg gjelde de samme kontraktsbetingelser som mellom Statens vegvesen og Oslo Vei, men likevel slik at det var Oslo Vei som skulle holde de nødvendige saltmengdene.
- (13) Oslo Vei hadde ved kalkulasjonen av sitt tilbud til Statens vegvesen tatt utgangspunkt i de opplysninger som vedlegg S 30 inneholdt om medgåtte saltmengder per vintersesong fra og med 1999/2000 til og med 2004/2005, og lagt inn en sikkerhetsmargin på 10 %. Det tilbud som Oslo Vei inngav, var således basert på et gjennomsnittlig saltforbruk på rundt 3 300 tonn. For ordens skyld presiseres at denne kalkulasjonen ikke fremgikk av tilbudet.
- (14) De saltmengder som TF-Anlegg har brukt ved vinterdriften av vegene i Romerike midt, har imidlertid vist seg å bli atskillig høyere enn det Oslo Vei hadde kalkulert med ved inngivelsen av tilbudet. For vintersesongene fra og med 2006/2007 til og med 2009/2010 utgjør det faktiske saltforbruket 7 794 tonn i 2006/2007, 8 906 tonn i 2007/2008, 10 501 tonn i 2008/2009 og 7 857 tonn i 2009/2010. Dette gir et gjennomsnittlig saltforbruk per vintersesong på 8 765 tonn.

- (15) Det at saltforbruket viste seg å bli atskillig høyere enn det Oslo Vei hadde kalkulert med, ble første gang tatt opp av Oslo Vei i brev 26. mars 2007 til Statens vegvesen Region øst. I brevet bad Oslo Vei om å få ”diskutere en kostnadsfordeling av merforbruket”. Selskapet foreslo at merforbruket utover de saltmengder som fulgte av S 30, ble fordelt med 15 % på Oslo Vei og 85 % på Statens vegvesen. Dette forslaget ble ikke god tatt av vegvesenet, og etter noe korrespondanse tok Oslo Vei 29. oktober 2008 ut stevning ved Nedre Romerike tingrett mot staten v/Samferdselsdepartementet med krav om tilleggsvederlag. Staten tok til motmæle i tilsva r 9. desember 2008 og påstod seg frifunnet.
- (16) Etter at Oslo Vei hadde fremmet krav overfor Statens vegvesen, fremsatte TF-Anlegg på tilsvarende grunnlag krav overfor Oslo Vei på tilleggsvederlag for utlegging av større årlige saltmengder enn det som var forutsatt ved kontraktsinngåelse. Dette kravet er imidlertid opplyst senere å være blitt frafalt av kommersielle grunner.
- (17) Nedre Romerike tingrett kom i dom 12. juni 2009 til at Oslo Vei har krav på tilleggsvederlag for merutgifter til saltforbruk utover 3 300 tonn per vintersesong. Etter tingrettens oppfatning representerte det økte saltforbruk en ”vesentlig svikt i forutsetningene for Oslo Veis tilbud” som Statens vegvesen måtte bære risikoen for. Merkostnadene ble for vintersesongene 2006/2007 og 2007/2008 til sammen fastsatt til kr 4 millioner. Oslo Vei hadde også nedlagt påstand om fastsettelsesdom for tilleggsvederlag for den gjenstående del av kontraktsperioden. Tingretten fant imidlertid ikke at den hadde tilstrekkelig grunnlag for å overskue fremtidig utvikling, og påstanden om fastsettelsesdom for den gjenstående kontraktsperiode ble derfor ikke tatt til følge. Tingrettens dom har denne domsslutning:
- ”1. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Oslo Vei 4 000 000 – firemillioner – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 2. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Oslo Vei sakskostnader med 386 200 – trehundreogåttisekstusentohundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”
- (18) Staten v/Samferdselsdepartementet påanket tingrettens dom til Eidsivating lagmannsrett. Oslo Vei erklærte avledet anke. Ved lagmannsrettens dom 10. mars 2010 fikk staten medhold. Lagmannsretten fant det ikke sannsynliggjort at tallopplysningene i vedlegg S 30 var feil, og etter lagmannsrettens syn fantes det heller ikke annet grunnlag for tilleggsvederlag. Lagmannsrettens dom har denne domsslutning:
- ”1. Staten ved Samferdselsdepartementet frifinnes.
 2. Oslo Vei AS betaler i sakskostnader til Staten ved Samferdselsdepartementet 214 640 – tohundreogfjortentusensekshundreogførti – kroner for lagmannsretten og 126 456 – etthundreogtjuesekstusenfirehundreogfemtiseks – kroner for tingretten innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.”
- (19) Oslo Vei har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken er angitt å rette seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Det er imidlertid i hovedsak bevisbedømmelsen som angripes.

- (20) Under behandlingen for Høyesterett er det fremlagt skriftlige forklaringer fra 15 vitner. Tre av disse er nye for Høyesterett. Det er også fremlagt flere nye dokumenter. Blant annet er det innhentet mer spesifikke opplysninger om hvilke mengder salt som ble tatt ut fra Statens vegvesens saltlager i vintersesongene 1999/2000–2004/2005. For de øvrige sesongene er det fremlagt opplysninger om hvilke mengder salt som er innkjøpt, men ikke om hvilke mengder som er brukt på Romerike. Som følge av de nye opplysninger som er fremlagt, fremstår saken som bedre opplyst for Høyesterett enn for de tidligere instanser.
- (21) Den ankende part, *Oslo Vei AS*, har i korte trekk anført:
- (22) Ved kalkulasjonen av sitt tilbud til Statens vegvesen bygde Oslo Vei på opplysningene i kontraktens vedlegg S 30, som utgjorde en del av anbudsgrunnlaget. De opplysninger om saltforbruk i vintersesongene 1999/2000–2004/2005 som dette vedlegget inneholder, er ikke riktige. For det første er deler av saltforbruket på Romerike holdt utenfor. Dette gjelder saltforbruk på E 6 fra Minnesund til Hedmark grense og saltforbruk på vegstrekninger i et område som grenser mot Østfold. For det andre har rapporteringen av saltforbruket ikke vært fullstendig. Det er dokumentert saltuttak fra lager som langt overstiger det som ifølge R 12-rapportene er utlagt på vegene. På dette sentrale punkt er saken betydelig bedre opplyst for Høyesterett enn for lagmannsretten. Den saltmengde man får ved å summere tallene i R 12-skjemaene, er dessuten høyere enn det som fremgår av vedlegg S 30. Det kan etter dette ikke festes lit til det tallmateriale som fremgår av dette kontraktsvedlegget.
- (23) De kriterier kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei oppstiller for salting, inneholder ingen vesentlig skjerpning av de krav som gjaldt tidligere. Været i de vintersesongene som har gått av kontraktsperioden, har ikke vært vesensforskjellig fra været i perioden 1999/2000–2004/2005. Det foreligger heller ingen indikasjoner på at TF-Anlegg har brukt mer salt enn det som er nødvendig for å oppfylle de krav kontrakten stiller. Tvert imot har flere vitner uttalt at det ikke vil være mulig å oppfylle kontraktens krav om det ikke benyttes mer salt enn det som fremgår av vedlegg S 30. Når TF-Anlegg har måttet bruke vesentlig mer salt enn det som i vedlegg S 30 er oppgitt som historiske data, må forklaringen enten være at tallene i vedlegg S 30 er uriktige, eller at de standardkrav kontrakten stiller, ikke har vært oppfylt tidligere, eventuelt en kombinasjon av disse forholdene.
- (24) Som prinsipielt rettsgrunnlag for kravet om tilleggsvederlag for økt saltmengde har Oslo Vei anført de ulovfestede regler om bristende forutsetninger. Vedlegg S 30 inngikk i anbudsgrunnlaget. Tallmaterialet i dette dokumentet er beheftet med vesentlige feil, og den anbudskalkulasjon som Oslo Vei har foretatt, er dermed bygd på vesentlig uriktige forutsetninger. Dette gir grunnlag for tilleggsvederlag til dekning av merkostnader til innkjøp, lagring og utlegging av salt utover 3 300 tonn per vintersesong.
- (25) Subsidiært har selskapet anført avtaleloven § 36 og har til støtte for revisjon på dette grunnlag vist til de samme anførsler som under bristende forutsetninger.
- (26) Atter subsidiært har Oslo Vei anført NS 3430 punkt 7.5 og punkt 21.1. Etter NS 3430 punkt 7.5 har entreprenøren krav på å få dekket ”utgifter som entreprenøren påføres som følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert”, og etter punkt 21.1 har entreprenøren krav på å få dekket ”merutgifter av andre årsaker som må

henføres til byggherrens forhold". De feil som tallmaterialet i vedlegg S 30 inneholder, må under enhver omstendighet være omfattet av disse kontraktsbestemmelsene.

- (27) Ytterligere subsidiært har Oslo Vei anført at forbruk av salt utover 3 300 tonn per sesong ikke omfattes av kontrakten, og at kostnadene til innkjøp, lagerhold og utlegging av denne saltmengden derfor må dekkes som arbeid utenfor kontrakten, jf. NS 3430 punkt 28.
- (28) Etter Oslo Veis oppfatning skal tilleggsvederlaget – uansett hvilket rettsgrunnlag som anvendes – ikke bare dekke kostnadene til innkjøp og lagerhold av salt utover 3 300 tonn per vintersesong, men også kostnadene til å legge ut denne økte saltmengde. Riktignok har TF-Anlegg overfor Oslo Vei av kommersielle grunner frafalt krav på dekning av merkostnader til utlegging av salt. Dette kan imidlertid ikke påvirke Oslo Veis krav overfor Statens vegvesen.
- (29) Oslo Vei AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Oslo Vei AS et beløp begrenset oppad til kr. 24.515.958, med tillegg av lovens forsinkelsesrente av kr. 11.400.000 fra 30.6.2008 til betaling skjer og av kr. 8.172.131 fra 2.8.2009 til betaling skjer.**
 - 2. Oslo Vei AS har rett til tilleggsvederlag av staten v/Samferdselsdepartementet for sesongen 2010/2011.**
 - 3. Oslo Vei AS tilkjennes sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."**
- (30) Ankemotparten, *staten v/Samferdselsdepartementet*, har i korte trekk anført:
- (31) Det er ikke omtvistet at kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei er en funksjonskontrakt. Etter kontrakten skal Oslo Vei fremskaffe og legge ut den saltmengde som er nødvendig for å oppfylle kontraktens krav. Det er mange faktorer som påvirker saltingsprosedyren. Risikoen for hvilken saltmengde som er nødvendig, påhviler Oslo Vei. Dersom Oslo Vei skulle få medhold, vil det innebære at kontrakten blir omdefinert fra en funksjonskontrakt til en mengdekontrakt.
- (32) Staten erkjenner at vedlegg S 30 for sesongene 2003/2004 og 2004/2005 ikke inneholder saltforbruk på E 6 fra Minnesund til Hedmark grense og vegstrekninger i et område som grenser mot Østfold. Dette skyldes at disse vegene i disse sesongene ble driftet fra henholdsvis Hedmark og Østfold. Det er imidlertid her tale om små mengder. Hvis saltforbruket i disse sesongene hadde vært tatt med, ville det bare ha medført ca. 65 tonn høyere gjennomsnitt.
- (33) Det er også riktig at summen av den saltmengde som i henhold til R 12-skjemaene er rapportert utlagt, utgjør noe mer enn de tall som fremgår av vedlegg S 30. Forskjellen er imidlertid meget liten. Mens gjennomsnittlig rapportert utlagt saltmengde i henhold til vedlegg S 30 utgjør 6 117 tonn, utgjør rapportert utlagt saltmengde etter summering av R 12-skjemaene 6 297 tonn. Dette gir bare en differanse på 2,9 %.
- (34) For sesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 foreligger det opplysninger om saltuttak fra vegvesenets lager. I disse sesongene er det fakturert uttatt til Romerike henholdsvis 8 091 tonn, 7 593 tonn og 7 038 tonn. I sesongene 1999/2000 og 2003/2004

ble noen vegstrekninger driftet av Kolo Veidekke AS, og dette selskapet hadde eget innkjøp. Dersom man legger sammen saltuttak fra vegvesenets lager til Romerike og saltforbruk rapportert av Kolo Veidekke AS, utgjør uttatt saltmengde i 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 henholdsvis 9 886 tonn, 9 104 tonn og 7 038 tonn. Gjennomsnittlig avvik i forhold til tallene i vedlegg S 30 for disse sesongene utgjør 21,3 %. For sesongene 2000/2001, 2001/2002 og 2002/2003 foreligger det bare opplysninger om totalt innkjøp, og ikke om til hvilke områder saltet er levert. Det er imidlertid ingen grunn til å anta at uttatt saltmengde disse sesongene avviker fra det bilde som uttatt saltmengde i sesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 gir.

- (35) Staten anfører prinsipalt at det ikke er godtgjort at tallmaterialet i vedlegg S 30 er beheftet med vesentlige feil. De tall som foreligger om uttak av salt fra lager, er usikre, idet disse ikke sier noe om hvor mye som ble lagt ut på vegnettet. Den vesentligste årsak til at saltforbruket etter at Oslo Vei overtok drifts- og vedlikeholdsansvaret for vegene i Romerike midt, er blitt bortimot tredoblet, må være valg av driftsopplegg og saltingsstrategi. Krav om økt trafikksikkerhet fra trafikkantene kan også bidra til økt saltforbruk. Dessuten har TF-Anlegg ikke særlig oppfordring til å spare på salt, da Oslo Vei etter avtalen med TF-Anlegg skal holde det salt som er nødvendig. For det tilfellet at Høyesterett skulle komme til at tallmaterialet i vedlegg S 30 er beheftet med feil, anfører staten subsidiært at det ut fra tallene for uttak fra lager maksimalt kan være grunnlag for å oppjustere S 30-tallene med rundt 20 %.
- (36) Etter statens syn gir NS 3430 punkt 7.5 ikke grunnlag for revisjon, da vedlegg S 30 ikke inneholder noen spesifikasjoner eller mengdeangivelse for kontraktsarbeidet. Det er heller ikke grunnlag for revisjon etter NS 3430 punkt 21.1, de ulovfestede regler om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36. For det tilfellet at Høyesterett skulle komme til at det er grunnlag for å utmåle erstatning etter NS 3430 punkt 7.5 eller punkt 21.1, må en eventuell erstatning under enhver omstendighet begrense seg til faktisk påløpte utgifter. De kostnader TF-Anlegg har hatt til å legge ut større saltmengder enn gjennomsnittlig 3 300 tonn per vintersesong, kan ikke kreves erstattet, da TF-Anlegg har frafalt mulig krav overfor Oslo Vei.
- (37) For de lavere instanser hadde staten en subsidiær anførsel om at Statens vegvesen under ingen omstendighet kunne hefte for merforbruk av salt på fylkesvegene. Denne anførsel er frafalt for Høyesterett.
- (38) Staten har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Anken forkastes.**
2. **Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.”**
- (39) *Mitt syn på saken*
- (40) Jeg er kommet til at Oslo Veis anke delvis må tas til følge.
- (41) Oslo Vei har ved kontrakten av 6. april 2006 med Statens vegvesen påtatt seg drifts- og vedlikeholdsansvaret for de vegstrekninger i området Romerike midt som omfattes av denne, til fastsatt pris. Hvilke oppgaver som skal utføres, er nærmere definert i kontrakten. Blant annet plikter Oslo Vei etter nærmere angitte kriterier å utføre salting.

Kontrakten er en funksjonskontrakt uten angivelse av hvilke mengder salt som vil gå med til oppfyllelse av kontrakten. Spørsmålet om hvorvidt Oslo Vei har krav på tilleggsvederlag fordi gjennomsnittlig faktisk saltforbruk per vintersesong er blitt bortimot tre ganger så høyt som gjennomsnittet av det som ved anbudsinnbydelsen ble oppgitt som rapportert tidligere saltforbruk, avhenger av hva som er årsaken til avviket.

- (42) Det har vært en omfattende bevisførsel for Høyesterett om hva som kan være årsaken til at det faktiske saltforbruk er blitt vesentlig høyere enn det som ved anbudsinnbydelsen ble oppgitt som rapportert tidligere forbruk. Etter min mening kan dette avviket ikke tilbakeføres til en enkelt årsaksfaktor, men må skyldes en kombinasjon av flere forhold.
- (43) Under behandlingen for Høyesterett er det fremlagt nærmere opplysninger om hvor mye salt som ble tatt ut fra vegvesenets lager til bruk på Romerike i vintersesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005. I to av disse sesongene – 1999/2000 og 2003/2004 – ble noen vegstrekninger driftet av Kolo Veidekke AS, som hadde eget saltinnkjøp. Dersom den saltmengde som ble tatt ut fra vegvesenets lager, blir lagt sammen med det saltforbruk som er rapportert av Kolo Veidekke AS, vil uttatt saltmengde til bruk på Romerike i sesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 være henholdsvis 9 886 tonn, 9 104 tonn og 7 038 tonn. Det som vedlegg S 30 oppgir som rapportert saltforbruk disse sesongene, er henholdsvis 8 730 tonn, 6 883 tonn og 5 843 tonn. De faktiske saltmengder i sesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 utgjør etter dette 21,3 % mer enn det som i vedlegg S 30 er oppgitt som rapportert saltforbruk. Selv om man nok må regne med noe svinn, underbygger de opplysninger som er fremlagt for Høyesterett om saltuttak vintersesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005, at saltforbruket i perioden 1999/2000–2004/2005 må ha vært atskillig høyere enn det som fremgår av vedlegg S 30.
- (44) De vitner som hadde befatning med driften av vegene på Romerike i perioden 1999/2000–2004/2005, har forklart at de ikke har grunn til å tro at saltforbruket i denne perioden ble underrapportert. Vitnet Bjørn Heggedal, som blant annet har vært ansatt som innkjøpsleder i Statens vegvesen Akershus og Mesta AS, har derimot forklart at han ikke anser det ”mulig å salte Romerike Midt i en vintersesong med ca. 3.000 tonn salt og oppfylle kravene”, og at det etter hans oppfatning ”var behov for mer [salt] enn de 3 000 tonnene som var oppgitt i anbudet”. Han mener at det ”på Romerike (minus det KOLO Veidekke hadde på Romerike Vest) var ett totalt forbruk på ca. 7.500–8.000 tonn pr sesong”. Det at det i perioden 1999/2000–2004/2005 var et større saltforbruk enn det som fremgår av vedlegg S 30, støttes av sivilingeniør Knut Magne Reitan og vitnet Raymond Grønvold. Reitan, som er påberopt som sakkyndig vitne av Oslo Vei, hevder i sin forklaring at saltforbruket i perioden 1999/2000–2004/2005 var underrapportert, og at dette ”har vært et vanlig problem i lang tid”. Grønvold, som tidligere har vært driftsleder i Statens vegvesen og Mesta AS, men som er nå ansatt som driftsleder i TF-Anlegg, har i sin forklaring til Høyesterett uttalt at saltforbruket i hans tid i vegvesenet og Mesta AS – uten at det var en bevisst handling – ble ”underrapportert en del”. Det at saltforbruket i perioden 1999/2000–2004/2005 har vært høyere enn det som fremgår av vedlegg S 30, samsvarer godt med de opplysninger som er fremlagt for Høyesterett om saltuttak vintersesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 til bruk på Romerike.
- (45) Som det fremgår av min gjengivelse av statens anførsler, har staten erkjent at gjennomsnittlig utlagt saltmengde per vintersesong i perioden 1999/2000–2004/2005 overstiger de mengder som er oppgitt i vedlegg S 30, med ca. 2,9 %. Det er også på det rene at to områder på Romerike i 2003/2004 og 2004/2005 ble driftet fra nabofylker, og

staten har erkjent at dersom disse områdene var blitt tatt med, ville det gjennomsnittlige saltforbruk per år i perioden 1999/2000–2004/2005 ha steget med ca. 65 tonn. De opplysninger som er fremlagt for Høyesterett om saltuttak i 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 til bruk på Romerike, viser imidlertid at underrapporteringen har vært vesentlig større.

- (46) Differansen mellom saltforbruket etter at Oslo Vei overtok drifts- og vedlikeholdsansvaret for vegene i Romerike midt, og de tall som fremgår av vedlegg S 30, kan likevel langt fra bare forklares med tidligere underrapportering. Etter bevisførselen for Høyesterett finner jeg å måtte legge til grunn at det faktiske saltforbruk har økt vesentlig, og at det er dette som er den hovedsakelige forklaring på differansen. Den viktigste årsak til denne økningen må etter min mening være TF-Anleggs valg av driftsopplegg og saltingsstrategi.

- (47) Som tidligere nevnt, inneholder kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei blant annet nærmere kriterier for når det skal saltes, og den angir også hvor raskt det skal responderes. Innenfor de tiltakskriterier og tiltakstider som kontrakten oppstiller, er det likevel rom for valg av ulike driftsopplegg og strategier, og dette vil påvirke saltforbruket. Blant annet vil saltforbruket bli påvirket av det utstyr som benyttes, hvordan utstyret er kalibrert og vedlikeholdt, i hvilken utstrekning snøen er blitt fjernet før det blir saltet, hvor ofte det blir saltet, hvilken mengde salt som blir lagt ut, hvilken strøbredde som benyttes, mv. Oslo Veis kontrakt med Statens vegvesen er en funksjonskontrakt uten mengdeangivelse, og det at saltforbruket ved TF-Anleggs driftsopplegg og saltingsstrategi er blitt vesentlig større enn ved det driftsopplegg og den saltingsstrategi som ble benyttet tidligere, hører under Oslo Veis risiko.

- (48) Hvor mye salt det er nødvendig å bruke på vegene, avhenger blant annet av værforholdene, og variasjoner i saltforbruk fra ett år til et annet vil derfor ofte kunne forklares med ulike værforhold. Partene er imidlertid enige om at værforholdene etter at Oslo Vei overtok drifts- og vedlikeholdsansvaret for vegene i Romerike midt, ikke har vært vesensforskjellig fra værforholdene i perioden 1999/2000–2004/2005. Det økte saltforbruk som vi står overfor i denne saken, kan derfor ikke i nevneverdig grad forklares med ulike værforhold.

- (49) Fra statens side har det vært påpekt at sammenlignet med de krav som gjaldt tidligere, innebærer kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei en viss skjerping av de krav som stilles til veger som skal driftes som bar veg. De viktigste endringene er at det for særskilt angitte riksvegstreknings, er bestemt at det overhodet "ikke [tillates] oppbygging av snø- eller issåle under vedvarende snøvær", og at friksjonen på veger som skal driftes som bar veg, utenom ved snøfall "aldri skal være dårligere enn 0,4". Staten har også påpekt at det etter at Oslo Vei overtok drifts- og vedlikeholdsansvaret, er blitt gjennomført hyppigere kontroller, og at dette i praksis kan ha medført en innskjerping av kravene. Selv om disse endringene må være av mindre vesentlig betydning, er jeg enig med staten i at de i noen grad kan bidra til å forklare det økte saltforbruket. Også krav fra trafikkantene om trafikksikre veger kan bidra til økt bruk av salt. Etter kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei er det Oslo Vei som skal holde det salt som er nødvendig for å oppfylle kontrakten, og økning i saltforbruk som skyldes skjerpede krav til vegstandard, hyppigere kontroller eller krav fra trafikkantene, hører under Oslo Veis risiko.

- (50) Oslo Vei har anført at dersom de tall som er oppgitt i vedlegg S 30, gir et noenlunde riktig uttrykk for saltforbruksnivået i perioden 1999/2000–2004/2005, kan de dagjeldende krav til vegstandard – som i hovedsak tilsvare kravene i kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei – ikke ha vært oppfylt i denne perioden, og at dette er noe som Statens vegvesen må bære risikoen for. Saken er på dette punkt ikke godt opplyst, og det har fra partenes side vært gitt motstridende opplysninger om kvaliteten på vegstandarden i perioden 1999/2000–2004/2005. Ved anbudsinngivelsen måtte Oslo Vei etter min mening kunne gå ut fra at de tall for saltforbruk som er oppgitt i vedlegg S 30, reflekterte den mengden salt som var nødvendig for å oppfylle de dagjeldende standardkrav. Jeg er derfor enig med Oslo Vei i at dersom kontrakten med Oslo Vei hadde innebåret en vesentlig skjerping av kravene til vegstandard, måtte vegvesenet ha båret risikoen for det økte saltforbruk som dette medførte, da forbeholdet for ”til dels andre rammebetingelser og standardkrav” som er tatt i vedlegg S 30, bare dekker en mindre vesentlig skjerping av standardkravene. Jeg kan imidlertid ikke se at det er sannsynliggjort at det i perioden 1999/2000–2004/2005 ble praktisert noe vesentlig lavere krav til vegstandard.
- (51) Jeg har tidligere kommet til at saltforbruket i perioden 1999/2000–2004/2005 må ha vært atskillig høyere enn det som fremgår av vedlegg S 30. Hvor stor andel av avviket mellom faktisk saltforbruk per år under kontraktsperioden og de tall som er oppgitt i vedlegg S 30, som skyldes tidligere underrapportering, er imidlertid vanskelig å fastslå eksakt. Det er bare for sesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005 det foreligger opplysninger om hvor mye av det salt som ble tatt ut fra lager, som er benyttet på Romerike. For sesongene 2000/2001, 2001/2002 og 2002/2003 foreligger det opplysninger om innkjøp, men ikke om hvor salt som er tatt ut fra lager, er blitt forbrukt. Ut fra de opplysninger som foreligger om innkjøp, kan det ikke ses bort fra at underrapportert saltmengde disse sesongene har vært høyere enn i sesongene 1999/2000, 2003/2004 og 2004/2005. Siden det er Statens vegvesen som er den som nærmest kunne ha fremskaffet opplysninger om dette, må den usikkerhet som foreligger på dette punkt, gå ut over staten. På denne bakgrunn finner jeg å måtte legge til grunn at gjennomsnittlig tidligere underrapportering har vært 25–30 %.
- (52) Oslo Vei har anført flere rettsgrunnlag for sitt krav om tilleggsvederlag. Jeg finner det naturlig først å behandle anførselen om at kostnadene til innkjøp, lagerhold og utlegging av salt utover 3 300 tonn per vintersesong må dekkes som *arbeid utenfor kontrakten*, jf. NS 3430 punkt 28.
- (53) Denne anførsel kan klart ikke føre frem. Den kontrakt Oslo Vei har inngått med Statens vegvesen, er en funksjonskontrakt uten mengdeangivelse. Det saltforbruk som er nødvendig for en korrekt kontraktsoppfyllelse, inngår i det Oslo Vei skal levere. Det finnes ingen holdepunkter for å begrense den saltmengde som skal leveres innenfor kontrakten, til 3 300 tonn per år.
- (54) Det neste spørsmål det er naturlig å ta stilling til, er om Oslo Vei kan gjøre krav på dekning av merutgifter etter *NS 3430 punkt 7.5 og/eller punkt 21.1*.
- (55) Etter NS 3430 punkt 7.1 plikter byggherren hvis ikke annet følger av kontrakten, å levere ”[t]egninger, beskrivelser og beregninger”. Dersom det er ”feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert”, skal byggherren etter punkt 7.5 ”holde entreprenøren skadesløs i henhold til punkt 21 for utgifter som entreprenøren påføres som følge av” dette. I punkt 21.1 er det fastsatt at dersom entreprenøren blir ”påført

merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1, eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren”.

- (56) Siden kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei er en funksjonskontrakt uten mengdeangivelse, var det Oslo Vei som ved inngivelsen av anbudet måtte beregne det saltforbruk som var nødvendig. For at tilbyderne skulle ha et bedre grunnlag for å beregne nødvendige saltmengder, fremla imidlertid vegvesenet opplysninger om historiske vinterdriftsdata som anbudsgrunnlag. De tilbud som ble inngitt, er basert blant annet på disse opplysningene, og ved inngåelsen av kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei ble de oppgitte historiske vinterdriftsdataene inntatt som vedlegg S 30 til kontrakten. Etter avtalens punkt 8 inngår vedleggene som ”del av ... avtalen”. Det finnes ingen holdepunkter for at de som ved anbudsinnbydelsen eller kontraktsinngåelsen opptrådte på vegne av vegvesenet, var kjent med at tallene i vedlegg S 30 var beheftet med vesentlige feil. I vedlegget er det presisert at tallene ikke har ”vært underlagt særskilt kvalitetssikring”, og det er derfor tatt forbeholdt for at tallene ”kan ... være beheftet med feil”. Tallene blir presentert som ”de beste historiske erfaringstall som kan skaffes”. Som jeg tidligere har fremholdt, kan imidlertid disse forbeholdene bare dekke mindre vesentlige feil i tallmaterialet. Oslo Vei hadde begrenset mulighet til å overprøve de opplysninger om historisk forbruk som var gitt i vedlegg S 30. Når anbudsgrunnlaget er beheftet med så vesentlige feil som her, finner jeg at staten må hefte etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 til tross for de forbehold som er tatt.
- (57) Det Oslo Vei kan kreve erstattet etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1, er de ”merutgifter” selskapet blir påført på grunn av de uriktige opplysningene i vedlegg S 30. Oslo Vei har anført at uttrykket ”merutgifter” ikke bare omfatter kostnader til innkjøp og lagerhold av økte saltmengder, men også kostnader til utlegging, selv om Oslo Vei rent faktisk ikke har hatt slike kostnader, da utleggingen er forestått av TF-Anlegg, og dette selskapet har frafalt krav overfor Oslo Vei. Dette er jeg ikke enig i.
- (58) Dersom kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei hadde vært begrenset til en bestemt saltmengde, ville utlegging av større mengder hatt karakter av tilleggsarbeid, og i en slik situasjon måtte det ved utmåling av vederlaget for tilleggsarbeidet også ha vært tatt hensyn til utleggingskostnadene. I vår sak er det imidlertid ikke tale om å tilkjenne tilleggsvederlag for en ytelse utenfor kontrakten, men om å gi en entreprenør kompensasjon fordi en ytelse som omfattes av kontrakten, har vist seg å være mer omfattende enn det byggherrens opplysninger skulle tilsi. Etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 er det i en slik situasjon *merutgiftene* som kan kreves erstattet.
- (59) For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt. 2000 side 806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner. Når NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 gir entreprenøren krav på å få erstattet ”merutgifter”, må dette etter en normal språklig forståelse begrenses til *faktisk påløpte kostnader*.
- (60) Siden det etter kontrakten mellom Oslo Vei og TF-Anlegg er TF-Anlegg som skal forestå utleggingen av salt, og TF-Anlegg har frafalt krav på tilleggsvederlag for utlegging av vesentlig større saltmengder enn forutsatt ved kontraktsinngåelsen, har Oslo Vei ikke hatt

kostnader til utlegging av de økte saltmengdene. De merkostnader Oslo Vei ville ha fått til utlegging av økte saltmengder dersom selskapet ikke hadde benyttet underentreprenør, men selv forestått utleggingen, kan innenfor rammen av normal språkbruk ikke med rimelighet karakteriseres som ”merutgifter”. Etter min mening kan Oslo Vei som følge av dette ikke kreve erstattet mer enn utgiftene til å anskaffe og lagerføre gjennomsnittlig 25–30 % mer salt per år enn gjennomsnittlig årsforbruk i henhold til vedlegg S 30. Selv om kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei også omfatter utlegging av salt, kan Oslo Vei ikke kreve erstattet kostnader som selskapet vitterlig ikke har hatt.

- (61) Oslo Vei har som prinsipalt rettsgrunnlag for sitt krav på tilleggsvederlag, anført *de ulovfestede regler om bristende forutsetninger*. Selv om de ulovfestede regler om bristende forutsetninger i stor grad blir overlappet av avtaleloven § 36, utgjør bristende forutsetninger et eget rettsgrunnlag, jf. Rt. 1999 side 922 (Salhus Flytebru). Hvilket av de to rettsgrunnlagene som vil ha størst rekkevidde, avhenger av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på.
- (62) Som det fremgår av det jeg har sagt, kan Oslo Vei på grunnlag av NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1 kreve erstattet merutgifter ved å anskaffe og lagerføre gjennomsnittlig 25–30 % mer salt per år enn gjennomsnittlig årsforbruk i henhold til vedlegg S 30. Den omstendighet at en form for bristende forutsetninger er avtaleregulert, er ikke til hinder for at det på grunnlag av ulovfestede regler blir krevd kontraktsrevisjon for andre former for bristende forutsetninger eller for forutsetningssvikt utover det som er avtaleregulert.
- (63) For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. 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.
- (64) Oslo Vei har med styrke fremholdt at det tilbud selskapet inngav, var basert på at opplysningene i vedlegg S 30 var noenlunde riktige, og at de saltmengder TF-Anlegg har benyttet, har vært nødvendige for å oppfylle de krav kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei stiller til vegstandard. Etter Oslo Veis syn vil det da virke urimelig om ikke Oslo Vei skal få kompensasjon for de faktisk medgåtte saltmengder.
- (65) Etter bevisførselen finner jeg det klart at det for Oslo Vei har vært en motiverende forutsetning at vedlegg S 30 gav uttrykk for et noenlunde riktig nivå for tidligere saltforbruk, og at denne forutsetning var synbar for Statens vegvesen. Det tap Oslo Vei blir påført som følge av at denne forutsetning svikter, er ikke ubetydelig, og risikoen for at opplysningene i vedlegg S 30 er riktige, påhviler Statens vegvesen. Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er derimot i kontrakten bevisst plassert hos Oslo Vei som entreprenør. De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å omfordele denne risikoen. Hvis kontrakten ikke hadde inneholdt bestemmelser om hvilke konsekvenser det skal ha at vedlegg S 30 ikke gir riktige opplysninger om tidligere saltforbruk, ville de ulovfestede regler om bristende forutsetninger kunne ha gitt Oslo Vei grunnlag for å kreve erstatning for at forutsetningen om nivået for tidligere saltforbruk svikter. Som jeg tidligere har påpekt, reguleres imidlertid virkningen av denne forutsetningssvikten av NS 3430

punkt 7.5, jf. punkt 21.1. Siden spørsmålet er kontraktsregulert, gir de ulovfestede regler ikke hjemmel for å kreve erstatning for denne forutsetningssvikten.

- (66) Oslo Vei har som hjemmel for kontraktsrevisjon også anført *avtaleloven* § 36. Denne bestemmelse gir en generell adgang til helt eller delvis å tilsidesette en avtale ”for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende”, og har således et langt videre anvendelsesområde enn de ulovfestede regler om bristende forutsetninger. Ved avgjørelsen av om en avtale skal revideres etter denne bestemmelse, skal det ”tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”, jf. § 36 andre ledd.
- (67) Som tidligere nevnt, har Oslo Vei anført at de saltmengder TF-Anlegg har benyttet, har vært nødvendige for å oppfylle de krav kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei stiller til vegstandard.
- (68) Det kan som utgangspunkt virke rimelig at Statens vegvesen som byggherre må betale for den saltmengde som faktisk viser seg å være nødvendig for å oppfylle kontraktens krav. Dette gjelder i særlig grad når gjennomsnittlig faktisk forbruk har vist seg å bli bortimot det tredobbelte av det som ble forutsatt ved avtaleinngåelsen. Hvilke saltmengder som anses nødvendige, vil imidlertid bero på en rekke forhold, særlig entreprenørens valg av strategi og driftsopplegg. Og som nevnt under behandlingen av de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, er risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige, i dette tilfellet bevisst plassert hos Oslo Vei. Vi står her overfor en kontrakt mellom profesjonelle avtaleparter, og kontraktsperioden er begrenset til fem år. På denne bakgrunn finner jeg det klart at det ikke er grunnlag for revisjon etter *avtaleloven* § 36.
- (69) Jeg har tidligere konkludert med at det Oslo Vei kan kreve erstattet etter NS 3430 punkt 7.5, jf. punkt 21.1, er utgiftene til å anskaffe og lagerføre gjennomsnittlig 25–30 % mer salt per år enn gjennomsnittlig årsforbruk i henhold til vedlegg S 30. Etter en skjønnsmessig vurdering hvor også den gjenstående vintersesong av avtaleperioden (sesongen 2010/2011) tas med, finner jeg at erstatningen passende kan fastsettes til et rundt beløp på kr 2 millioner. Beløpet inkluderer rentetap på erstatningen frem til forfallstidspunktet for dommen. Fra dommens forfallstidspunkt påløper det morarenter etter forsinkelsesrenteloven § 2, jf. § 3 første ledd første punktum.
- (70) Begge parter har krevd dekning for *sakskostnader*. Etter det resultat jeg er kommet til, har ingen av partene vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige. I samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2, jf. § 20-3 finner jeg at hver av partene må bære sine sakskostnader for alle instanser.
- (71) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Oslo Vei AS 2 000 000 – tomillioner – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (72) Dommer **Endresen**: Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende hva angår hvilken andel av merforbruket av salt, som byggherren må svare for. Byggherrens ansvar for de uriktige opplysningene følger direkte av den inngåtte kontrakt. Som førstvoterende, finner jeg det klart at Oslo Vei ikke kan kreve erstatning for det ytterligere merforbruk av salt på grunnlag av læren om bristende forutsetninger eller med hjemmel i avtaleloven § 36.
- (73) Etter mitt syn er det imidlertid ikke grunnlag for å begrense Oslo Veis krav til merkostnader ved innkjøp, lagring og håndtering av salt. De uriktige opplysningene i S 30 førte også til et betydelig merarbeid ved utlegging av saltet. De tall Oslo Vei har oppgitt, og som ikke er bestridt, viser at utleggingskostnadene er i størrelsesorden 1,7 ganger innkjøpskostnadene.
- (74) Utlegging av salt ble gjort av underentreprenøren TF-Anlegg AS. Underentreprenøren fremmet krav om tilleggsvederlag overfor Oslo Vei, men det er i saken opplyst at kravet senere er frafalt av kommersielle grunner. Førstvoterende har med utgangspunkt i ordlyden, ”merutgifter”, kommet til at Oslo Vei da ikke lenger kan fremme noe krav for denne prosessen. Jeg er på dette punkt kommet til et annet resultat.
- (75) Ved tolking av standardkontrakter, vil det være mindre rom for individuelle tolkingsmomenter, og jeg er enig i at det vil være nærliggende å legge stor vekt på ordlyden. Når det gjelder standarder med stor utbredelse, som har vært benyttet over lang tid, vil det imidlertid på ulike punkter ha kunnet danne seg allment aksepterte tolkinger av standarden, som da må legges til grunn. Det kan i det minste ha blitt avklart gjennom praksis at ulike bestemmelser i standarden ikke kan tas på ordet. Dette er en høyst aktuell problemstilling ved tolkingen av NS 3430.
- (76) Allerede før vedtakelsen av NS 3401 i 1969, var det etablert at begrepsbruken i kontraktspraksis knyttet til merkompensasjon/tilleggsvederlag/erstatning, var preget av vilkårlighet, og at det ikke kunne legges mye vekt på hvilken formulering som var benyttet, jf. Tore Sandvik, Entreprenørrisikoen, side 329. At det ikke kan legges større vekt på at man i NS 3401 benyttet en erstatningsterminologi, fremheves av Sandvik i Kommentar til NS 3401 side 117:
- ”Bestemmelsen foreskriver at entreprenøren skal holdes ”skadesløs”, men dette er egentlig en lite dekkende uttryksmåte. Det er en riktigere karakteristikk å betegne de merytelser som ligger bak merkostnadene som *tilleggsarbeid*; tilleggsvederlaget blir også her å beregne etter de samme regler som ved bestilt endrings- og tilleggsarbeid, se nærmere nedenfor til pkt. 11.3.”**
- (77) I NS 8405, den standarden som ble vedtatt med sikte på å skulle ta over etter NS 3430, er denne forståelsen direkte fastslått, jf. standardens punkt 24, som gir felles regler for prising av endringsarbeider og vederlagskrav for andre forhold som byggherren svarer for.
- (78) Det er likevel ikke klart hvordan den standarden som er aktuell i vår sak, NS 3430 punkt 21 skal forstås i denne relasjon. I Karl Marthinussen mfl., NS 8405 med kommentarer, 2. utgave, 2006, side 356, heter det:

”I den grad det tidligere var uklart, er det nå klart at entreprenøren har krav på dekningsbidrag inklusiv fortjeneste.”

- (79) De to første avsnittene i NS 3430 punkt 21.1, Krav på dekning av merutgifter, er sålydende:

”Blir entreprenøren påført merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1, eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren.

Entreprenøren har bare krav på kompensasjon i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler.”

- (80) I Kommentar til NS 3430 skriver Helge Jacob Kolrud mfl. på side 180 om forholdet til NS 3401:

”Resultatet er blitt en mer detaljert utforming av regler som i utgangspunktet ikke er forskjellige fra de tidligere regler. Visse nyanseringer finnes dog, og reglene er under enhver omstendighet mer presise.”

- (81) Det er muligens treffende at bestemmelsene er ”mer presise”, men presise er de ikke. Bestemmelsene dekker da også meget ulike typesituasjoner, og de meget kortfattede reglene må suppleres med alminnelige entrepriserettslige prinsipper. Det er da også en omfattende underrettspraksis som vurderer utmålingen av den kompensasjon entreprenøren er berettiget til. Selv om det gjennomgående vises til ”merutgifter” som det som skal erstattes, er det ikke mulig å se at det er etablert en entydig utmålingspraksis.
- (82) I vår sak er det etter mitt syn ikke nødvendig å foreta noen nærmere vurdering av utmålingsproblematikken. Avgjørende for hvilken erstatning Oslo Vei er berettiget til, er ikke ulike syn knyttet til beregningen av kravet, men av hvilken art kravet er. Allerede kontrakten mellom Statens vegvesen og Oslo Vei gir her veiledning. Det er i kontrakten gjort et tillegg til standardens bestemmelse om entreprenørens krav på dekning av merutgifter. Ved byggherrens forsinkelse er det inntatt en standardisert regulering av entreprenørens ”merutgifter” som er objektivisert i den forstand at entreprenørens kompensasjonskrav er knyttet til en andel av kontraktsvederlaget, og er uavhengig av hvilke kostnader som faktisk påløper. Kontrakten bekrefter med andre ord selv at bruken av begrepet ”merutgifter” ikke er egnet til å klargjøre under hvilke omstendigheter entreprenørens krav må anses som et vederlagskrav eller et erstatningskrav.
- (83) I en situasjon der de uriktige opplysninger byggherren har gitt, er avgjørende for entreprenørens kalkyle av omfanget av leveransen, må kravet på kompensasjon etter mitt syn anses å være av samme art som om det var foretatt en ordinær tilleggsbestilling i form av en utvidelse av mengdene i kontrakten. Ganske særlig må det være riktig å vurdere tilleggskravet slik når den omstendighet at opplysningene i anbudsdokumentene om de historiske tall var uriktige, var kjent for flere personer i Statens vegvesen, og det var etablert et avregningssystem for de tilbakevendende avvik.
- (84) I hvert fall under disse omstendigheter er det etter mitt syn riktig å se Oslo Veis krav, som et vederlagskrav for den tjenesten som er levert til Statens Vegvesen. ”Merutgiftene” som er bestemmende for utmålingen må objektiviseres, og Oslo Vei må være berettiget til å

fremme kravet uavhengig av hvilke kostnader som faktisk har påløpt ved utførelsen av arbeidet.

- (85) En del av Oslo Veis kontraktsforpliktelse var å legge ut saltet. Arbeidet er utført; ytelsen er mottatt av Statens vegvesen. Det er da også ubestridt at Oslo Veis krav overfor Statens vegvesen omfattet ”merutgiftene” til utlegging av salt, frem til det tidspunkt da TF-Anlegg av kommersielle grunner valgte å frafalle sitt krav overfor Oslo Vei. Det kan imidlertid ikke antas at byggherrens betalingsforpliktelse reduseres ved kommersielle avtaler mellom entreprenør og underentreprenør etter at de rettslige posisjoner er etablert.
- (86) Som det fremgår av NS 3430 punkt 21.1 andre avsnitt, har entreprenøren plikt til å søke å begrense byggherrens kostnader. Jeg tilføyer da for fullstendighetens skyld at tapsbegrensningsplikten klarligvis ikke innebærer en plikt til å bevirke at en underentreprenør ikke får den betaling denne er berettiget til.
- (87) Jeg stemmer etter dette for at staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Oslo Vei 5,4 millioner kroner.
- (88) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Endresen.
- (89) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Skoghøy.
- (90) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (91) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Oslo Vei AS 2 000 000 – tomillioner – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: