



Eidsivating lagmannsrett - Dom - LE-2023-151768

Instans	Eidsivating lagmannsrett – Dom
Dato	2024-02-22
Publisert	LE-2023-151768
Stikkord	Avtalerett. Avtaletolkning. Vederlag. Entreprense. Avtaleloven.
Sammendrag	Entreprenør krevde vederlag i henhold til konkurransegrunnlaget, selv om utførelsen ble mindre omfattende enn beskrevet i konkurransegrunnlaget. Saken reiste spørsmål om kontrakten stilte spesifikke krav til masseutskiftingens dybde, eller om kontrakten kun satte krav om at masseutskiftingen skulle forhindre setninger. Konkret avtaletolkning.
Saksgang	Romerike og Glåmdal tingrett TROG-2022-180835 – Eidsivating lagmannsrett LE-2023-151768 (23-151768ASD-ELAG/).
Parter	Nannestad kommune (advokat Trude Holmen) mot Ruta Entreprenør AS (advokat Kjell Sagen Berg).
Forfatter	Lagdommer Ola Rambjør Heide, lagdommer Hans Christian Koss og ekstraordinær lagdommer Dag Carlstedt.

Saken gjelder krav om vederlag i entreprisekontrakt om renovering og nybygging knyttet til Nannestad kommunehus. Saken reiser spørsmål om kontrakten inneholdt et spesifikt krav til dybde på masseutskiftingen som var nødvendig ved nybygget, eller om kontrakten kun inneholdt et krav til masseutskiftingens funksjon.

Nannestad kommune og Ruta Entreprenør AS inngikk i juni 2021 kontrakt om renovering av eksisterende kommunehus på Nannestad, samt oppføring av et tilbygg. Kontraktssummen for arbeidet var avtalt til ca. 225 mill. kroner. Kontrakten mellom partene var basert på standardkontrakt for totalentreprense NS 8407.

Det var nødvendig å fundamentere nybygget, blant annet ved å masseutskifte under nybygget. I konkurransegrunnlaget var det beskrevet masseutskifting til 3 meters dyp, noe som ville gi akseptabel setning på bygget. Ruta innga tilbud hvor det man forutsatte fundamentering av helstøpt bunnplate og 3 meter masseutskifting, og inngikk senere avtale med kommunen basert på dette.

Den geotekniske beregningen som ble foretatt i forprosjekteringen hadde imidlertid forutsatt for mye vekt på bygget, noe som ble oppdaget etter kontraktsinngåelse. For å unngå uønskede setninger var det tilstrekkelig å skifte ut masse ned til 1,6 meter, noe partene ble enige om. De ble imidlertid ikke enige om Ruta skulle få oppgjør for masseutskifting ned til 3 meter, eller kun for faktisk utført masseutskifting. Ruta krever 2 919 414 kroner i betaling for dette, men kommunen har avvist kravet.

Etter at Ruta stevnet kommunen med krav om betaling, avsa Romerike og Glåmdal tingrett dom 12. juli 2023 med slik slutning:

1. Nannestad kommune dømmes til å betale Ruta Entreprenør AS 2 919 414 – tomillionernihundreogtusenfirehundreogfjorten – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. februar 2022 til betalinger skjer.
2. Nannestad kommune dømmes til å betale 265 639 – tohundreogsekstifemtusensekshundreogtrettini – kroner i sakskostnader til Ruta Entreprenør AS

innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse.

Tingretten kom til at det ikke fulgte av en naturlig og objektiv tolkning av kontrakten at det var avtalt et krav om å skifte ut masser ned til 3 meter. Tingretten mente at hovedpoenget med avtalens regulering av masseutskiftingen var å sørge for at det ikke oppstår uønskede setninger.

Øvrig bakgrunn for saken fremgår av tingrettens dom.

Nannestad kommune anket tingrettens dom og påstod seg frifunnet fra Rutas krav. Ruta tok til motmæle og mente at anken måtte forkastes. Ankeforhandling ble holdt i Lagmannsrettens hus, Eidsvoll, 8. februar 2024. Det ble foretatt slik bevisførsel som fremgår av rettsboken.

Partenes påstander og påstandsgrunnlag

Ankende part – Nannestad kommune – har i det vesentlige gjort gjeldende:

Partene har inngått bindende avtale om at Ruta skulle masseutskifte ned til tre meter. At avtalen ble endret til masseutskifting kun ned til 1,6 meters dybde, medfører at byggherren har krav på fradrag for den reduksjonen som endringen medførte.

Det ble stilt uttrykkelig krav i kontrakten om at det skulle masseutskiftes, ved at det fremgår at bygget måtte fundamenteres med helstøpt bunnplate eller store stripefundamenter «og 3 m dyp masseutskifting». Formuleringen i kontrakten er klar og innebærer et spesifisert krav om 3 meters dybde. Den innebærer ikke et funksjonskrav. Kontraktens ordlyd skiller mellom fundamenteringen og masseutskiftingen – til det første har entreprenøren rett til å velge løsning, mens til det andre har byggherren valgt en løsning som binder entreprenøren. Dette fremgår klart også når kontraktens formulering ses i lys av øvrige kontraktsdokumenter, som det geotekniske notatet. Ruta har også oppfattet kravet slik. Det avtalte krav er priset i kontrakten, og byggherren har vederlagsrisikoen for endringer.

Formålet med kravet om 3 meters dybde er å sikre mot setninger og utglidninger, og å isolere. Byggherren har satt spesifikt krav om dybde for å ha kontroll på disse forholdene. Det er ikke ønskelig at tilbyderne skal spare kostnader på løsninger som kan gå ut over stabilitet i grunnen. Det er da riktig at byggherren tar ansvar for grunnforholdene. Kontraktskravet er imidlertid ikke å hindre setninger, men at det skal masseutskiftes til 3 meter.

Det er ikke riktig, slik tingretten la til grunn, at masseutskiftingen var foreløpig prosjektert og at Ruta skulle foreta den endelige prosjekteringen. Heller ikke funksjonsfordelingsprinsippet i en totalentreprise, eller det valgte vederlagsformatet, har betydning for tolkningen av kontrakten. Entreprenørens ansvar for å foreta egne setningsberegninger har ingenting med masseutskiftingen å gjøre. Det er fundamenteringen som entreprenøren har ansvar for, for å sikre mot setninger. Rutas ansvar er å kontrollere at entreprenørens valgte fundamenteringsløsning er riktig. Riktig løsning ved masseutskiftingen er imidlertid byggherrens ansvar og risiko.

Ruta har tilbudt masseutskifting ned til 3 meter i sin gjennomføringsplan. Dette binder entreprenøren. Det er ikke riktig når tingretten legger til grunn at tilbyderne vanskelig kunne gjøre noe annet enn å ta utgangspunkt i beregningene i det geotekniske notatet, og at det ikke er naturlig å ta forbehold. Hvis Ruta ikke mente å utføre løsningsbeskrivelsen, måtte selskapet ta forbehold eller ikke skrive noe om den.

Endringen av avtalen om masseutskifting ned til 3 meter gir krav på vederlagsjustering. Partene er enige om beregningen av kravet.

At det her er avtalt risikoovergang er ikke av betydning i saken. Det er ikke prosjekteringsfeil i denne saken – ingen feil som medfører at kravene til kontraktsgjenstanden ikke oppfylles. Uansett kan ikke annet erstattes enn det økonomiske tap.

Nannestad kommune har nedlagt slik påstand:

1. Nannestad kommune frikjennes.
2. Nannestad kommune tilkjennes sakens omkostninger.

Ankemotparten – Ruta Entreprenør AS – har i det vesentlige gjort gjeldende:

I kontraktens kravspesifikasjon nevnes ikke dybder på 3 meter. Heller ikke volumet nevnes. Det er uforståelig at det ikke står mer om dette dersom kommunen mente det fulgte et spesifisert krav av kontrakten. Når det ikke står, innebærer det at det er stilt et funksjonskrav som det er overlatt til entreprenøren å utføre, ikke et minimumskrav til hvor mange meter som skal masseutskiftes. Tvert om fremgår det at det er Ruta som må ta stilling til hva som vil være nødvendig. Ruta har all risiko for gevinst eller tap.

Entreprenøren må ta i betraktning det geotekniske notatet som det er vist til i kontrakten. Der er geoteknikers beregninger gjengitt. Det fremgår imidlertid av kontakten at «ansvarlig prosjekterende må i detaljprosjekteringsfasen utføre egne setningsberegninger». Dette gjelder både grunnforholdene og fundamenteringen. Kontrakten gir klart anvisning på noe foreløpig, og på at dette skal videreutvikles. Blant annet blir det holdt åpent at entreprenøren kan velge annen fyllmasse, som leca. Hvis leca velges av entreprenøren, blir regnestykket for masseutskifting et annet.

Ruta måtte derfor utføre egne beregninger, og risikoen ble overflyttet til Ruta. Rutas forpliktelse var derfor mer enn en kontrollplikt og en ansvarsrett etter plan- og bygningsloven. Kontraktsforpliktelsen gjelder ved siden av, slik at det er Ruta som må finne ut hvordan dette skal løses. Kontrakten kan ikke forstås slik at den gir et spesifikt krav til utførelse, men med forbehold. Det gir ingen mening at Ruta skulle utføre egne beregninger dersom kontraktens krav var masseutskifting til 3 meter.

Rutas gjennomføringsplan var utarbeidet på bakgrunn av den kunnskapen selskapet hadde på tilbudstadiet. Selskapet kunne ikke evaluere premissene, og planen viser kun ressursene som er satt av. Ruta hadde sin valgrett i behold.

Bakgrunnsretten gir ikke anvisning på en annen løsning. I en totalentreprise har totalentreprenøren rett til å velge løsning og har funksjonsansvar innenfor rammen av kontrakten. Byggherren har her ikke oppstilt konkrete krav som begrenser valgretten til Ruta. Vederlagsformatet har også betydning: Fastpriskontrakten i saken innebærer at vederlagsrisikoen for prosjektering og utførelse ligger hos Ruta, som har risikoen for høyere eller lavere pris på utførelsen.

Kontrakten skal, dersom den er uklar, tolkes mot den som har utformet kontrakten, her kommunen. Kommunen kunne enkelt ha formulert et entydig krav i kravspesifikasjonen dersom det var hensikten å kreve minimum dybde på 3 meter. Alternativt kunne kommunen ha benyttet en mengderegulerbar post. Når den ikke gjorde det, tok kommunen et bevisst valg. En uklarhet er i alle tilfelle kommunens ansvar.

Kommunen har overført risikoen for prosjekteringsfeil som kan henføres til kommunen, til Ruta. En slik risikoovergang gjelder også dersom kontrakten skal forstås som et spesifikt krav om 3 meters dybde.

Reelle hensyn taler også for Rutas forståelse av kontrakten.

Ruta Entreprenør AS har nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Ruta Entreprenør AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til samme konklusjon som tingretten og kan i det vesentlige tiltre tingrettens begrunnelse for resultatet. Lagmannsretten bemerker særskilt:

1. Innledning

Saken reiser spørsmål om kontrakten stiller et *spesifikt krav* om at Ruta skal skifte ut 3 meter masse under nybygget av kommunehuset, eller om det av kontrakten følger et *funksjonskrav* til masseutskiftingen – at det skal sikre tilstrekkelig mot setninger m.m.

Dersom kontrakten forstås å inneholde et slikt spesifikt krav, har byggherren krav på vederlagsjustering i henhold til NS 8407 punkt 34.1.1. Da er kontraktens krav på masseutskifting ned til 3 meter endret til en billigere løsning, og byggherren har krav på gevinsten endringen medførte. Dersom kontrakten kun stiller et funksjonskrav, kan entreprenøren selv velge løsningen, når kontraktens funksjonskrav er oppfylt, jf. NS 8407 punkt 14.6 første ledd. Da har entreprenøren krav på den gevinsten som entreprenørens valg medførte.

Avgjørelsen av om kontrakten stiller et spesifikt krav om 3 meters dybde på masseutskiftingen eller et funksjonskrav, treffes etter en tolkning av kontrakten. Avtaler mellom næringsdrivende må fortolkes objektivt, se senest Høyesteretts dom i HR-2023-411-A avsnitt 35. Der er det også fremhevet at dette tolkningsprinsippet gjør seg særlig gjeldende i entrepriserforhold, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene. Bakgrunnen for dette er, som fremhevet i Rt-2012-1729 (Mika-dommen) avsnitt 58, at det i slike anbud stilles krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Det avgjørende ved tolkningen er hvordan en «normalt forstandig tilbyder» oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene, jf. Mika-dommen avsnitt 69.

Ved fastleggelsen av innholdet i konkurransegrunnlaget vil det kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng, jf. Mika-dommen avsnitt 67. Avtalen mellom Nannestad kommune og Ruta Entreprenør består av en rekke dokumenter, hvor særlig byggherrens kravspesifikasjon og det geotekniske underlaget er sentrale ved den tolkningen lagmannsretten må foreta. Likevel kan bakgrunnsretten – særlig her standardkontrakten og standardens system – bidra til å kaste lys over forståelsen av avtalen, dersom ikke en sikker løsning fremgår av avtalen, se blant annet HR-2023-411-A avsnitt 37.

I denne sammenhengen er det etter lagmannsrettens syn grunn til å fremheve at NS 8407, som er standardkontrakten som er anvendt i avtalen mellom partene, er en kontrakt om totalentreprise. Det karakteristiske ved slike kontrakter er at entreprenøren står for både prosjekteringen og utførelsen av prosjektet, jf. Hagstrøm/Bruserud, *Entrepriserett* (2014) side 64. Etter kontraktens punkt 14.6. har entreprenøren «rett til å velge hva slags materiale, utførelse og løsning han vil oppfylle kontrakten med». Entreprenørens valg gir ham i utgangspunktet også risikoen for eventuelle funksjonsfeil, og for eventuelle økonomiske tap eller gevinster ved utførelsen. Dersom entreprenørens prosjektering etter kontraktsinngåelsen viser en dyrere eller billigere løsning enn den som var oppgitt i anbudet og kontrakten, er det dermed entreprenøren som har risikoen for slike avvik.

Totalentreprenørens valgfrihet gjelder likevel bare «innenfor de rammer som fremgår av kontrakten». Har byggherren i kontrakten valgt en spesifikk løsning, er entreprenøren bundet av den.

2. Kontrakten

I byggherrens kravspesifikasjon punkt 2.1. om grunn og fundamenter er følgende bestemt:

For å redusere setninger skal det iht. geoteknisk notat masseutskiftes. Eksisterende masse skal erstattes av lettere masse som f.eks. glasopor eller tilsvarende.

I det geotekniske notatet er masseutskiftingen nærmere beskrevet:

*«For å redusere setninger må bygget fundamenteres med helstøpt bunnplate eller store stripefundamenter og 3 m dyp masseutskifting med lette masser. Beregninger utført i forbindelse med utarbeidelse av konkurransegrunnlag med 3 m tykt lag av glasopor skumglass viser at forventede setninger blir av orden 5-6 cm fra tiden etter at bygget er ferdigbygget og til etter 50 år. Ansvarlig prosjekterende må i detaljprosjekteringsfasen utføre egne setningsberegninger for planlagt bygg og prosjektere fundamentering slik at det ikke oppstår for store og skadelige setninger eller setningsforskjell under bygget (...)
Ved detaljprosjektering bør ansvarlig prosjekterende foreta en gjennomgang av alle utførte grunnundersøkelser og, om nødvendig, justere jordparametere på nytt.*

Lagmannsretten bemerker at disse beskrivelsene av masseutskiftingen må ses på som en sammenhengende helhet, også fordi det i kravspesifikasjonen uttrykkelig henvises til det geotekniske notatet og fordi dette notatet uttrykkelig er gjort til del av kontrakten.

Det er ikke tvilsomt for lagmannsretten – og heller ikke bestridt av partene – at hensikten med formuleringene om utgraving og masseutskifting var å sikre mot setninger. Dette fremgår allerede av ordlyden («For å redusere setninger...»). For lagmannsretten er spørsmålet om den videre reguleringen i kontrakten må forstås slik at den innebærer et krav om masseutskifting ned til 3 meter, eller om den kun innebærer at funksjonen – hindre setninger – skal ivaretas.

Lagmannsretten peker her først på at ordlyden innledningsvis i sitatet foran fra det geotekniske notatet – «For å redusere setninger må bygget fundamenteres med helstøpt bunnplate eller store stripefundamenter og 3 m dyp masseutskifting med lette masser» – isolert sett kan forstås som et krav til utgravingsdybde. Den

følgende setningen inneholder imidlertid en beskrivelse av de beregninger som ligger til grunn for gravedybden. For lagmannsretten er den mest naturlige tolkning av disse formuleringene at dersom den nevnte beregningen ikke slår til, endres også forutsetningene for gravedybden. Dette styrkes ytterligere av at entreprenøren i kontrakten uttrykkelig er pålagt å utføre egne setningsberegninger for å sikre mot setninger. Det er som det fremgår foran, i notatet også en anbefaling til Ruta om å foreta en «gjennomgang av alle utførte grunnundersøkelser og, om nødvendig, justere jordparametere på nytt.»

Lagmannsretten mener dette samlet sett mest naturlig må forstås slik at Ruta – etter inngått kontrakt – måtte foreta nye og egne beregninger av masseutskiftingen. Entreprenøren kunne med andre ord ikke bygge på byggherrens opplysninger og beregninger, men var forpliktet til å foreta selvstendige vurderinger. Lagmannsretten er derfor enig med tingrettens karakteristikk av kommunens prosjektering som en «foreløpig prosjektering».

Dette harmonerer også med at det i prosjektet er valgt en kontrakt for totalentreprise som standardkontrakt, der entreprenøren har ansvar og risiko for prosjekteringen og valgfrihet for så vidt gjelder utførelsen innenfor kontraktens rammer, jf. foran. At nettopp NS 8407 er benyttet i kontraktsforholdet mellom partene, sammenholdt med formuleringene i kontrakten om masseutskiftingen, gir etter lagmannsrettens syn en normalt forstandig tilbyder klare holdepunkter for at entreprenøren hadde valgt også hva gjelder utførelsen av masseutskiftingen. Ved en objektiv tolkning av kontrakten fremstår angivelsen av gravedybde ikke som et spesifisert krav som entreprenøren var forpliktet til å følge.

At entreprenøren hadde valgt følger også av at det i kontrakten er beskrevet at stedlige masser skal skiftes ut med «glasopor eller tilsvarende» masser. I det geotekniske notatet er det beskrevet «masseutskifting med lette masser». Dette medfører utvilsomt at entreprenøren hadde valgt med hensyn til hvilke masser han ville erstatte stedlige masser med – innenfor begrensningen «glasopor eller tilsvarende». Det geotekniske notatet beskrev riktignok forventede setninger ved bruk av glasopor. Dette begrenser imidlertid ikke entreprenørens valgt, snarere tydeliggjør det at opplysningen om 3 meters gravedybde forutsatte bruk av glasopor. Dersom en entreprenør skulle velge andre masser enn glasopor, nødvendiggjorde dette nye beregninger – ny prosjektering – fra entreprenørens side.

For lagmannsretten er det ikke dokumentert hvilken bæreevne o.l. eksempelvis leca-masser, som kunne vært et alternativ til glasopor, ville ha. Lagmannsretten kan derfor ikke legge til grunn at det ville krevd mer eller mindre masseutskifting – dypere eller grunnere utgraving – med leca sammenlignet med glasopor. Det sentrale er imidlertid at ny prosjektering fra entreprenørens side uansett måtte til dersom andre masser skulle velges. Det er lite tvilsomt at entreprenøren ville hatt risikoen for den prosjektering entreprenøren da foretok.

Videre peker lagmannsretten på at gravedybden på 3 meter, som var opplyst i det geotekniske notatet, forutsatte bunnplate eller stripefundamenter i en gitt størrelse. Ruta bygde bunnplaten noe større enn det som var lagt til grunn ved beregningen av gravedybde i det geotekniske notatet. Endring av bunnplaten areal har betydning for gravedybden. Slik også vitnet Svendby, som var byggherrens konsulent under prosjektet, forklarte, er det *volumet* som er det sentrale ved masseutskiftingen. Dersom bunnplaten bygges større vil også gravedybden kunne bli mindre. Riktignok ble det ikke store avvik mellom planlagt og utført bunnplate, og derfor heller ikke store forskjeller med hensyn til gravedybde. Igjen er imidlertid det sentrale at gravedybden ikke var ferdig prosjektert fra byggherrens side, og at ytterligere prosjektering fra entreprenørens side måtte til, avhengig av entreprenørens valg av utførelse.

For lagmannsretten viser disse to forholdene at opplysningen i kontrakten om gravedybden ikke var et krav til entreprenørens utførelse. Det sentrale var at entreprenørens valg måtte sikre mot fare for setninger.

Nannestad kommune har gjort gjeldende at det i det geotekniske notatet skilles mellom masseutskifting og fundamentering. Begge deler har betydning for risikoen for setninger, og byggherren anfører at entreprenøren bare har valgfrihet når det gjelder fundamenteringen. Etter lagmannsrettens syn harmonerer ikke en slik forståelse med en objektiv tolkning av kontrakten. Plikten til å gjennomføre egne «setningsberegninger» og anbefalingen om å gjennomgå «alle grunnundersøkelser» kan vanskelig forstås slik at det kun er fundamenteringen som er omfattet av entreprenørens valgt. Særlig når plikten til å gjennomføre egne setningsberegninger ses i sammenheng med kontraktens ordlyd for øvrig – herunder entreprenørens rett til å velge tilførte masser – fremstår det etter lagmannsrettens syn tilstrekkelig klart at entreprenøren hadde risikoen for utførelsen av masseutskiftingen, herunder gravedybden.

Det er derfor lagmannsrettens syn at en objektiv tolkning av kontrakten innebærer at det er stilt et krav til massenes funksjon – å hindre setninger – ikke at det gjelder et minimumskrav om 3 meter masseutskifting.

3. NS 8407

Når det gjelder betydningen av NS 8407 ved tolkningen av avtalen mellom partene, slutter lagmannsretten også til tingrettens vurdering:

Det kan her vises til at man har valgt en totalentreprise og ikke en utførelsesentreprise hvor byggherren nøyaktig beskriver hvilke arbeider som skal utføres. Kjernen ved totalentreprise er at entreprenøren er ansvarlig for funksjoner, som for eksempel å sørge for å unngå setninger innenfor visse rammer.

Videre kunne byggherren i henhold til entrepriseretten forutsatt enhetspriser i avtalen, for eksempel en enhetspris for hvor mange kubikkmeter masse som måtte skiftes ut. At en slik enhetspris ikke er valgt, innebærer at tilbyderen risikerer å gå på et tap hvis det blir dyrere å oppnå funksjonskravet, men også at tilbyderen kan få en gevinst hvis det blir billigere å oppnå funksjonskravet. Valg av type entrepriseavtale og vederlagsmodell underbygger at det ikke kan innfortolkes et spesifikt krav om masseutskifting i avtalen.

I kontrakten for øvrig er det stilt en rekke spesifikke krav, der det er liten eller ingen tvil om at entreprenørens valgfrihet er avskåret. Dette gjelder imidlertid ikke kravet til gravedybde ved masseutskifting. Her gjelder totalentreprisens hovedregel om at entreprenøren har ansvar og risiko for valgt løsning.

Lagmannsretten legger til at den ikke kan se at hensynet til anbudssituasjonen eller andre tilbydere tilsier en annen løsning. Lagmannsretten mener som nevnt at en alminnelig forstandig tilbyder – også Rutas konkurrerende tilbydere – vil legge til grunn den tolkningen av kontrakten som lagmannsretten har kommet frem til foran. Ei heller tilsier hensynet til byggherren en annen løsning. Riktignok er det opplagt viktig for byggherren at faren for setninger minimeres. Et funksjonskrav vil imidlertid også ivareta dette hensynet, gitt at entreprenøren oppfylder i samsvar med kontrakten, slik NS 8407 også generelt forutsetter. Dersom byggherren ønsker ytterligere sikkerhet for utførelsen, kan den stille uttrykkelige, spesifikke krav. Det er ikke gjort i denne kontrakten når det gjelder masseutskiftingen.

Kommunen har vist til at den som byggherre har ansvar for grunnforholdene, jf. NS 8407 punkt 23. Lagmannsretten peker imidlertid på at det ikke er forhold ved grunnen som her viste seg å avvike fra det som var lagt til grunn i kontrakten, herunder det geotekniske notatet. Det var snarere forhold ved bygget – at det var beregnet for mye vekt på bygningen – som utgjorde avviket. Etter lagmannsrettens syn kan det ikke av byggherrens ansvar for grunnforholdene utledes en slik tolkning av bestemmelsen om masseutskiftingen som kommunen gjør gjeldende.

4. Tilbudet

Lagmannsretten har så langt vurdert kontraktsdokumentene slik de forelå på tilbudsstadiet. Kommunen har imidlertid vist til at Ruta i sitt tilbud har opplyst følgende:

I detaljprosjekteringen vil setninger tilknyttet valgt fundamenteringsløsning kontrollregnes. Iht. «b_Rapport VSO – Skisseprosjekt – 15.10.19», der det er beskrevet setninger for flere ulike fundamenteringsløsninger, er helstøpt stiv bunnplate og tre meter masseutskifting beregnet til å gi minst setninger. Denne fundamenteringsløsningen ligger over frostfri dybde og det vil derfor være behov for isolerende tiltak. Det vil tilfylles 3 meter med glasopor som bidrar som med isolerende egenskaper.

Kommunen har dels anført at denne uttalelsen viser at Ruta hadde samme forståelse av forpliktelsen til å masseutskifte som kommunen har lagt til grunn: At det skulle masseutskiftes ned til 3 meter. Dels anfører kommunen at Ruta gjennom uttalelsen har forpliktet seg til å masseutskifte med glasopor ned til 3 meter.

Lagmannsretten kan ikke se at opplysningen i tilbudet har nevneverdig betydning for tolkningen av kontrakten. Uttalelsen viser etter lagmannsrettens syn kun at Ruta har lagt til grunn de faktiske opplysninger som fremgår i det geotekniske notatet. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det er «vanskelig for tilbyderne å gjøre noe annet enn å ta utgangspunkt i de beregninger som foreligger i det geotekniske notatet ved utformingen av tilbudet». Premisset for opplysningen i tilbudet er derfor nettopp at byggherrens opplysninger er riktige, ikke at entreprenøren mente seg forpliktet gjennom anbudsdokumentene til å

masseutskifte ned til 3 meter. Ruta opplyser slik det fremgår foran også at setninger tilknyttet valgt fundamenteringsløsning vil «kontrollregnes» under detaljprosjekteringen. Dette forstår lagmannsretten som bekreftelse på at Ruta vil foreta egne setningsberegninger for å sikre mot setninger, slik kontrakten krever. Lagmannsretten mener derfor opplysningene i tilbudet ikke kan tas til inntekt for at Ruta også la til grunn at kontrakten stilte et spesifikt krav til masseutskiftingens dybde.

Lagmannsretten kan heller ikke se at den foran siterte opplysningen Ruta ga i tilbudet, på selvstendig grunnlag – som bindende viljeserklæring – forplikter Ruta til å masseutskifte ned til 3 meter. Riktignok er totalentreprenørens valgt rett for så vidt gjelder utførelsen ikke lenger i behold dersom han i tilbudet selv har angitt hvordan utførelsen skal være, jf. Giverholt m.fl. NS 8704 (2012) side 228. Premisset for opplysningen om masseutskifting ned til 3 meter er imidlertid byggherrens opplysninger i anbudsdokumentet. Disse skulle Ruta som nevnt kontrollregne, slik Ruta selv opplyser i tilbudet. Utsagnet i tilbudet må derfor forstås med det forbehold at Ruta selv ville foreta beregninger og masseutskifte i henhold til de svar kontrollregningen ville gi. Lagmannsretten kan derfor ikke se at tilbudet utgjør et selvstendig grunnlag for entreprenørens masseutskifting at det i tilbudet opplyses at det skulle masseutskiftes ned til 3 meter.

5. Uklarhetsregelen

Med lagmannsrettens syn på forståelsen av kontrakten er det i og for seg ikke nødvendig å anvende uklarhetsregelen – at en uklarhet i kontrakten skal gå ut over den som har utferdiget kontraktsvilkårene og som burde ha uttrykt seg klarere. Den kontraktsbestemmelsen som her er aktuell, er imidlertid ikke helt entydig. Ordlyden kan forstås på ulike måter, og kommunen har påberopt relevante reelle hensyn til støtte for sin tolkning. Lagmannsretten finner derfor grunn til – uten at det har hatt avgjørende betydning for lagmannsrettens syn – å bemerke at i den grad kontrakten er uklar med hensyn til kravene til masseutskiftingen, er det kommunen som byggherre som bærer risikoen for det.

6. Konklusjon

Det er lagmannsrettens vurdering at en normalt forstandig tilbyder etter en objektiv tolkning vil legge til grunn at kontrakten fastsetter et funksjonskrav til masseutskiftingen. Entreprenøren har da risikoen for eventuell gevinst eller tap ved utførelsen, og byggherren har ikke et vederlagskrav. Lagmannsretten er derfor kommet til samme resultat som tingretten, og anken blir å forkaste.

7. Sakskostnader

Med lagmannsrettens resultat har Ruta vunnet saken både for tingretten og lagmannsretten. Ruta har da i utgangspunktet krav på å få dekket sine nødvendige omkostninger ved saken for begge instanser, jf. tvisteloven § 20-2 første og annet ledd jf. § 20-5. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet grunnlag for, å unnta fra denne hovedregelen med hjemmel i § 20-2 tredje ledd.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å endre tingrettens utmåling av sakskostnadene. Ved at anken forkastes, blir også denne delen av tingrettens dom stående.

For lagmannsretten har Ruta krevd dekket 184 815 kroner i salær og 15 779 kroner til dekning av reisekostnader. Det skal ikke beregnes merverdiavgift. Ankende part har ikke fremmet innsigelser til kravet. Lagmannsretten finner beløpet rimelig og nødvendig, og det tilkjennes dermed.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. Nannestad kommune betaler 200 594 – tohundretusenfemhundreogtittifire – kroner i sakskostnader for lagmannsretten til Ruta Entreprenør AS innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse.