

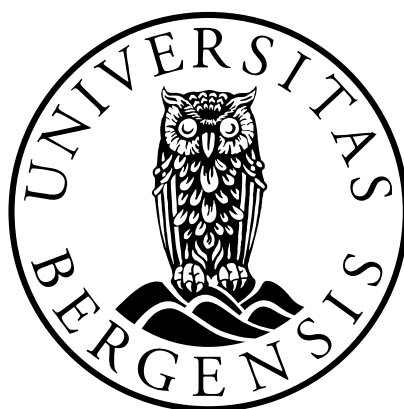
Endringsadgangen ved mengdeavvik i regulerbare poster

*Med fokus på endringsadgangen ved
mengdeavvik etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde
ledd*

Kandidatnummer:

191

Antall ord: 14928



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Rettskildebilde, metode og utfordringer	5
1.3.1 Entrepriserettens rettskildebilde og metode	5
1.3.2 Metodiske utfordringer knyttet til regulerbare poster	6
1.4 Fremstillingen videre.....	7
2 Presentasjon av entreprisekontrakter	8
2.1 Kontraktens oppbygning.....	8
2.2 Bruk av poster.....	9
2.2.1 Utforming og funksjon	9
2.2.2 Hva betyr det at posten er «regulerbar»?	11
2.3 Sentrale standardkontrakter	11
2.4 Regulære og irregulære endringer	12
2.5 Endringsregelen for mengdeavvik ved regulerbare poster	13
3 Grensen mellom mengdeavvik og andre grunnlag for vederlagsjustering og fristforlengelse	14
3.1 Innledende om grensedragningen	14
3.2 Grensen mot kvalitative endringer	15
3.2.1 Behovet for grensedragningen mot kvalitative endringer	15
3.2.2 Der planlagt utførelsesmetode eller fremdriftsplan endres	15
3.2.3 Der arbeidet skal utføres på et annet sted.....	16
3.3 Forholdet til medvirkningssvikt.....	17
4 Utgangspunktet for avviksvurderingen	21
4.1 Alternative utgangspunkt.....	21
4.2 Hvilket utgangspunkt samsvarer med dagens tolkning?	24
5 Entreprenørens aktsomhetsplikt	29
5.1 Innledning	29
5.2 Utgangspunkt for tolkningen	29
5.3 Risikofordelingen som tolkningsmoment.....	30

5.3.1	Risikofordelingen ved utførelsesentreprise	30
5.3.2	Byggherrens prosjekteringsansvar ved regulerbare poster.....	31
5.3.3	Byggherrens ansvar for grunnforhold ved regulerbare poster	33
5.4	Hvordan skal entreprenøren forholde seg til usikkerhetsmomenter?	34
5.4.1	Uklart konkurransegrunnlaget.....	34
5.4.2	Manglende opplysninger	38
5.4.3	Post angitt med usikkerhet	40
5.5	Oppsummering av entreprenørens aktsomhetsplikt	41
6	Vesentlighetsvurderingen	43
6.1	Innledning	43
6.2	Forholdet mellom forutsetningslæren og vesentlighetsvurderingen	43
6.3	Hvordan fastsette terskelen?	45
6.4	Momenter i vurderingen	46
6.4.1	Avvikets isolerte størrelse	46
6.4.2	Arbeidets art og karakter	48
6.4.3	Arbeid på kritisk linje.....	48
6.4.4	Avviket relativt til kontraktssummen	49
6.4.5	Bebredelse hos byggherre	50
7	Avsluttende refleksjoner	52
7.1	Problemene med dagens utforming og tolkning.....	52
7.2	Er det på tide å prosentfeste vesentlighetsterskelen?.....	53
	Litteraturliste.....	55
	Tabeller og figurer	61

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er endringsadgangen ved regulerbare poster i entreprisekontrakter, med fokus på når mengdeavvik i forhold til kontraktens mengdeangivelser utgjør en endring.

Ved bruk av *regulerbare poster* i entreprisekontrakter, skal byggherren estimere hvor store mengder av en spesifikk oppgave som skal utføres – for eksempel antall tonn jord som skal graves. Entreprenøren skal deretter tilby en enhetspris som blir benyttet for faktisk utførte mengder – det vil si en pris per gravd tonn jord.¹ Regulerbare poster kjennetegnes av at byggherrens mengdeestimat ikke er bindende, og entreprenøren må som utgangspunkt forvente at utførte mengder kan avvike fra estimatene. Dette er tydeliggjort i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd som angir at «[a]vvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster) [som utgangspunkt] utgjør ingen endring».

Begrepet *endring* er et nøkkelbegrep i entrepriseretten, og når arbeider får status som *endring* aktualiseres en rekke rettsvirkninger.² Når arbeid kategoriseres som en *endring* har entreprenøren rett til å kreve fristforlengelse og vederlagsjustering etter henholdsvis NS 8405 punkt 24 og 25. Videre medregnes endringer i 15 %-grensen, som setter rammer for hvor store økninger eller reduksjoner entreprenøren må tåle før han kan nekte å utføre flere endringsarbeider eller kreve avbestillingserstatning.³ Ingen av disse rettsvirkningene blir imidlertid som utgangspunkt aktualisert ved mengdeavvik ved regulerbare poster.

Dersom det oppstår større avvik i forhold til mengdeestimatene, kan avviket føre til at den avtalte enhetsprisen ikke lenger er representativ, og at den opprinnelige tidsplanen blir forskjøvet. Det er derfor nødvendig at mengdeavvik *kan* utgjøre en endring i visse tilfeller, slik at entreprenøren blant annet kan kreve justering av enhetspriser og fristforlengelse.⁴ Dette behovet er reflektert i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd som angir at mengdeavvik likevel er en

¹ Hva «poster» er og hva det betyr at de er «regulerbare» behandles nærmere i kapittel 2.2.

² Endringsreglene behandles nærmere i kapittel 2.4. flg.

³ NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd og pkt. 38.1 tredje ledd.

⁴ Utgangspunktet er at anvendelige enhetspriser skal anvendes jf. NS 8405 pkt. 25.7.1, men disse kan justeres dersom vilkårene i pkt. 25.7.3 er oppfylt.

endring der «avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.»

Bestemmelsen stiller opp en toleddet, skjønnsmessig vurdering av når mengdeavvik utgjør en endring. Etter ordlyden må det først avklares hva entreprenøren «burde tatt i betraktning», før det vurderes om avviket «vesentlig overstiger» entreprenørens forsvarlige forventning.

Konsekvensene av en slik skjønnsmessig regel er at det oppstår usikkerhet rundt hva som utgjør en *endring*. Regelens innhold er verken avklart i Høyesterett, eller grundig behandlet i underrettspraksis eller juridisk teori. Det er derfor usikkert hva regelens nærmere rettslige innhold er.

Oppgavens hovedproblemstilling er derfor å avklare når mengdeavvik sammenlignet med kontraktens mengdeangivelser utgjør en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.

1.2 Aktualitet

Regulerbare poster er mye brukt i entreprisekontrakter fordi det gir en fleksibel prosjektgjennomføring, som i utgangspunktet sikrer et balansert oppgjør ved at det gjøres opp for faktisk utførte mengder. Når det oppstår større avvik fra estimatene forrykkes imidlertid den balansen vederlagsformatet tar sikte på. Det er derfor uheldig at det ikke er klart når mengdeavvik skal defineres som en endring.

Konsekvensene av denne manglende avklaringen er at den er tvisteskapende. Uklarheten kan også medføre at mengdeavviket som utgjør en endring varsles for sent, og at entreprenøren taper endringskravet på grunn av kontraktens preklusjonsregler.⁵

Når mengdeavvikene ikke utgjør en *endring*, har ikke entreprenøren rett til å kreve merkostnader dekket der enhetsprisen ikke dekker arbeidskostnadene,⁶ og kan heller ikke kreve fristforlengelse for økt arbeidstid.⁷ Videre har han heller ikke mulighet til å nekte å utføre arbeid

⁵ Endringskrav går tapt der entreprenøren varsler for sent etter NS 8405 pkt. 23.2. Videre går byggherrens innsigelser mot endringskrav tapt der han ikke svarer i tide jf. Pkt. 23.3 annet ledd.

⁶ NS 8405 pkt. 25.7.3.

⁷ Ibid. pkt. 25.2.

fordi endringsomfanget er for omfattende eller kreve avbestillingserstatning som følge av reduksjoner.⁸ Det er derfor et behov for en nærmere avklaring av regelens innhold.

1.3 Rettskildebilde, metode og utfordringer

1.3.1 Entrepriserettens rettskildebilde og metode

Entrepriseretten mellom profesjonelle parter er ikke lovregulert. Entreprisekontrakter mellom profesjonelle blir imidlertid normalt inngått etter standardkontraktene «Norsk Standard», som er utviklet av Standard Norge. Disse standardverkene er dermed normalt sentrale kilder i entrepriserforhold.

Standardene er tidsbesparende, siden partene er kjent med kontraktens innhold og risikofordeling. Ettersom standardene ikke er en avtale fremforhandlet mellom partene, er hovedregelen at standardkontraktene skal tolkes objektivt og at ordlyden som utgangspunkt «må tillegges stor vekt».⁹

Selv om ordlyden skal tillegges stor vekt, vil andre avtaletolkingsmomenter – her som ellers – ha relevans. Som oppsummert i Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 67 må bestemmelsens ordlyd «blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn» og at «når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetraktninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng».¹⁰

En konsekvens av at entrepriseretten – med unntak av forbrukerforhold – ikke er lovregulert, er at det ikke finnes forarbeider som gir uttrykk for kontraktsbestemmelsenes tiltenkte innhold. Standardene har imidlertid blitt fornyet flere ganger, og regelens innhold kan belyses gjennom regelens forhistorie. I denne sammenheng kan det også ses hen til eldre praksis og teori, og vurdere hvordan dette samsvarer med dagens regler.

⁸ Entreprenøren er kun pålagt til å utføre endringer oppad begrenset 15 % av kontraktssummen jf. NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd. Ved 15 % reduksjon sammenlignet med kontraktssummen får entreprenøren rett på avbestillingserstatning etter pkt. 38.1 tredje ledd.

⁹ Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 57 flg.; fulgt opp i bl.a. HR-2023-766-A avsnitt 66

¹⁰ Senere fulgt opp i bl.a. HR-2023-766-A avsnitt 66 og HR-2023-534-A avsnitt 56.

Til tross for at entrepriseretten ofte innebærer tvist, er ikke mangelen på rettskilder med demokratisk legitimitet oppveiet av rettspraksis, da tvister historisk har vært behandlet i voldgift.¹¹ I nyere tid har imidlertid bygg- og anleggsbransjen flyttet seg over til behandling ved de alminnelige domstolene i saker opp til 100 G.¹² Som konsekvens har det kommet flere entrepriserettslige høyesterettsavgjørelser, og allerede har det kommet fire avgjørelser i 2023.¹³

Utover dette anvendes underrettspraksis der begrunnelsen er god og gir uttrykk for en festnet praksis,¹⁴ samt rådgivende uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (BFJR) ved tolkningen av standardkontraktene.¹⁵ Uttalelsene har imidlertid begrenset vekt, men kan tillegges vekt etter samme momenter som voldgiftsdommer, hvor sammensetning, sakstilfang og publiseringspraksis tas i betraktning.¹⁶

Mangelen på tyngre rettskilder har også medført at juridisk teori har en mer sentral rolle enn innen rettsvitenskapen ellers,¹⁷ illustrert ved at blant annet Tore Sandviks «Entreprenørrisikoen» fra 1966 fremdeles trekkes frem ved tolkning av standardkontraktene.¹⁸ En forutsetning – som i rettsvitenskapen ellers – er imidlertid at standpunktet i juridisk teori bygger på en grundig drøftelse.¹⁹

1.3.2 Metodiske utfordringer knyttet til regulerbare poster

Selv om det de senere år har kommet flere entrepriserettslige høyesterettsavgjørelser, er det foreløpig ikke avsagt noen prinsipiell dom om endringsregelen for mengdeavvik ved regulerbare poster. Heller ikke i underrettspraksis foreligger det fast og entydig praksis som gir uttrykk for regelens innhold. Videre er det ikke foretatt en dyptpløyende behandling av regelen i juridisk teori, og hovedtyngden av behandlingen er knyttet til vesentlighetsvurderingen uten det har blitt stilt opp et utgangspunkt i form av aktsomhetsplikten.

Regelen er også relativt ny, da den ble innført ved NS 3430 i 1994, og tidligere behandling i teori og rettspraksis tilknyttet problemstillingen ble derfor løst på bakgrunn av alminnelige

¹¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 28.

¹² Bl.a. NS 8405 pkt. 43.3.

¹³ Per 9. mai 2023 er det avsagt dom i HR-2023-93-A, HR-2023-411-A, HR-2023-534-A og HR-2023-766-A.

¹⁴ Nygaard (2004) s. 210-211; Monsen (2012) s. 39.

¹⁵ Bl.a. Rt. 2003 s. 1531 hvor uttalelse fra BFJR i samme sak tilsluttes.

¹⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 29.

¹⁷ Ibid. s. 28–29.

¹⁸ Bl.a. HR-2016-219-A.

¹⁹ Monsen (2012) s. 41.

kontraktsrettslige prinsipper.²⁰ Tidligere praksis og teori må dermed knyttes opp mot nyere regler, for å avklare hvilken vekt det kan tillegges.

Ettersom eldre behandling av mengdeavvikstilfeller knyttet seg til andre regelsett og nyere teori og rettspraksis ikke har foretatt en dyptgående behandling av endringsregelens innhold, må analysen i stor grad bero på hensyn og systembetraktninger.

1.4 Fremstillingen videre

Oppgavens hovedfokus er å avklare hvor store avvik entreprenøren «burde tatt i betraktning» og når avviket «vesentlig overstiger» dette etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Endringsregelen for mengdeavvik opptrer imidlertid ikke i et vakuum, og må plasseres rettslig.

Endringsregelen for mengdeavvik ved regulerbare poster inngår i Norsk Standard. I kapittel 2 presenteres derfor entreprisekontraktens oppbygning, hva poster er, og hva det innebærer at posten er «regulerbar». Deretter presenteres sentrale standardkontrakter, og endringsreglene som inngår i dem. Ettersom endringsregelen inngår i et system, avklarer jeg i kapittel 3 forholdet mellom NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd (om mengdeavvik) og tilgrensende bestemmelser.

Med dette bakteppet skal utgangspunktet for avviksvurderingen avklares i kapittel 4, mens innholdet i entreprenørens aktsomhetsplikt og vesentlighetsterskelen ved mengdeavvik blir behandlet i henholdsvis kapittel 5 og 6. I kapittel 7 foretas noen avsluttende refleksjoner om problemene med dagens utforming og tolkning og regelens plass i dagens entrepriserett.

²⁰ Bl.a. Bech (1963) s. 13 flg.

2 Presentasjon av entrepisekontrakter

2.1 Kontraktens oppbygning

Entrepiseprosjekter er ofte omfattende, og det er viktig å ha oversikt over konkurransegrunnlaget og hvilke rettigheter og plikter partene har. For å sikre at konkurransegrunnlaget er oversiktlig har Standard Norge utarbeidet NS 3450 som fastsetter hvordan konkurransegrunnlaget skal utformes. Også andre aktører har utarbeidet slike system, men disse behandles ikke i oppgaven.²¹ Det følger av NS 3450 kapittel 4 at konkurransegrunnlaget skal deles inn i del I som omfatter konkurransebeskrivelsen, og del II som omfatter kontraktsgrunnlaget. For oppgavens tema er det i første rekke del II som er av interesse. Kontraktsgrunnlaget er i NS 3450 strukturert slik:

Del II Kontrakts- grunnlaget	Innholdsfortegnelse		
	Avtaledokument		
	A	Generell del	A.1 Innledning 4.2 Kort om kontraktsarbeidets omfang 4.3 Organisasjon og entreprisemodell 4.4 Dokumentliste
	B	Kontraktsbestemmelser	B.1 Almennelige kontraktsbestemmelser B.2 Spesielle kontraktsbestemmelser
	C	Tekniske krav	C.1 Tekniske rammebetingelser C.2 Teknisk beskrivelse C.3 Tegninger og modeller C.4 Tekniske referansedokumenter
	D	Krav til byggeprosessen	D.1 Administrative rutiner D.2 Kvalitetssikring D.3 Sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA) D.4 Øvrige krav til byggeprosessen
	E	Frister og dagmulkter	E.1 Frister E.2 Dagmulkter E.3 Framdriftsplanlegging
	F	Vederlaget	F.1 Prissammenstilling F.2 Regningsarbeider F.3 Påslag for side- og underentrepriser F.4 Opsjoner F.5 Regulering
	G	Oppdragsgivers ytelser	
	Vedlegg		

Tabell 1: Del II i NS 3450

²¹ Bl.a. Statens vegvesen, Utarbeidelse av konkurransegrunnlag [Håndbok R763].

For oppgaven er del B og C av størst interesse. I del B.1 vedlegges en kontraktsstandard tilpasset valgt entrepriseform.²² I del B.2 angis bestemmelser som avviker fra standardvilkårene. For større aktører kan dette bestå i standardiserte avvik fra kontraktstandarden.²³

Del C angir tekniske krav. Delen omfatter beskrivelser av hva entreprenøren skal utføre, og hvilke dokumenter byggherren skal stille med. Den tekniske beskrivelsen er grunnlaget som entreprenøren skal basere tilbudet sitt på. Den består av tegninger, rapporter og mer som brukes for å kartlegge arbeidet som skal utføres. For å gjøre prosjektet oversiktlig og mulig å gi tilbud på, deles prosjektet også opp i nummererte delprodukt eller ytelser som kalles *poster*.²⁴

2.2 Bruk av poster

2.2.1 Utforming og funksjon

Utformingen av posten skal gi et entydig og oversiktlig bilde av arbeidene som skal utføres. Posten skal derfor vært entydig nummerert, angi hvor arbeidet skal utføres, måleenhet, antall enheter som skal utføres og kort og presist beskrive hva arbeidet består i. For å forenkle beskrivelsesprosessen, har Norsk Standard utarbeidet standardiserte beskrivelser av arbeid i NS 3420 som tydeliggjør hva byggherren skal fylle ut.²⁵ Ved å anvende de standardiserte beskrivelsene, er det klart for partene hva som omfattes. Postgrunnlaget i NS 3420 ser slik ut før og etter utfylling:²⁶

Postgrunnlag fra standarden	Post utfyllt med matrisevalg
QK2. 21xx--- Kledning på vegg utvendig – Liggende bord Areal [m2] Treslag: {Matrise Q:4} Profiltype: {Matrise QK2:1} Etterfølgende overflatebehandling: {Matrise QK:1} Kvalitet: {Matrise QK:2:2}	QK2. 21116219 Kledning på vegg utvendig – Liggende bord Areal [m2] Treslag: Furu Profiltype: Vestlandskledning med not og fjær Etterfølgende overflatebehandling: Dekkende Kvalitet: Kvalitetsklasse 1 Forbehandling: Grunnet før oppsetting

²² For utførelsesentreprise typisk NS 8405 eller 8406. Også andre standardiserte regelverk kan anvendes, for eksempel «Blåboka» utarbeidet av Statsbygg.

²³ F.eks. har Statsbygg i «Blåboka» del II standardiserte avvik fra NS 8405.

²⁴ NS 3450 s. 5.

²⁵ Statens Vegvesen har egne beskrivelser i håndbok 025 og håndbok 026. Denne oppgaven tar utgangspunkt i NS 3420.

²⁶ Hentet fra NS 3420 / Veiledning (2017) s. 18.

Forbehandling: {Matrise Q:5} Lokalisering: (NS 3420-1, punkt 4, y5) Dimensjon Andre krav: (QK2, y1 .2) Ja <input type="checkbox"/> Nei <input type="checkbox"/>	Lokalisering: Sydvegg etasje 1 og 2 opp til takskjegg. Dimensjon: 22 x 148 mm Andre krav: Nei
---	---

Tabell 2: Postgrunnlag før og etter utfylling

Ved å fylle ut standardbeskrivelsen på bakgrunn av standardiserte matriser, vil partene ha samme grunnlag for å forstå postens innhold. Dette forenkler tilbudsfasen, og skaper klarhet i kontraktsforholdet. Inn tatt i kontrakten, fremgår posten slik:²⁷

Postnummer	NS-kode/spesifikasjon	Enhet	Mengde	Pris	Sum
12	Tømmerarbeid				
12.23	Yttervegger				
12.23.1	Utvendig kledning: QK2. 21116219 Kledning på vegg utvendig – Liggende bord Areal [m2] Treslag: Furu Profiltype: Vestlandskledning med not og fjær Etterfølgende overflatebehandling: Dekkende Kvalitet: Kvalitetsklasse 1 Forbehandling: Grunnet før oppsetting Lokalisering: Sydvegg etasje 1 og 2 opp til takskjegg. Dimensjon: 22 x 148 mm Andre krav: Nei	m ²	100	40	4000

Tabell 3: Post i kontrakt

Når entreprenøren vurderer posten, er det tydelig at det skal utføres tømmerarbeid (12), som skal skje på ytterveggene (12.23) og at tilbudet dekker kostnadene for den utvendige kledningen (12.23.1). Videre tydeliggjør beskrivelsen nøyaktig hva ytelsen skal bestå i, at det skal utføres 100 kvadratmeter, og at tilbudet skal gis per kvadratmeter.

²⁷ Utformet med utgangspunkt i tabell i NS 3420 / Veiledning (2017) s. 24

Med denne informasjonen har entreprenøren gode forutsetninger for å inngi tilbud, og entreprenøren vil da fylle ut enhetspris under «pris», og summere mengde og pris under «sum».

2.2.2 Hva betyr det at posten er «regulerbar»?

Det økonomiske oppgjøret i en entreprisekontrakt avhenger av vederlagsformatet partene har valgt. Når en post er «regulerbar», har partene valgt enhetsprisformatet. Dette innebærer at entreprenøren får betalt for hver utførte «enhet». Bruken av regulerbare poster kan illustreres med posten over: Entreprenøren har gitt en enhetspris på 40 kroner per kvadratmeter, og får betalt dette per utførte kvadratmeter uavhengig av om det blir utført 85 eller 115 kvadratmeter. En regulerbar post skal av sin art være fleksibel og partene er ikke låst til anslaget, og avvik er som utgangspunkt ikke en endring.²⁸

Mengdeangivelsen lest i sammenheng med tegninger og andre dokumenter gir likevel grunnlaget for entreprenørens kalkyler. Selv om entreprenøren i anbudsfasen ikke har en plikt til å kontrollere at tegninger og mengder stemmer,²⁹ må han ta samtlige kontraktsdokumenter i betraktning ved utarbeidelsen av kalkylen. Han må derfor lese oppgitte mengder, postens beskrivelse og tegninger i sammenheng.

Selv om avvik som utgangspunkt må påregnes, må avvik av et visst omfang likevel utgjøre en endring. Mengdeøkninger kan gjøre annen utførelse nødvendig, og medføre lengre utføringstid. Dette behovet er gjenspeilet i at mengdeavvik *kan* anses som en endring, dersom vilkårene i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd er oppfylt. Regelen presenteres under med standardkontraktene og deres endringsregime.

2.3 Sentrale standardkontrakter

NS 8405 og 8406 er standard kontraktsvilkår for utførelse av bygg- eller anleggsarbeid på fast eiendom, og omfatter blant annet nybygg, anleggsarbeid, vedlikehold, reparasjon og

²⁸ NS 8405 pkt. 22.1 fjerde ledd.

²⁹ En slik plikt foreligger kun der partene låser mengdene etter NS 8405 pkt. 27.2.

ombygging.³⁰ Ved utførelsesentreprise skal entreprenøren stå for utførelsen, mens byggherren skal stå for det vesentlige av prosjekteringen.³¹

Totalentreprise er regulert av NS 8407. I likhet med NS 8405 og 8406 regulerer kontrakten bygg- og anleggsarbeid på fast eiendom. Ved totalentreprise har imidlertid entreprenøren større ansvar, og funksjonsfordelingen er en annen enn ved utførelsesentreprise. Byggherren har fremdeles ansvaret for kravene til prosjektet, typisk ved å redegjøre for funksjonskrav for tilvirkningsobjektet, slik at entreprenøren kan inngi tilbud.³² I motsetning til utførelsesentrepriser skal imidlertid entreprenøren stå for det vesentlige av prosjekteringen, og skal levere et objekt som passer byggherrens krav.

Enhetsprisformatet finner vi først og fremst i utførelsesentreprisekontrakter, og oppgaven tar derfor utgangspunkt i denne entreprisformen og NS 8405. Valg av entreprisform har også betydning innholdet i aktsomhetsplikten, da entreprenøren har større ansvar ved totalentreprise og blant annet skal foreta prosjekteringen selv.

2.4 Regulære og irregulære endringer

Etter NS 8405 punkt. 22.1 kan byggherren «ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer», og byggherren har i utgangspunktet en ensidig rett til å pålegge endringer såfremt det ikke overstiger «15% netto tillegg til kontraktssummen» jf. punkt 22.1 tredje ledd.³³

En endring «kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå». Begrepet «kan» tydeliggjør at listen ikke er uttømmende, og at endringsbegrepet er vidt. Endringer kan være positive eller negative, og bestå i økning eller reduksjon av kontraktsomfanget.

Ordlyden i annet ledd begrenser heller ikke endringer til der byggherren har pålagt arbeidet ved endringsordre, og entreprenøren kan påberope merarbeid som endringer etter NS 8405 punkt 23.2. Det kan derfor skilles mellom regulære endringer som skjer ved endringsordre og

³⁰ NS 8405 pkt. 1.

³¹ Ibid.

³² Nordtvedt m.fl. (2013) s. 20.

³³ Tilsvarende i bl.a. NS 8406 pkt. 19.1 og NS 8407 pkt. 31.1.

irregulære endringer som påberopes av entreprenøren.³⁴ Det foreligger dermed som utgangspunkt en endring der entreprenøren må gjennomføre arbeid som avviker fra det opprinnelig avtalte.

2.5 Endringsregelen for mengdeavvik ved regulerbare poster

Mengdeavvik utgjør i utgangspunktet ikke en endring ved regulerbare poster, med mindre det oppstår kvalifiserte avvik. Endringsadgangen ved mengdeavvik er derfor særskilt regulert i punkt 22.1 fjerde ledd som sier at:

«Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten»

Bestemmelsen stiller opp en toleddet vurdering, hvor første spørsmål er hva entreprenøren «burde tatt i betraktning», og deretter om avviket er «vesentlig» utover dette.

Første trinn i vurderingen er å avklare hva «entreprenøren burde tatt i betraktning». Ordlyden angir at det skal foretas en konkret vurdering av hvor store avvik fra estimatene som kan forventes etter en aktsom tolkning av konkurransegrunnlaget. Bestemmelsen gir samtidig lite veiledning for innholdet i denne aktsomhetsplikten, og det nærmere innholdet er heller ikke nærmere fastsatt i juridisk teori eller rettspraksis. Tema for oppgavens kapittel 5 er derfor å foreta en analyse av entreprenørens aktsomhetsplikt.

Regelens andre trinn er å vurdere om mengdeavvikene «i vesentlig grad overstiger» entreprenørens forsvarlige forventninger. Begrepet vesentlighet indikerer at det kreves store avvik mellom anslåtte og utførte mengder, før et mengdeavvik utgjør en endring. Det er ikke gitt at dette blir en riktig tolkning av regelen. Som jeg skal komme tilbake til må vesentlighetsvurderingen knyttes opp mot entreprenørens forsvarlige forventninger og konsekvensene for entreprenørens kalkyler. Vesentlighetsterskelen blir behandlet i kapittel 6.

³⁴ Tilsvarende begrepsbruk i bl.a. Hagstrøm og Bruslerud (2014) s. 290.

3 Grensen mellom mengdeavvik og andre grunnlag for vederlagsjustering og fristforlengelse

3.1 Innledende om grensedragningen

Endringsregelen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd gjelder *mengdeavvik* og utgjør postens *kvantitative* grense.³⁵ I en situasjon hvor entreprenøren opplever mengdeavvik kan imidlertid gjerne også andre bestemmelser – med andre vilkår – være aktuelle for å kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse. Entreprenøren bør tidlig avklare hvilke ulike regelsett som er anvendelige.

I tillegg til punkt NS 8405 22.1 fjerde ledd, kan entreprenøren kreve at arbeidet behandles som en irregulær endring etter punkt 22.1 annet ledd der ytelsens innhold avviker fra det som er avtalt, og derfor aktualiserer postens *kvalitative* grense. Entreprenøren kan også kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering som følge av hindringer byggherre har risikoen for (medvirkningssvikt eller andre forhold han har risikoen for jf. punkt 24.1 og 25.2 bokstav a og b).

Disse bestemmelsene har ikke mengdeavvik som vilkår, og i noen tilfeller kan det derfor være mer treffende eller lettere å vinne frem med vederlagsjusterings- og fristforlengelseskrav etter disse bestemmelsene. Videre kan valg av regel ha innvirkning på beregningen av 15 %-grensen.³⁶

Med bakgrunn i det overnevnte omtales endringsregelen i NS 8405 22.1 fjerde ledd som den kvantitative endringsadgangen, mens endringsregelen i 22.1 annet ledd omtales som den kvalitative endringsadgangen.

Dette kapittelet skal derfor behandle grensen mellom den kvantitative endringsadgangen, og andre bestemmelser som gir adgang til vederlagsjustering og fristforlengelse.

³⁵ Tilsvarende begrepsbruk i Bruun, Engersæth og Fauske (2021).

³⁶ Omtalt i kapittel 3.3.

Grensedragningen illustreres også med tilfeller hvor det er nærliggende å fremme kravet etter andre regler enn den kvantitative endringsregelen.

3.2 Grensen mot kvalitative endringer

3.2.1 Behovet for grensedragningen mot kvalitative endringer

Ved kalkuleringen av en regulerbar post, må entreprenøren ta høyde for når arbeidet skal skje, hvor det skal skje, og utførelsesmetode. Dette er grunnlaget for entreprenørens enhetspris.

Der det oppstår avvik i tid, sted eller utførelse fra postbeskrivelsen skal entreprenøren «yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte» eller endre «ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse» jf. NS 8405 punkt 22.1 annet ledd. Dette representerer dermed et kvalitativt avvik fra postens innhold, i motsetning til kvantitative avvik der det skal utføres mer eller mindre av det posten beskriver. Etersom punkt 22.1 annet ledd ikke stiller opp et avviksvilkår, kan det derfor være mer treffende eller enklere å nå frem med et kvalitativt endringskrav.

Ved endringsarbeider skal anvendelige enhetspriser anvendes,³⁷ og ettersom det ikke har betydning for vederlaget, overses det ofte at tilleggsarbeider skal behandles som en vanlig endring, og ikke avregnes på regulerbar post.³⁸ Dersom merarbeidene får status som endringer, får imidlertid entreprenøren også rett på fristforlengelse og merarbeidene inngår i beregningen 15 %-grensen. Det er derfor viktig å avklare om det foreligger kvalitative endringer.

Under belyser jeg grensedragningen mellom kvalitative og kvantitative endringer gjennom noen typetilfeller.

3.2.2 Der planlagt utførelsesmetode eller fremdriftsplan endres

Som nevnt skal entreprenøren ved utarbeidelsen av kalkylen ta høyde for fremdrift og utførelsesmetode.

Dersom kontrakten ikke pålegger entreprenøren bestemte utførelsesmetoder, kan entreprenøren velge utførelsesmetode såfremt det oppfyller postbeskrivelsen og gir et fagmessig godt resultat.

³⁷ NS 8405 punkt 25.7.1.

³⁸ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 285.

Entreprenøren bærer imidlertid risikoen for egne forutsetninger,³⁹ og valgt metode.⁴⁰ Dersom han velger å endre metode fordi han finner det mer gunstig, er dette også hans risiko.

Der entreprenørens må endre forsvarlig planlagt utførelsesmetode fordi forholdene avviker fra postbeskrivelsen og tegninger, blir «ytelsens [...] utførelse» endret jf. NS 8405 punkt 22.1 annet ledd, og det foreligger en kvalitativ endring. Det samme gjelder der byggherren har anvist en bestemt løsning og denne svikter,⁴¹ og der byggherren griper inn i entreprenørens forsvarlige fremdriftsplan.⁴²

Grensedragningen ved endret utførelsesmetode kan illustreres med en sprengningspost. Posten angir at det skal sprenges 1000 kubikkmeter, og entreprenøren kalkulerer at det skal sprenges med normale salver. Ved oppstart viser det seg imidlertid at det går rør under sprengningsområdet, og entreprenøren må derfor sprengne forsiktig med mindre salver. Her har «ytelsenes [...] utførelse» blitt endret, og det foreligger en kvalitativ endring etter NS 8405 punkt 22.1 annet ledd.

Hvis det derimot viser seg at sprengningsarbeidet kan utføres som forutsatt, men at det må sprenges større mengder en angitt i posten, blir det et spørsmål om avviket er av et slikt omfang at det gir grunnlag for endring. Det er disse situasjonene NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd regulerer.

3.2.3 Der arbeidet skal utføres på et annet sted

Dersom det pålagte arbeidet ikke omfattes av postens beskrevne plassering, skal entreprenøren «yte noe i tillegg» til det avtalte jf. NS 8405 punkt 22.1 annet ledd, og postens kvalitative grense er nådd. For eksempel der det skal planeres for oppføring av garasje, skal ikke planering til bod i hagen avregnes på samme post. Selv om det finnes en anvendelig enhetspris, skal altså ikke alle arbeider som enhetsprisen er anvendelig for, avregnes på den regulerbare posten.

³⁹ Bl.a. Rt. 2002 s. 1110 på side 1118.

⁴⁰ Samme retning i Bruun, Engersæth og Fauske (2021) s. 259.

⁴¹ Ibid. s. 263.

⁴² Ibid.

Hvorvidt arbeidet faller utenfor postens plassering, og dermed skal behandles som en kvalitativ endring, beror på en konkret tolkning av konkurransegrunnlaget. Ved tolkningen vil anbudstegninger, og eventuelt angivelse av stedskoder eller soner være tungtveiende moment.⁴³

3.3 Forholdet til medvirkningssvikt

NS 8405 punkt 24.1 bokstav b og 25.2 bokstav b gir entreprenøren rett på fristforlengelse og vederlagsjustering der økte kostnader eller tidsbruk skyldes «forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punkt 19 og 20». I motsetning til endringsregelen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd krever ikke punkt 24.1 eller 25.2 – i likhet med den kvalitative endringsadgangen i punkt 22.1 annet ledd – at det foreligger mengdeavvik. Utgangspunktet i entreprisekontrakter er at man kan fremme krav etter alternative grunnlag. Typesituasjonen ved mengdeavvik er at det foreligger medvirkningssvikt, og spørsmålet er om kontrakten skal tolkes slik at den kvantitative endringsregelen konsumerer medvirkningssviktreglene.

Grensedragningen ble berørt i LH-2018-31915, hvor utførte armeringsmengder avvek fra estimatene. I behandlingen ble det trukket frem at uriktige anslag ikke «uten videre» er en feil som kan sidestilles med andre typer feil og unøyaktigheter, og valgte å ikke gå nærmere inn i vurderingen av medvirkningssvikt, da den kvantitative endringsregelen ble ansett som en spesialregel ved mengdeavvik i enhetspriskontrakter.

Selv om endringsregelen er en spesialregel, kan dette neppe innebære at entreprenøren ikke kan påberope seg medvirkningssvikt når det foreligger mengdeavvik. For det første gir verken ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 eller 24.1 og 25.2 uttrykk for en slik skranke. Videre kan en slik tolkning innebære at byggherren har mindre ansvar for prosjektering og grunnforhold ved enhetspriskontrakter, uten at entreprenøren kompenseres for ubalansen. Typesituasjonen ved mangelfull prosjektering er nettopp at store mengdeavvik oppstår.

Eldre teori har behandlet mengdeavvikstilfeller forskjellig, basert på om avvikene skyldes medvirkningssvikt eller om mengdene øker uten at det nødvendigvis kan påvises medvirkningssvikt. Der avvikene kunne spores tilbake til medvirkningssvikt, ble det løst gjennom NS 3401 punkt 10.4 og 10.5 (om byggherrens medvirkningsplikt), og der avviket ikke

⁴³ Bruun, Engersæth og Fauske (2021) s. 261.

kunne spores tilbake til medvirkningssvikt ble det løst etter forutsetningssynspunkter som svarer til dagens kvantitative endringsregel i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd.⁴⁴

Etter eldre standarder har entreprenøren dermed ikke vært låst til ett av regelsettene. Spørsmålet er om innføringen av den kvantitative endringsregelen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd har medført en endring på dette punktet.

I relasjon til endringsadgangen ved mengdeavvik ved regulerbare poster skrives det i kommentarutgaven til NS 8405 at:

«Også årsaken til mengdeavvikene kan være relevant. Skyldes avvikene prosjekteringsfeil fra byggherren, eller at han av andre grunner kan bebreides for at masseangivelsen er misvisende, kan dette tale for at avviket skal anses som en endring.»⁴⁵

Utsagnet peker for det første på at subjektive forhold kan tillegges vekt, og kan gi antydninger til at også medvirkningssvikt skal løses etter den kvantitative endringsregelen. Risikofordelingen er imidlertid uansett relevant for å avklare rekkevidden av entreprenørens aktsomhetsplikt etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, og kommentaren kan ikke forstås slik at entreprenøren er avskåret fra å påberope medvirkningssvikt som selvstendig grunnlag.

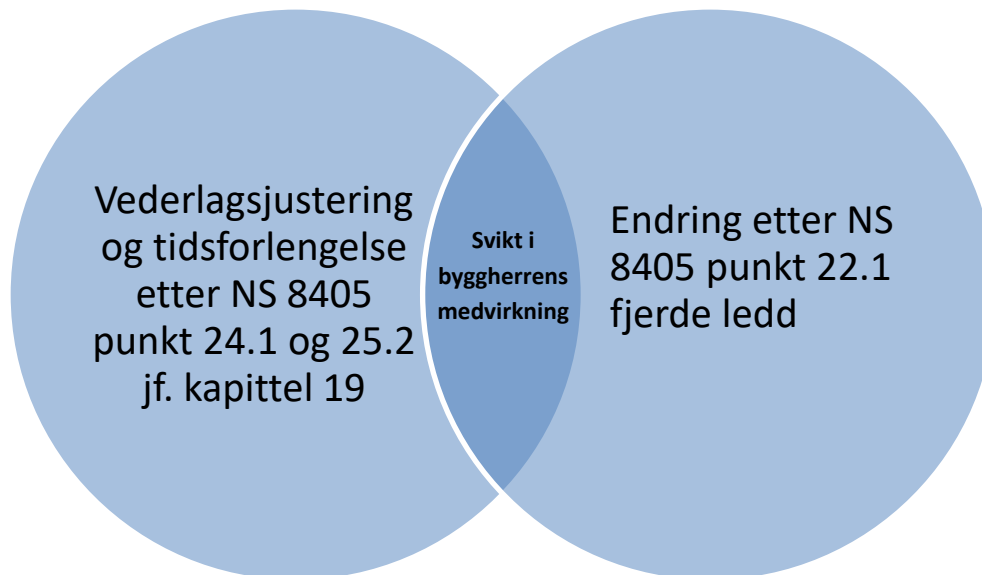
Teori og praksis gir ikke et entydig svar på hvordan forholdet mellom medvirkningsreglene og endringsreglene skal forstås i dag. Ordlyden, som skal tillegges stor vekt,⁴⁶ gir imidlertid ikke uttrykk for at entreprenøren er låst til en av reglene. Videre er det betenkelig dersom entreprenøren skulle være avskåret fra å gjøre gjeldende medvirkningssvikt, bare fordi det ikke foreligger et «vesentlig» avvik. Når tidligere praksis og teori har behandlet slike tilfeller i relasjon til medvirkningssviktreglene er det ikke grunnlag for å låse entreprenøren til ett av regelsettene. Entreprenøren kan derfor fritt velge grunnlaget for kravet sitt.

⁴⁴ Sandvik (1977) s. 118 og Sandvik (1966) s. 234.

⁴⁵ Marthinussen m.fl. (2016) s. 316.

⁴⁶ HR-2023-766-A avsnitt 66.

Reglene overlapper dermed når det gjelder svikt i byggherrens medvirkning, og entreprenøren har valgfrihet til å kreve justering etter NS 8405 punkt 24.1 eller 25.2 b jf. kapittel 19 (medvirkningssvikt), eller påberope forholdet som en endring etter 22.1 fjerde ledd (kvantitativ endring). Overlappet kan illustreres slik:



Figur 1: Overlappet mellom den kvantitative endringsregelen og reglene om medvirkningssvikt.

Der entreprenøren har flere alternativer, kan entreprenøren «hoppe over der gjerdet er lavest». Dersom entreprenøren er sikker på at hele mengdeavviket skyldes prosjekteringssvikt, er det nærliggende å fremme krav om vederlagsjustering og fristforlengelse på bakgrunn av medvirkningssvikt (NS 8405 punkt 24.1 og 25.2 b jf. kapittel 19). Dersom det er uklart hvorvidt det foreligger faktisk prosjekteringssvikt, eller om mengdeavvikene skyldes forskjellige årsaker, er det nærliggende å fremmes kravet etter den kvantitative endringsregelen.

Ved valg av regel bør entreprenøren ta i betraktning hvilke konsekvenser valget får på beregningen av 15 %-grensen. Endringer etter NS 8405 punkt 22.1 (både kvalitative og kvantitative) teller utvilsomt med i 15 %-grensen, mens ved krav som følge av medvirkningssvikt etter punkt 24.1 og 25.2 er det usikkert hvorvidt disse teller med i beregningen av 15 %-grensen.⁴⁷

⁴⁷ Usikkerheten blir berørt, men behandles ikke nærmere i Barbo (1997) s. 84. I Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022 ble merarbeid som følge av medvirkningssvikt ikke medtatt i beregningen av 15 %-grensen, ettersom det ikke var «endringer» etter NS 8405 punkt 22.1 og 22.2. Medvirkningssvikt medfører dermed usikkerhet for beregningen av 15 %-grensen.

Ettersom oppgaven fokuserer på endringsregelen for mengdeavvik ved regulerbare poster, blir betydningen av svikt i byggherrens medvirkning senere i oppgaven knyttet opp mot endringsregelen i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, og ikke mot punkt 24.1 og 25.2 bokstav b.

4 Utgangspunktet for avviksvurderingen

4.1 Alternative utgangspunkt

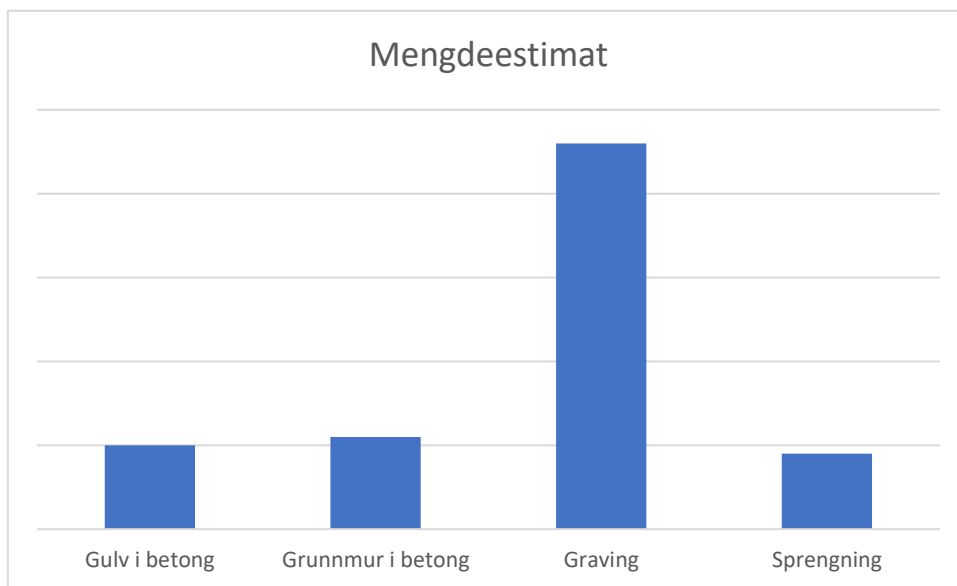
Det første som må være klart, er hvordan mengdeavvikene skal vurderes. Eksempelvis skal man ved heving vurdere mangelen opp mot ytelsen i sin helhet. Spørsmålet er hva man måler avvikene opp mot etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Under presenteres derfor tre alternativer, før det i punkt 4.2 redegjøres hvilket som samsvarer best med dagens tolkning.

NS 8405 pkt. 22.1 fjerde ledd angir at vurderingen knytter seg til «avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på *poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster)* [...]». Ordlyden gir uttrykk for at det skal tas utgangspunkt i kontraktens regulerbare poster, men gir ikke klart uttrykk for om vurderingen skjer for alle poster samlet, post for post eller visse poster i sammenheng.

Utgangspunktet for vurderingen har stor betydning, ettersom en isolert stor økning på én post vil utgjøre en relativt mindre økning dersom vurderingen skjer samlet for alle poster, eller for visse poster i sammenheng.

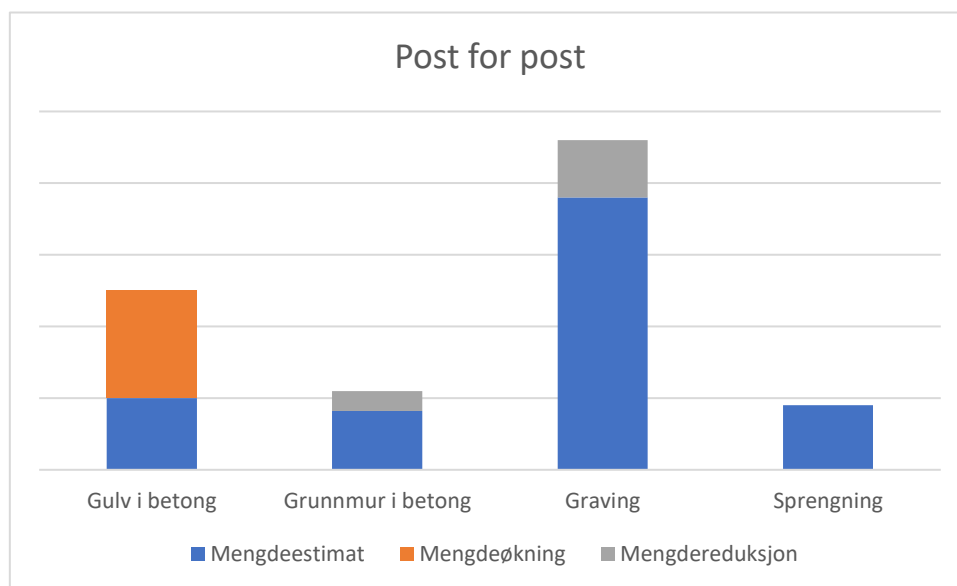
Alternativene kan illustreres med et prosjekt hvor entreprenøren skal planere en tomt og bygge fundamenter forut oppføring av bygg. Arbeidet består av utgraving og sprengning for å få et plant arbeidsunderlag, oppføring av grunnmur og gulv i betong.

Arbeidet kan illustreres ved fire regulerbare poster: 1) Graving, 2) Sprengning; 3) Grunnmur i betong; og 4) Gulv i betong. Estimerte mengder kan illustreres slik:



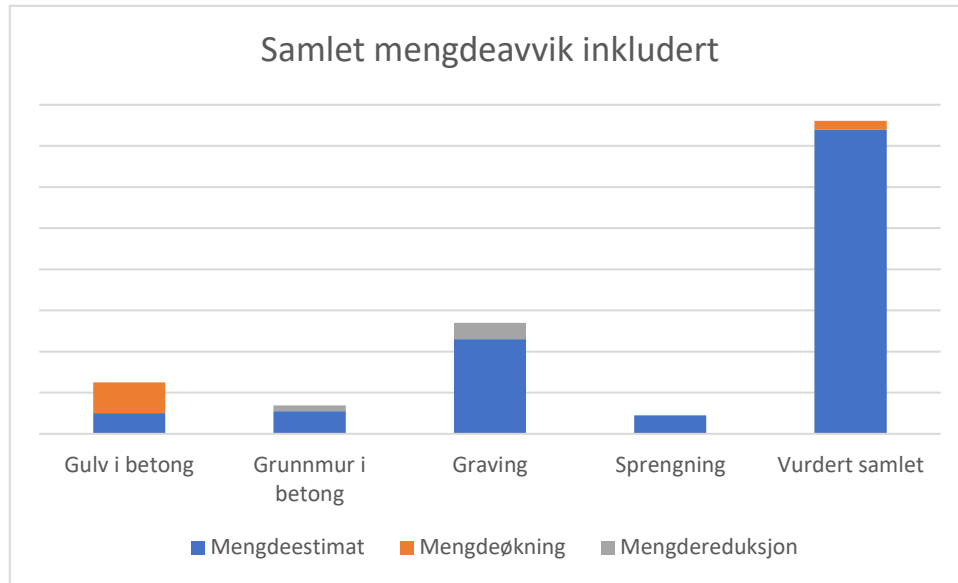
Figur 2: Søylediagram som viser mengdeestimat

Etter utførelse avviker flere poster fra estimatene. Gravearbeidene er mindre omfattende enn estimert og ble redusert med 17,4 %, mindre betong var nødvendig til grunnmuren og ble redusert med 25,5 %, mens betonggulvet har økt med 150 %. Post for post illustreres avvikene slik:



Figur 3: Søylediagram som viser avvik vurdert post for post

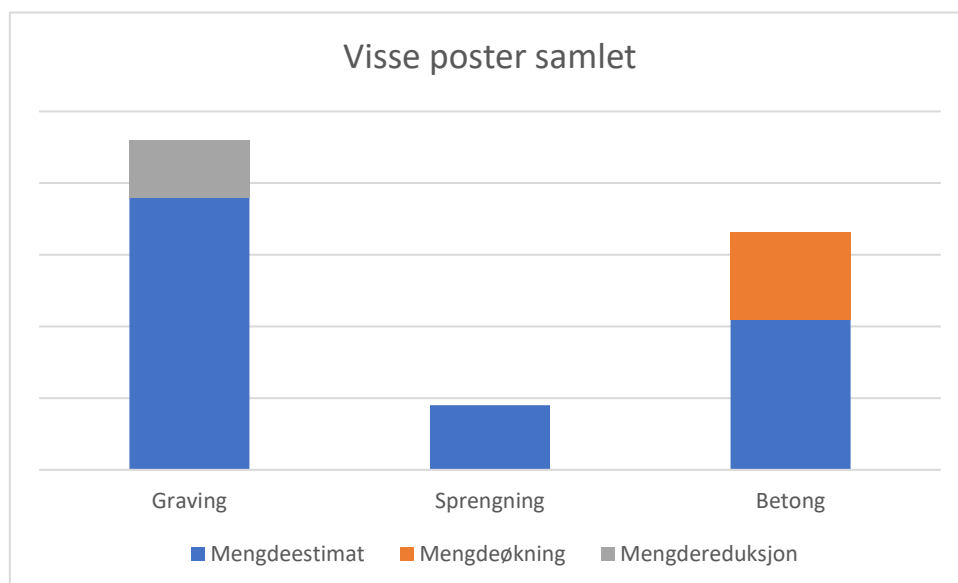
Dersom beregningene skjer post for post, er det klart tale om et betydelig avvik, og avviket anses lettere som vesentlig enn ved en netto vurdering av samtlige poster. Dette blir tydelig dersom det legges inn en stolpe for kontraktens nettoavvik:



Figur 4: Søylediagram som inkluderer samlet mengdeavvik

Ved en nettovurdering av samtlige poster, blir et isolert omfattende avvik, forsvinnende lite. Adgangen til å kreve endringer er derfor gjennomgående snevrere ved en nettovurdering av samtlige poster.

Siste alternativ er å vurdere visse poster i samlet. Dette er for eksempel relevant der arbeid er delt inn i forskjellige poster, men som følge av arbeidets lokasjon og karakter har en slik nærhet at en nettovurdering gir uttrykk for det reelle avviket i arbeidets omfang. Dersom det forutsettes at betongarbeidene (for gulv og grunnmur) utføres i nær sammenheng og kalkylen er den samme, ville det samlede avviket på de to postene bli seende slik ut:



Figur 5: Søylediagram som viser visse poster i vurdert samlet

Diagrammene illustrerer at økningen er prosentvis svært forskjellig ved de forskjellige alternativene. Betydningen kan illustreres ved at man legger til grunn at terskelen ligger på 75 %: Det foreligger da kun et vesentlig avvik post for post, da avviket post for post, visse poster i sammenheng og samlet er henholdsvis 150, 58,1, og 1,1 %. Uten et klart utgangspunkt er det dermed umulig å foreta en god vurdering av om mengdeavviket er vesentlig og utgjør en endring.

4.2 Hvilket utgangspunkt samsvarer med dagens tolkning?

Utgangspunktet for vurderingen er ikke regulert i norske standardkontrakter.⁴⁸ Spørsmålet om hvordan vurderingen skal foretas beror på derfor på rettspraksis, systembetragtninger og juridisk teori.

Utgangspunktet for vurderingen er indirekte berørt i Rt. 2014 s. 520, hvor førstvoterende uttaler at den kvantitative endringsregelen ble ansett som et «utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger». Uttalelsen gir for det første assosiasjoner til den høye terskelen for avtalerevisjon som følger av forutsetningslæren. Forholdet mellom forutsetningslæren og vesentlighetsterskelene behandles derfor i kapittel 6.2. Spørsmålet her er imidlertid hvilken veiledning uttalelsen gir for valg av utgangspunkt for avviksvurderingen.

Utsagnet kan knyttes til regelens forhistorie. Frem til NS 3430 ble innført i 1994, var ikke problemstillingen avtaleregulert. Vederlagsjustering og fristforlengelse ble derfor i voldgiftspraksis og teori tilkjent på bakgrunn av forutsetningssynspunkter.⁴⁹ I behandlingen var det avgjørende om forutsetningene for entreprenørenes kalkyler ble vesentlig forrykket.⁵⁰ Denne forståelsen av endringsadgangen ved mengdeavvik er videreført i teori etter innføringen av NS 3430,⁵¹ og stadfestet av Høyesterett i Rt. 2014 s. 520. Utgangspunktet for

⁴⁸ I motsetning til bl.a. danske standardkontrakter. Etter Danske AB § 24 stk. 1. får entreprenøren rett til vederlagsjustering ved 15 % økning eller 10 % reduksjon i forhold til kontraktssummen, eller 100% for den enkelte post. Vurderingen kan dermed foretas relativt til kontraktssummen eller isolert for den enkelte post.

⁴⁹ Bl.a. Rt. 1954 s. 50, Bech (1963) og Sandvik (1966) s. 232 flg.

⁵⁰ Bech (1963) s. 13.

⁵¹ Bl.a. Barbo (1997) s. 151 og Kolrud mfl. (2004) s. 243.

avviksvurderingen må derfor samsvare med at det regelen skal gi grunnlag for endringer der entreprenørens kalkyler blir forrykket.

Entreprenørens kalkyler gjelder for den enkelte post, noe som taler for at vurderingen skal ta utgangspunkt i den enkelte post. Problemstillingen har vært behandlet i rettspraksis, deriblant i LA-2016-37897. I avgjørelsen som behandler den tilsvarende regelen i NS 8406, skriver dommeren at vurderingen i:

«[U]tgangspunktet må foretas i forhold til de enkelte poster i kontrakten og ikke som en samlet vurdering. For det første trekker ordlyden i punkt 19.1 fjerde ledd, jf. formuleringen «poster» klart i denne retning. Det er den enkelte post entreprenøren har kalkulert. Videre taler systembetraktninger for en slik løsning, idet vurderingstemaet da blir det samme uavhengig om det kreves vederlagsjustering eller erstatning som følge av avbestilling. For vederlagsjustering er det nødvendigvis den enkelte enhetspris som skal justeres. Dessuten skal det foretas en samlet vurdering etter punkt 28 tredje ledd hvor det nettopp er summen av endringer som inngår i regnestykket. Det er neppe naturlig at denne summeringen skal gjøres to ganger. Et annet viktig hensyn er at ved en samlet vurdering vil også poster hvor avviket ikke er vesentlig, inngå i vurderingen og telle med. Dette er imidlertid avvik som er entreprenørens risiko og ikke kan anses som endringer etter punkt 19.1 fjerde ledd. Selv om lagmannsretten ser at retts tekniske hensyn kan tale for en samlet vurdering, oppveier det ikke de øvrige hensyn»⁵²

Lagmannsretten bygger på en naturlig tolkning, hvor det legges vekt på hvilke forutsetninger som forrykkes. Tilnærmingen samsvarer med at regelen, i lys av historisk utvikling og Rt. 2014 s. 520, bygger på forutsetningssynspunkter.

Videre belyser lagmannsretten at en samlet vurdering medfører at endringsbegrepet må praktiseres forskjellig i relasjon til vederlagsjustering og avbestillingserstatning (15 %-grensen). En løsning hvor en «endring» må praktiseres forskjellig i forskjellige situasjoner, er lite ønskelig, da det skaper dårlig koherens i standarden. Systembetraktninger er tungtveiende i entrepriseretten, og i relasjon til endringsbegrepet har det vært ansett viktig at når det først foreligger en «endring», må dette gjelde i alle situasjoner.⁵³

⁵² LA-2016-37897.

⁵³ Bl.a. Barbo (1997) s. 57 om hva som skal utgjøre en endring ved 15 %-grensen i NS 3430.

Avslutningsvis legger lagmannsretten vekt på risikobetraktninger, da en nettovurdering innebærer at entreprenøren får avvik som i utgangspunktet er hans risiko kategorisert som en endring.

Underrettsavgjørelser kan vektlegges i den grad argumentasjonen er forsvarlig og god, i likhet med juridisk teori.⁵⁴ Videre er det av betydning om begrunnelsen gir uttrykk for en festnet praksis, og dermed sikrer forutberegnelighet.⁵⁵ Lagmannsretten bygger på en naturlig tolkning av bestemmelsen i lys av systemhensyn, risikohensyn og regelens forhistorie. Lagmannsrettens argumentasjon for en post-for-post-løsning er overbevisende, med et godt rettskildegrunnlag for seg, og kan derfor tiltredes. Vekten styrkes videre av at begrunnelsen har blitt tiltrådt i tingrettspraksis og en BFJR-uttalelse,⁵⁶ og at samme utgangspunkt er anvendt i senere lagmannsrettspraksis.⁵⁷ Løsningen har dermed noe feste i norsk rett, argumentasjonen er god og har et godt rettskildegrunnlag for seg. Utgangspunktet er dermed at vurderingen skal skje post for post.

Et spørsmål er imidlertid hva «post for post» innebærer. Mens det i LA-2016-37897 ble tatt utgangspunkt i hovedposter – altså poster som omfatter flere underposter – tok retten utgangspunkt i underposter i LH-2018-31915.⁵⁸

Dommene gir uttrykk for at det kan tas utgangspunkt i både hoved- og underposter. Ettersom vurderingen beror på forutsetningssynspunkter, er det avgjørende om én kalkyle gjør seg gjeldende for hovedposten som sådan, eller for hver underpost.

Neste spørsmål er om vurderingen alltid skal skje post for post, eller om dette kun er et utgangspunkt. En avgrensning til den enkelte post kan gi utilsiktede uheldige resultat. Det kan forekomme tilfeller hvor kalkylen i alt det vesentlige er lik og arbeidet har en nær tilknytning, slik at det er naturlig å vurdere flere poster i sammenheng. Kontrakten skal være praktisk, og vilkåret bør tolkes slik at det samsvarer med hvordan arbeidet utarter seg i virkeligheten. Dersom flere poster i realiteten henger sammen, er spørsmålet om disse kan vurderes samlet.

Jeg tar utgangspunkt i postene over, om grunnmur og gulv i betong. Selv om betongarbeidene er fordelt på forskjellige poster, er det en klar sammenheng mellom postene og det kan tenkes

⁵⁴ Nygaard (2004) s. 210-211.

⁵⁵ Monsen (2012) s. 39.

⁵⁶ TNHR-2018-128891 og BJFR-646 (2018).

⁵⁷ LH-2020-131143.

⁵⁸ LH-2018-31915 punkt 2.

at kalkylen er nøyaktig den samme. Dersom betongarbeidene samlet samsvarer godt med de samlede estimatene, fremstår ikke entreprenørens kalkyler som forrykket. Det er da lite naturlig å kategorisere avviket som «vesentlig».

Dette synspunktet har til dels støtte i LH-2020-131143, hvor lagmannsretten uttaler at den «klare hovedregelen er at sammenligningen mellom prosjekterte og faktiske mengder skal foretas post for post», men at:

«Der en tydelig definert oppgave er beskrevet ved hjelp av flere ulike poster, kan det likevel være naturlig å vurdere de samlede prosjekterte mengder opp mot de samlede faktiske. Det kan for eksempel være tilfelle der oppgaven er å utføre forskjæringen til en tunnel. Den reelle problemstillingen vil da være om arbeidet med forskjæringen, samlet sett, er blitt vesentlig mer arbeidskrevende enn entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten. Med tanke på en slik problemstilling vil det riktignok ofte være mer relevant hvordan massene fordeler seg mellom de enkelte postene, enn om det samlede volumet øker. For eksempel går retten ut fra at økt arbeidsmengde på grunn av økte mengder fjellmasse ikke automatisk blir kompensert for ved tilsvarende reduksjon av mengden løsmasser. Der mengdeforholdet mellom de ulike typene masse ikke endres, vil imidlertid en økning av samlede faktiske mengder ha direkte betydning for arbeidsomfanget»

Dommen illustrerer at flere poster med nær sammenheng, i visse tilfeller kan vurderes samlet. Den åpner imidlertid ikke for å se poster i sammenheng der for eksempel mengdeforholdet mellom krevende og ikke-krevende arbeider endres. En slik tolkning samsvarer med at vurderingen knytter seg til om forutsetningene for entreprenørens kalkyler blir forrykket.

Det er holdepunkter for at flere poster kan ses i sammenheng der det foreligger en nær sammenheng, og en gjennomgående kalkyle. En slik tolkning har også støtte i juridisk teori, der det gjelder en sammenhengende operasjon fordelt over flere poster.⁵⁹

Ettersom vurderingen beror på forutsetningssynspunkter, er det som vist over naturlig å ta utgangspunkt i posten kalkylen gjelder – at vurderingen skjer post for post. Likevel er det gode grunner for at dette ikke utgjør mer enn et utgangspunkt, og at flere poster som bygger på en

⁵⁹ Bruun, Engersæth og Fauske (2021) s. 268.

sammenhengende kalkyle, kan vurderes samlet. Likevel skal dette ikke skje der arbeidet har sammenheng, men bygger på helt forskjellige forutsetninger.

Løsningen ovenfor samsvarer dessuten med hensynet til en praktikabel kontrakt, da tolkningen må harmonisere med realiteten i kontraktsforholdet. Det har dermed de beste grunner for seg at vurderingen som hovedregel skal skje post for post, men unntaksvis skje samlet der det er nær tilknytning mellom postene.

5 Entreprenørens aktsomhetsplikt

5.1 Innledning

Ved regulerbare poster har prosjekterende anslått arbeidets omfang, men dette er som nevnt ikke en bindende arbeidsbeskrivelse. Hvorvidt et mengdeavvik utgjør en endring beror derfor på om avviket vesentlig overstiger «det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten» jf. NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. Ordlyden legger opp til en konkret vurdering av hvor store avvik fra estimatene som kan forventes på bakgrunn av en aktsom tolkning av konkurransegrunnlaget. Det må derfor stilles opp en aktsomhetsplikt for hvor store avvik entreprenøren må forvente.

Rettspraksis og juridisk teori har fokusert på vesentlighetsterskelen, og ikke hva entreprenøren burde forvente. En slik tilnærming er praktisk, men lite metodisk. Jeg skiller derfor mellom hva som burde forventes, og hva som skal til for at disse forventningene er vesentlig forrykket. Etersom entreprenørens aktsomhetsplikt ikke er behandlet i teori eller rettspraksis må aktsomhetspliktens innhold fastsettes basert på hva som utgjør en forsvarlig tolkning av kontrakten, samt hvilke forventninger entreprenøren kan ha til estimatenes nøyaktighet.

5.2 Utgangspunkt for tolkningen

Utgangspunktet for tolkning av entreprisekontrakter er objektiv tolkning, hvor ordlyden skal tillegges stor vekt. Likevel må ordlyden leses i lys av formål, andre reelle hensyn og systembetraktninger. Ved tolkningen kan det også være aktuelt å lese samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.⁶⁰

Det er ikke mulig å gi et fullstendig bilde av alle problemstillinger som kan oppstå tilknyttet entreprenørens aktsomhetsplikt, ettersom dette beror på den enkelte kontrakt. Behandlingen tar derfor sikte på å avklare hvilke momenter som er relevante ved tolkning av kontrakten, hvilke berettigede forventninger entreprenøren kan ha til mengdeestimatene og hvordan entreprenøren skal forholde seg til visse typetilfeller.

⁶⁰ I tråd med utgangspunktene stilt opp i kapittel 1.3.1.

Når posten skal tolkes, må postens formål vektlegges. Ved regulerbare poster har entreprenøren påtatt seg en resultatforpliktelse, og ingen av partene normalt kan med fullstendig sikkerhet være kjent det totale omfanget av arbeidet. Formålet tilsier at entreprenøren skal inngi en konkurransedyktig pris uavhengig av om omfanget øker eller minsker, og dette må vektlegges ved fastsettelsen av entreprenørens aktsomhetsplikt.

Ved tolkning av entreprisekontrakter vil som nevnt systembetraktninger ha vekt.⁶¹ Dette innebærer at kontraktens underliggende risikofordeling kan anvendes som et tolkningsmoment. Dette samsvarer med hvordan aktsomhetskrav ellers stilles opp. Illustrert ved culpanormen, hvor vurderingen av om skadevolder har opptrådt aktsomt blant annet beror på hva man kan forvente av skadelidtegruppen.⁶² Selv om situasjonen er noe annen, vil kontraktens risikofordeling belyse hva entreprenøren kan forvente av byggherren. Aktsomhetsnormen beror derfor på om avvikene kan spores tilbake til byggherrens risiko, og hvor nøyaktig entreprenøren kan forvente at mengdeangivelsene er.

Når det skal fastsettes hva entreprenøren kan forvente av byggherren, må det derfor blant annet formålet bak regulerbare poster og de forhold byggherren har risikoen for vektlegges.⁶³

5.3 Risikofordelingen som tolkningsmoment

5.3.1 Risikofordelingen ved utførelsesentreprise

Entreprisekontrakter er særpreget av at kontraktsgjenstanden ikke eksisterer på forhånd, at den skal tilvirkes over lang tid og at tilvirkningen er avhengig av lokale vær og grunnforhold. Dette er usikkerhetsmomenter som entreprisearbeid er sterkt utsatt for, og som kan medføre større kostnader og lengre tidsbruk enn forutsatt.

For at entreprisekontrakter skal kunne avvikles på fornuftig vis, må man derfor ha regler for hvem som har ansvaret når denne usikkerheten slår ut til ulempe for fremdriften. Dette er sikret gjennom risikofordelingen.

⁶¹ Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 67.

⁶² Bl.a. Rt. 1988 s. 1272.

⁶³ Samme retning i Marthinussen m.fl. (2016) s. 316.

Hovedregelen er at risiko følger funksjonsfordelingen i kontrakten.⁶⁴ Dette innebærer at partene har risikoen for de oppgaver de utfører. Partene står imidlertid fritt – i tråd med avtalefriheten – til å avtale en annen risikofordeling enn det som fremgår av standardkontrakten. Dersom partene skal avtale seg bort fra kontraktens risikofordeling, kreves det imidlertid klar avtale om at kontraktens risikofordeling er fraveket.⁶⁵

Byggherren har i utførelsesentrepriser blant annet ansvaret for prosjektering, fysisk arbeidsunderlag og grunnforhold.⁶⁶ Det må derfor vurderes hvor strengt byggherrens ansvar er ved regulerbare poster.

5.3.2 Byggherrens prosjekteringsansvar ved regulerbare poster

Byggherren har etter NS 8405 punkt 19.2 ansvar for å levere «de tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktarbeidet.» Ordlyden tilsier at byggherrens ytelser skal være tilstrekkelig til at entreprenøren kan utføre kontraksarbeidet, uten å måtte foreta egen prosjektering eller undersøke prosjekterings egnethet.⁶⁷

Annet ledd presiserer at byggherren har risikoen for «følgene av feil, uoverensstemmelser og ufullstendigheter eller utilstrekkelig veiledning i kontraktsdokumenter og tegninger, beskrivelser og beregninger som han har levert.» Ordlyden presiserer at der problemer kan føres tilbake til byggherrens leveranser, skal byggherren bære konsekvensene.

Bestemmelsen omfatter alle tegninger, beskrivelser og beregninger som inngår i kontrakten, og gjelder også ved regulerbare poster. Spørsmålet som oppstår, er imidlertid hvor nøyaktig prosjekteringen må være for å gi uttrykk for det som er «nødvendig» og «egnet som grunnlag for utførelsen» ved bruk av regulerbare poster.

Ved fastsettelsen av hva som er «nødvendig» må det vektlegges at regulerbare poster nettopp er heftet med en viss usikkerhet, og at det skal være rom for avvik. Enhver unøyaktighet kan dermed ikke innebære prosjekteringssvikt. Likevel må beskrivelser og prosjekteringen for øvrig være egnet til at entreprenøren kan utarbeide en treffende kalkyle, uten å spekulere i arbeidets

⁶⁴ Hagstrøm m.fl. (2021) s. 348-349.

⁶⁵ Kolrud m.fl. (2004) s. 197; Marthinussen m.fl. (2016) s. 265.

⁶⁶ NS 8405 pkt. 19.2 og 19.3.

⁶⁷ Byggherrens ansvar for å stille med et klart konkurransegrunnlag behandles nærmere i kapittel 5.4.1.

art og omfang. Prosjekteringen må derfor gi et visst inntrykk av arbeidets karakter, og det reelle omfanget.

Hvor nøyaktige estimater entreprenøren kan forvente, beror på hvilke arbeider posten knytter seg til. Enhetsprisposter kan brukes til forskjellige typer arbeid, og noen – for eksempel sprengningsarbeider – er fra naturens side mer usikre enn andre. Grensedragningen må derfor blant annet ta utgangspunkt i hva som utgjør forsvarlig prosjektering ved estimering av mengder. Sandvik skriver i sin behandling av byggherrens ansvar for mengdeangivelsen at:

«Selv om masseberegningen ikke inngår som en bindende arbeidsangivelse, vil det klarligvis være begge parter forutsetning at de overførte masser skal gi et noenlunde korrekt bilde av det arbeid som skal utføres, at den angir *størrelsesorden*, om ikke *størrelsen* av arbeidet».

Og videre at der:

«feilen tilbakeføres til slurv og uforsiktighet fra de av byggherrens representanter som har utarbeidet masseberegningen, trekker dette i retning av å gi forutsetningen relevans, mens det gjør seg gjeldende i motsatt retning om avvikelsen er så åpenbar at entreprenøren burde ha innsett feilen».⁶⁸

Ifølge Sandvik må prosjekteringen gi et «noenlunde korrekt bilde», og minimum angi størrelsesordenen. Allerede på 60-tallet var det dermed en forventning om at estimatene i det minste var retningsgivende for realiteten.

Det Sandvik skriver må imidlertid leses i lys av tiden det ble skrevet på. Prosjekteringsteknikk er i stadig utvikling, og i motsetning til 60-tallet kan prosjekterende i dag ta i bruk avanserte hjelpemidler, for eksempel georadar for å avklare grunnforhold,⁶⁹ og avansert programvare for å treffe nøyaktige estimater. Det må derfor kunne stilles strengere krav til estimatenes nøyaktighet i dag, enn det som var tilfellet på 60-tallet. Det må derfor forventes at der byggherren ikke har møtt på problemer, så kan entreprenøren forvente at estimatene gir uttrykk for størrelsen av arbeidet.

⁶⁸ Sandvik (1966) s. 232–233.

⁶⁹ Georadar er utstyr som benytter elektromagnetiske pulser for å måle sammensetning av grunnen, gjenstander i grunnen og tykkelsen av lag jf. Bryhni (2021).

Selv om det kan forventes nøyaktigere estimater i dag, innebærer det likevel ikke at det kan stilles opp en fast feilmargin for mengdeestimer. Vegvesenets håndbøker kan gi uttrykk for det motsatte, da det skrives at kontraktens total kostnad som utgangspunkt ikke skal avvike mer enn 10 % fra utredningsestimatet.⁷⁰ Likevel kan ikke 10 % av kontraktssummen likestilles med avvik per den enkelte post. Illustrativ er den tilsvarende regelen i dansk rett som skiller mellom 10-15 % av kontraktssummen og 100 % for den enkelte post.⁷¹

Funksjonsfordelingen og lojalitetshensyn tilsier videre at byggherrens prosjekteringsansvar må oppfylles på ansvarlig og redelig vis. Dette illustreres også ved at Sandvik påpeker at dersom masseavvikene skyldes slurv og uforsiktighet, så taler det for at avviket utgjør en endring. Entreprenøren må derfor kunne gå ut fra at byggherrens prosjektering er alminnelig god. Dette beror på hva som er innenfor rimelige rammer er faktisk og økonomisk mulig og de krav som stilles til prosjekteringen.⁷²

I lys av den teknologiske utviklingen som har funnet sted siden Sandviks behandling i 1966, må entreprenøren – med mindre annet er angitt – kunne forvente at byggherrens beskrivelser gir et nokså treffende bilde av faktiske mengder.

Ettersom entreprenøren skal kunne bygge på byggherrens beskrivelser, oppstår det spørsmål om hvordan entreprenøren skal forholde seg til mengdeangivelsen der konkurransegrunnlaget er uklart, dersom opplysninger mangler eller byggherren har angitt at mengdeestimatene er usikre. Hvordan entreprenøren skal forholde seg til disse usikkerhetsmomentene behandles derfor i kapittel 5.4, før entreprenørens aktsomhetsplikt blir oppsummert i kapittel 5.5.

5.3.3 Byggherrens ansvar for grunnforhold ved regulerbare poster

Byggherren bærer også «risikoen for at det fysiske arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig.»⁷³ Ordlyden innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hvilke berettigede forventninger entreprenøren hadde, basert på en forsvarlig tolkning av

⁷⁰ Håndbok R760 s. 41.

⁷¹ AB 18 § 24 stk. 1.

⁷² Hva som utgjør alminnelig god prosjektering vil variere fra prosjekt til prosjekt. Kvalitetskrav kan leses ut fra en rekke håndbøker. Vegvesenet stiller krav til prosjekteringen av veibygging i Håndbok N200, og Standard Norge utgir håndbøker med prosjekteringskrav, f.eks. NS-EN 1992-1-1 for prosjektering av betongkonstruksjoner. Der håndbøkene ikke gir klare svar, må en sakkyndig vurdering innhentes

⁷³ NS 8405 pkt. 19.3 annet ledd.

konkurransesgrunnlaget. Vurderingen er dermed langt på vei sammenfallende med entreprenørens aktsomhetsplikt etter den kvantitative endringsregelen.

Vederlagsformatet begrenser ikke byggherrens risiko for grunnforholdene, da en risikooverføring krever klar avtale.⁷⁴ En slik løsning har også blitt forkastet som følge av at det hadde medført dyre tilbud og pålagt entreprenøren en grunnundersøkelsesplikt.⁷⁵ Utover dette er det heller ikke holdepunkter for at entreprenøren har noen undersøkelsesplikt som følge av formuleringen «omstendighetene for øvrig».⁷⁶ Formuleringen gir kun uttrykk for at også øvrige beskrivelser, dokumenter og spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget skal tas i betraktning.

I den videre fremstillingen skal jeg vurdere hvordan entreprenøren skal forholde seg til uklarhet, manglende opplysninger og poster beskrevet med usikkerhet.

5.4 Hvordan skal entreprenøren forholde seg til usikkerhetsmomenter?

5.4.1 Uklart konkurransegrunnlaget

Uklarhetsregelen

Utgangspunktet for tolkning av konkurransegrunnlaget er klart: Entreprenøren skal ta alle relevante kontraktsdokumenter i betraktning. Dette er logisk der dokumentene har en klar sammenheng. I omfattende konkurransegrunnlag er det imidlertid ikke alltid klart hvilke dokumenter og tegninger som er relevante for den enkelte post. Entreprenøren er ved anbudskonkurranser sterkt presset på tid, og må inngi et konkurransedyktig tilbud. Dersom det ikke er klart hvilke dokumenter som har sammenheng, eller om det i det hele tatt er del av kontrakten, er det krevende å prise posten. Ved å prise inn risikoen uklarheten medfører, er det stor risiko for å tape tilbudet på pris. Videre har entreprenøren kun en snever adgang til å avklare uklarhet, og forbehold kan føre til avvisning.⁷⁷ Entreprenøren havner dermed i en presset situasjon hvor han bør inngi et lavt tilbud, uten hensyn til risikoen uklarheten medfører.

⁷⁴ Jf. kapittel 5.3.1.

⁷⁵ Marthinussen m.fl. (2016) s. 274–275.

⁷⁶ Ibid. s. 275.

⁷⁷ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 170.

Uklarhetsregelen innebærer imidlertid at entreprenøren ikke trenger å prise risikoen – ukklarhetsrisikoen ligger hos byggherre. Uklarhetsregelen er en veletablert norm i kontraktsretten, og innebærer at en avtale skal tolkes mot den som er nærmest å bære risikoen for uklarheten,⁷⁸ og kommer til anvendelse der det etter en forsvarlig tolkning fremdeles ikke foreligger noe entydig tolkningsresultat.⁷⁹ Uklarhetsregelen deles typisk i to regler: forfatterregelen og kyndighetsregelen.⁸⁰

Forfatterregelen innebærer at en uklar avtale skal tolkes mot den som har utformet kontrakten. Dette bygger på at det normalt vil være rimelig at den som har ført pennen også må bære konsekvensene av egen unøyaktighet.

Kyndighetsregelen innebærer at der den ene parten er kyndigere enn den andre, og som følge av sin kyndighet forstod eller burde forstått hva kontrakten innebar, vil det ikke være rimelig å tolke kontrakten mot den mindre kyndige part.⁸¹ Anvendelse av kyndighetsregelen er imidlertid mest aktuelt der det nærmest fremstår som tilfeldig hvem som har utformet kontrakten, og at kontrakten i slike tilfeller bør tolkes mot den parten som forstod eller burde forstått hva som var nødvendig for kontraktsmessig oppfyllelse.⁸²

Ved utformingen av konkurransegrunnlag i utførelsesentrepriser er det byggherren som er nærmest å ha kunnskap om de faktiske forholdene og egne behov, og videre er det han som fører konkurransegrunnlaget i pennen. I slike tilfeller er forfatterregelen mest aktuell. Regelen kommer til anvendelse ved entreprisekontrakter,⁸³ og det avgjørende er om det foreligger *uklarhet*.

Når er konkurransegrunnlaget uklart?

Uklarhet foreligger når det ikke foreligger et entydig tolkningsresultat. Spørsmålet er dermed hva som skal til for at det kan sies å foreligge flere forsvarlige tolkningsalternativ i entrepriseretten.

⁷⁸ Huser (1983) s. 553

⁷⁹ Ibid. s. 565.

⁸⁰ Bl.a. Høgberg (2006) s. 303–305.

⁸¹ Huser (1983) s. 561.

⁸² Høgberg (2006) s. 306.

⁸³ Bl.a. Rt. 2007 s. 1489, Rt. 2012 s. 1729 og HR-2019-830-A.

Problemstillingen har vært behandlet i Høyesterett i Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt), Rt. 2012 s. 1729 (Mika) og HR-2019-830-A (Magne Sveen).

Byggholt-dommen gjaldt en tvist mellom JM Byggholt AS og Oslo Kommune, om hvorvidt entreprenøren hadde krav på vederlag for tiltransport av en sideentreprenør. Høyesterett kom til at det avgjørende var om det fremstod klart etter en objektiv fortolkning hva byggherren har ment.⁸⁴ Entreprenørens subjektive forståelse var ikke av betydning, og det forelå heller ingen avklaringsplikt. Det avgjørende var om entreprenøren hadde bygget på en forsvarlig vurdering, og ikke om det var den mest forsvarlige.⁸⁵

Mika-dommen gjaldt en tvist mellom Mika AS og Samferdselsdepartementet, og tvisten var om det fulgte klart av konkurransegrunnlaget at Mika skulle stille med naturstein til murer.

Spørsmålet var om konkurransegrunnlag «når dette blir lest av en normalt forstandig tilbyder, framgår at dette også omfatter stein som inngår i murarbeidet»⁸⁶ Til tross for at førstvoterende fant konkurransegrunnlaget inkonsekvent, fant han det likevel «rimelig klart», i lys av konkurransegrunnlagets oppbygging og grunnleggende system.⁸⁷ Begrunnelsen bygget videre på at konkurransegrunnlaget måtte leses i lys av Vegvesenets håndbok 025, til tross for at den ikke var inntatt i anbudsdokumentene.⁸⁸ Selv om førstvoterende fant konkurransegrunnlaget uklart, kunne ikke uklarhetsregelen «strekkes så langt at tilbyder ved enhver mulig uklarhet uten videre kan legge til grunn den forståelsen som er vedkommendes interesse, når det framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment».⁸⁹

Dommen har vært kritisert for å i praksis stille opp en undersøkelsesplikt som omfatter både byggherrens interne tekniske litteratur og ikke-oppdragsspesifikk informasjon, og det er stilt spørsmål om konkurransegrunnlaget var utvetydig klart, når undersøkelser av håndbøker og omfattende argumentasjon var nødvendig for å avklare postens innhold.⁹⁰ Likevel setter Mika-dommen opp en viktig skranke, ved at den avgrenser uklarhetsregelen mot tilfellene hvor

⁸⁴ Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 73-75.

⁸⁵ Samme retning i Krüger (2012) s. 252.

⁸⁶ Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 69.

⁸⁷ Ibid. avsnitt 101.

⁸⁸ Ibid. avsnitt 92.

⁸⁹ Ibid. avsnitt 102.

⁹⁰ Krüger (2012) s. 262–263.

entreprenøren tilsynelatende har lett etter uklarheter når kontrakten slår dårligere ut enn forutsatt.

Problemstillingen kom opp igjen i Magne Sveen-dommen. Her var spørsmålet om feilangivelser på en post som entreprenøren brukte for å fastslå mengder ved en annen post, innebar at kontrakten var uklar.

I likhet med Byggholt- og Mika-dommen tok Høyesterett utgangspunkt i om konkurransegrunnlaget bedømt som en forstandig tilbyder var tilstrekkelig klart.⁹¹ I gjennomgangen viser førstvoterende til at konkurransegrunnlaget var uklart og beheftet med feil. Videre finner ikke førstvoterende at det kunne vektlegges at entreprenøren rent faktisk kunne foretatt egne beregninger, da de fleste ikke hadde den nødvendige programvaren og det uansett kun ville gi begrenset veiledning.⁹² Når det uansett var gitt en uriktig opplysning i posten, var dette nok til at konkurransegrunnlaget var uklart, og måtte gå ut over byggherre.⁹³

I motsetning til Mika-dommen vurderte ikke Høyesterett i Magne Sveen-dommen om byggherrens intensjon fremgikk på annet vis. Det avgjørende var om konkurransegrunnlaget var klart, slik at entreprenøren etter en objektiv tolkning kunne beregne arbeidet sitt på bakgrunn av det – ikke om det fantes klarere tolkningsalternativt.

Løsningen samsvarer i stor grad med Krügers kritikk av Mika-dommen,⁹⁴ og slik rettstilstanden er i dag er det ikke krav til omfattende undersøkelser. Dersom kontrakten lider av feil, uklarheter eller er inkonsekvent, kan entreprenøren bygge på et tolkningsalternativ såfremt det er forsvarlig. Rettstilstanden setter dermed fremdeles skranker mot at entreprenøren kan lete etter uklarheter, ettersom det må være tale om en objektivt forsvarlig tolkning.

Når entreprenøren skal avklare hvor store avvik som må tas i betraktning ved regulerbare poster, kan det i henhold til Sveen-dommen ikke kreves at entreprenøren foretar omfattende undersøkelser av konkurransegrunnlaget for å avklare eventuell uklarhet i posten. Så lenge entreprenørens oppfatning av kontrakten kan begrunnes i en forsvarlig tolkning, har entreprenøren vurdert konkurransegrunnlaget på nøkternt vis. I slike tilfeller kan ikke

⁹¹ HR-2019-830-A avsnitt 39.

⁹² Ibid. avsnitt 49.

⁹³ Ibid. avsnitt 50.

⁹⁴ Krüger (2012) s. 262–263.

anvendelse av regulerbare poster gi entreprenøren en strengere aktsomhetsplikt enn det som forekommer i entrepriseretten ellers.

Entreprenøren har dermed opptrådt som en aktsom entreprenør i relasjon til NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd der han bygger på én av flere forsvarlige tolkninger. Dette innebærer at entreprenøren kan stole på at mengdeangivelser er nokså nøyaktige, såfremt ikke annet klart fremgår av øvrige beskrivelser.

5.4.2 Manglende opplysninger

Manglende opplysninger om grunnforhold, medfører vanskeligheter når kalkylene skal utarbeides. For det første medfører det vanskeligheter når utførelsesmetode skal planlegges, og for det andre vil forskjeller i grunnforhold kunne medføre at det må utføres større mengder.

I tilfeller hvor arbeidsunderlaget kun er beskrevet generelt, skal entreprenøren som utgangspunkt kunne legge til grunn de grunnforhold som er vanlig ved det aktuelle arbeidsunderlaget.⁹⁵ At dette utgangspunktet også gjøre seg gjeldende i relasjon til regulerbare poster, illustreres blant annet i voldgiftsdommen i Rt. 1954 s. 50 hvor det ble uttalt at i mangel av annen informasjon enn at fjellet bestod av gneis:

«måtte [entreprenøren] derfor ved sin kalkyle gå ut fra de alminnelige erfaringer man har om sprengning av gneis. I dette tilfelle hadde man for så vidt ytterligere erfaring som ingeniør Furuholmen i nærheten av stedet holdt på å sprengre en jernbanetunnel og der fant en usedvanlig seig gneis»

Ved siden av å forrykke kalkyler, kan avvikende grunnforhold også medføre mengdeavvik. Eksempelvis der bergkvaliteten er dårlig, og nødvendiggjør mer sprengning for å oppnå ønsket tunnelprofil og sikre at tunnelen har tilstrekkelig styrke og stabilitet. Manglende informasjon gir dermed entreprenøren grunn til å vente større avvik. Likevel er ikke dette alene avgjørende for hvordan kontrakten skal forstås, og det må ses hen til kontraktens risikofordeling.

Ved vurderingen av hvordan manglende opplysninger skal virke inn, må det vektlegges at utgangspunktet er at byggherre bærer risikoen for sviktende grunnforholdene og prosjektering. Entreprenøren skal ikke uten videre overta risikoen for grunnforholdene der byggherren ikke

⁹⁵ Kolrud m.fl. (2004) s. 197.

har beskrevet forholdene. Det ville innebære en forskyvning av risiko, og byggherren kan heller ikke anses å ha ivaretatt plikten til å stille med forsvarlig prosjektering dersom det ikke er gitt informasjon om grunnforhold.

Dersom byggherre ønsker å forskyve risikoen for grunnforhold over på entreprenøren, kan dette gjøres i tråd med avtalefriheten. Dette må imidlertid være klart avtalt at risikofordelingen er fraveket,⁹⁶ og entreprenørens nye plikter må som regel omfattes av prisbærende post.⁹⁷ Usikkerhet og manglende opplysninger skal dermed ikke forskyve risikoen over på entreprenøren.

En slik avgrensning av entreprenørens aktsomhetsplikt samsvarer også med hensynet til en praktikabel kontrakt, samt økonomiske hensyn. Entreprenøren står i en presset situasjon hvor han må prise postene konkurransedyktig. Dersom byggherren kan la være å foreta eller legge frem prosjektering med den virkning at entreprenøren overtar risikoen for grunnforholdene, oppstår store praktiske problemer for prisingen og standardkontraktens tilsiktede balanseforhold ivaretas ikke. En slik ordning hadde medført at entreprenører måtte prise inn betydelig større risiko, eller risikere store tap.

Selv manglende informasjon skaper usikkerhet som medfører at entreprenøren bør forvente større avvik, taler risikofordelingen mot å strekke dette for langt. Ved avgjørelsen av om det er forhold som entreprenøren burde tatt i betraktning, må det dermed avgrenses mot tilfeller der avviket skyldes forhold byggherre har risikoen for, og risikoen ikke er overført ved klar avtale.

Der grunnforhold og arbeidsunderlag ikke er beskrevet, kan dermed entreprenøren – i mangel av andre holde punkter – gå ut fra at forholdene er alminnelige. I slike tilfeller har entreprenøren foretatt en forstandig tolkning av kontrakten når han har bygget på alminnelige forhold.

Der det gjelder manglende beskrivelser tilknyttet grunnlaget for mengdeberegningen, må entreprenøren også kunne bygge på at mengdeberegningen er foretatt etter alminnelig god metode,⁹⁸ og ikke behøve å overprøve byggherrens prosjektering.

⁹⁶ Kolrud m.fl. (2004) s. 197.

⁹⁷ Marthinussen m.fl. (2016) s. 272.

⁹⁸ Som vist i fotnote 72 må det foretas en konkret vurdering med bakgrunn i de krav som stilles til prosjekteringen, og hva som er faktisk og økonomisk mulig.

5.4.3 Post angitt med usikkerhet

Dersom postene er angitt med usikkerhet, for eksempel ved at mengdestimatene er angitt som usikre, gjør ikke uklarhetsregelen seg gjeldende. I et slikt tilfelle gir ordlyden klart uttrykk for at entreprenøren må forvente større avvik enn dersom postene er angitt som sikre.

At usikkerhet innebærer at entreprenøren må tåle større avvik, har støtte juridisk teori,⁹⁹ og i underrettspraksis.¹⁰⁰ Det banale utgangspunktet er klart nok: En entreprenør må forvente større avvik ved usikre poster. Selv om utgangspunktet er åpenbart, er spørsmålet heller hvor langt det kan strekkes.

Selv om postens isolerte ordlyd gir uttrykk for at entreprenøren må tåle større avvik, er også underliggende hensyn og systembetraktninger relevante tolkningsmoment. I denne sammenheng er det relevant å se hen til kontraktens risikofordeling, og årsaken til usikkerheten.

Usikkerhet ved mengdeangivelsen og grunnforhold kan ha flere årsaker. Som nevnt i kapittel 5.3.2, er grunnforhold og mengdeangivelser heftet med en viss usikkerhet selv ved gode geologiske undersøkelser og ellers god prosjektering. Dette kan blant annet skyldes at det ikke er praktisk eller økonomisk mulig å foreta mer nøyaktige undersøkelser, for eksempel fordi det aktuelle området er vanskelig tilgjengelig. Der angivelsen er heftet med usikkerhet, til tross for at det er gjennomført en tilfredsstillende prosjektering, har entreprenøren gått inn med åpne øyne, og må prise inn uunngåelig usikkerhet.

En forutsetning for at usikkerhet skal kunne tillegges vekt, er at det er foretatt god prosjektering og at det – innenfor fornuftige rammer – ikke er mulig å utarbeide nøyaktigere estimater. Der avvikene skyldes slurv og uforsiktighet fra byggherrens side, kan ikke byggherren anses å ha oppfylt sin prosjekteringsplikt i tilfredsstillende grad.¹⁰¹ I slike tilfeller kan ikke usikkerhet være et «catch all»-begrep som fratrar byggherren risiko. En slik tolkning ved usikkerhet hadde vært i strid med utgangspunktet om at risikooverføring krever klar avtale. Dersom usikkerhet overførte grunnrisikoen, måtte entreprenøren priset inn risikoen eller foretatt grunnundersøkelser. En slik løsning har vært ansett uønsket av kostnadmessige hensyn.¹⁰²

⁹⁹ Bl.a. Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 318, Nordtvedt m.fl. (2013) s. 452 og Sandvik (1966) s. 235.

¹⁰⁰ LH-2018-31915.

¹⁰¹ Sandvik (1966) s. 233.

¹⁰² Marthinussen m.fl. (2016) s. 275.

Tilfeller hvor estimatene er angitt med usikkerhet, har også blitt behandlet i lagmannsrettspraksis. I LH-2018-31915 kom retten til at «forbeholdet [om estimatenes nøyaktighet] hevet terskelen noe for hva Reinertsen burde tatt i betraktning, men at det ikke kan rokke ved den grunnleggende risikofordelingen [...]». Uttalelsen bygger ikke på en grundig drøftelse, men illustrer at usikkerhet ikke uten videre medfører at entreprenøren må forvente store avvik.

Dersom entreprenøren skal kunne prise inn usikkerheten, må det være klart hvilken risiko han faktisk skal prise. Den teknologiske utviklingen har gjort at prosjekterende har stadig bedre virkemidler til å utarbeide estimater, og dersom deler av prosjekter er heftet med usikkerhet vil det være mulig å angi hvorfor det er usikkert. Det må derfor forventes at byggherren ved usikkerhet klart og entydig kan angi hvorfor estimatene er usikre. En slik løsning samsvarer dessuten byggherrens plikt til å stille med et klart konkurransegrunnlag.¹⁰³

Der grunnforholdene er angitt som usikre uten at usikkerhetsmomentene er angitt, har entreprenøren svært begrensede muligheter til å utarbeide en veloverveid kalkyle. I slike tilfeller må det derfor være tilstrekkelig at entreprenøren foretar en forstandig tolkning av øvrige kontraktsdokumenter, og utarbeider kalkylen på bakgrunn av hvordan forholdene fremstår etter kontraktsdokumentene ellers.

Selv om ordlyden taler for at entreprenøren må tåle større avvik ved bemerkninger om postens usikkerhet, kan dette utgangspunktet ikke strekkes for langt. Det må derfor ses hen til om usikkerheten hindrer at entreprenøren kan utarbeide en kalkyle, samt årsaken til usikkerheten.

5.5 Oppsummering av entreprenørens aktsomhetsplikt

Entreprenørens aktsomhetsplikt beror på hvilke forventninger entreprenøren kan ha basert på kontraktens dokumenter og omstendigheten for øvrig. Videre begrenses entreprenørens aktsomhetsplikt mot forhold byggherren har risikoen for, og entreprenøren må som nevnt kunne forvente alminnelig god prosjektering.

¹⁰³ Behandlet i kapittel 5.4.1.

Prosjekteringsteknikk er i stadig utvikling, og prosjekterende kan i dag ta i bruk avanserte hjelpemidler og programvare for å treffe nøyaktige estimater. Entreprenøren må derfor kunne gå ut fra at byggherrens prosjektering er alminnelig god ut fra hva som faktisk mulig og innenfor fornuftige økonomiske rammer er mulig. I mangel av angitte risikomomenter, må dermed entreprenøren kunne gå ut fra at estimerte mengder er nokså treffende.

Videre kan ikke manglende informasjon, usikkerhet og uklarhet uten videre rakke ved entreprenørens berettigede forventning om at prosjekteringen er utført etter alminnelig god metode, og er nokså treffende. Eksempelvis må entreprenøren regne med større avvik der deler av prosjektet er preget av usikkerhet som følge av at det ikke var fysisk mulig å foreta nærmere undersøkelser på et aktuelt område. Likevel er en forutsetning at usikkerheten ikke skyldes mangelfull innsats, at entreprenøren er gitt informasjon om de øvrige grunnforholdene og at usikkerheten og risikoen for avvik er angitt så klart som mulig.

Selv om det kan oppstå en viss usikkerhet, skal ikke entreprenøren måtte gjette seg frem til enhetspris. En slik løsning hadde medført vilkårlige tilbud og at entreprenøren må prise inn forhold som byggherren har risikoen for. Entreprenøren kan derfor forvente nokså treffende estimater, med mindre risiko er presist angitt og ikke skyldes manglende innsats fra prosjekterende.

6 Vesentlighetsvurderingen

6.1 Innledning

Ordlyden «i vesentlig grad overstiger» tilsier at det må foreligge et betydelig avvik mellom utførte mengder, og entreprenørens forsvarlig forventninger til mengder. Ordlyden oppstiller en høy terskel, og selv et klart avvik fra estimerte mengder, er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å utgjøre en endring. En slik tolkning samsvarer med at posten skal honoreres etter enhetspris, og at enhver økning fra estimatene ikke skal utgjøre en endring og har støtte i juridisk teori.¹⁰⁴

6.2 Forholdet mellom forutsetningslæren og vesentlighetsvurderingen

I Rt. 2014 s. 520 anså førstvoterende den kvantitative endringsregelen som et «utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger [...]». Utover dette ble imidlertid ikke regelens innhold avklart. Uttalelsen byr på spørsmål om vesentlighetsterskelen skal praktiseres like strengt som etter læren om bristende forutsetninger (også kalt forutsetningslæren).

Uttalelsen og dens rekkevidde, kan føres tilbake til regelens forhistorie. Frem til NS 3430 kom i 1994, var ikke problemstillingen særskilt regulert, og dagens regel har langt på vei vokst frem gjennom voldgiftspraksis,¹⁰⁵ og juridisk litteratur.¹⁰⁶

Ettersom eldre standarder ikke regulerte spørsmålet om avvik skulle anses som endringer, var spørsmålet i praksis etter NS 3401 om avvik ga adgang til vederlagsjustering eller fristforlengelse.¹⁰⁷ I mangel av regulering måtte dette løses på bakgrunn av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, og på bakgrunn av voldgiftspraksis kom Bech frem at:

«vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av de tilgjengelige data. En vesentlig svikt

¹⁰⁴ Marthinussen m.fl. (2016) s. 316.

¹⁰⁵ Bl.a. Rt. 1954 s. 50.

¹⁰⁶ Bl.a. Bech (1963) og Sandvik (1966).

¹⁰⁷ Sandvik (1966) s. 232 flg.

i disse forutsetninger og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten.»¹⁰⁸

Spørsmålet er imidlertid om eldre praksis løste problemstillingen etter forutsetningslæren, eller kun etter *forutsetningssynspunkt*.

Læren om bristende forutsetninger griper inn i utgangspunktet om at partene bærer risikoen for egne forutsetninger, ved at dersom vesentlige forutsetninger for avtaleinngåelsen svikter, kan risikoen deles eller flyttes over på motparten. Læren gir imidlertid ikke adgang til å si seg fri fra en avtale bare fordi den ikke lenger er gunstig, eller hvor man har påtatt seg en risiko og den slår feil ut. Momentene etter forutsetningslæren er typisk formulert slik at:

- 1) Forutsetningen var vesentlig eller motiverende for å inngå avtalen.
- 2) Det var synbart for motparten at forutsetningen var vesentlig eller motiverende.
- 3) Det etter en objektiv risikovurdering fremstår som rimelig å avvike avtalen.¹⁰⁹

Disse momentene nevnes ikke i voldgiftspraksis eller juridisk teori knyttet til regulerbare poster.¹¹⁰ Det fremstår dermed ikke som at mengdeøkninger har vært løst etter forutsetningslæren tidligere.

Videre er læren i hovedsak aktuell der problemstillingen ikke kan løses på bakgrunn av «lovgivning, rettspraksis eller fastere obligasjonsrettslige prinsipper».¹¹¹ Når problemstillingen er regulert i kontrakt, mister forutsetningslæren sin selvstendige betydning.¹¹² Vesentlighetsterskelen må dermed som utgangspunkt stå på egne bein, og skal ikke foretas etter forutsetningslæren.

Det er heller ikke andre holdepunkter for at forutsetningslæren er retningsgivende for vesentlighetsterskelen. Etter forutsetningslæren er spørsmålet om det er rimelig å forflytte risikoen over på medkontrahenten, mens etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd er risikofordelingen regulert. Det skal derfor ikke foretas en skjønnsmessig vurdering av om det

¹⁰⁸ Bech (1963) s. 13.

¹⁰⁹ Tilsvarende formulering i bl.a. Rt. 1999 s. 922 på side 931, Krokeide (1977) s. 586 flg. og Haaskjold (2017) s. 220 flg.

¹¹⁰ Bl.a. Bech (1963) og Rt. 1954 s. 50.

¹¹¹ Hagstrøm m.fl. (2021) s. 277.

¹¹² Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 65.

er rimelig å flytte risiko, og det er ikke holdepunkter for at terskelen skal være den samme. En slik tolkning kan videre støttes på at det ikke hadde vært behov for en særskilt regulering dersom terskelen uansett skulle være den samme som etter forutsetningslæren.

Selv om regelen anses som et utslag av læren om bristende forutsetninger, kan ikke dette strekkes lengre enn at vurderingen skal ta utgangspunkt i hvorvidt entreprenørens kalkyler er forrykket. Terskelen må derfor konstrueres på annet grunnlag.

6.3 Hvordan fastsette terskelen?

Mens ordlyden gir uttrykk for at det gjelder en høy terskel, gir den ikke særlig veiledning for hvor grensen skal trekkes. Vesentlighetskriteriet beror gjennomgående i kontraktsretten på en konkret vurdering, og det foreligger ikke klare holdepunkter for at det skal forstås annerledes i Norsk Standard, og utgangspunktet er det samme også ved vesentlighetsvurderingen i endringsregelen.¹¹³

I relasjon til vesentlighetsterskler i kontraktsretten ellers, anføres det ofte at det foreligger en prosentterskel. En slik prosentterskel har ikke fått gjennomslag ved heving av eiendomskjøp.¹¹⁴ Likevel er det tydelig at mangelens prosentvise omfang er et – ofte tungtveiende – moment i vurderingen av om mangelen er vesentlig.¹¹⁵ Videre opereres det bevisst med en prosentvis terskel ved vesentlighetsterskelen ved «som den er»-kjøp etter avhendingslova § 3-9.¹¹⁶

Prosentterskler gir en retsteknisk enkel regel. I mangel av klare holdepunkter er det vanskelig å avgjøre hva som er et vesentlig avvik, slike kvantitative minstekrav gjør det enkelt for partene å fremsette krav og forholde seg til det, samt for domstolene å avgjøre tvister. Spørsmålet er om det er grunnlag for å operere med prosentterskler også for vesentlighetsvurderingen ved regulerbare poster.

Prosentfestede terskler går igjen i utenlandske standardvilkår ved adgangen til å regulere enhetsprisen ved mengdeavvik. Svensk rett opererer med en terskel på 25 % per post, men ikke

¹¹³ Marthinussen m.fl. (2016) s. 316.

¹¹⁴ Rt. 2010 s. 710 avsnitt 45.

¹¹⁵ Illustrert ved bl.a. LA-2015-143610 og LA-2019-150154 hvor det ble trukket frem at avviket utgjorde 25 % av kjøpesummen.

¹¹⁶ Bl.a. Rt. 2010 s. 103 hvor avviket måtte ligge i spennet tre til seks prosent – og for eldre boliger i øvre del av spennet – for å utgjøre en mangel ved «som den er»-kjøp.

der avviket er under 0,5 % av kontraktsverdien.¹¹⁷ I dansk rett er terskelen 100 % avvik per post, eller en økning på 20 % eller reduksjon på 10 % sammenlignet med kontraktsverdien.¹¹⁸ I tysk rett er terskelen 10% per post.¹¹⁹ Prosentvise terskler er imidlertid avtalefestet i utenlandske standarder, i motsetning til i norske standarder. I mangel av avtaleregulering er spørsmålet om samme løsning kan stilles opp i norsk rett.

Bestemmelsens ordlyd stiller ikke opp en prosentvis terskel, og taler heller mot at det kan stilles opp en prosentterskel, da kontrakten eksplisitt stiller dette opp flere plasser, for eksempel 15 %-grensen i NS 8405 pkt. 22.1. Ettersom ordlyden har stor vekt, taler dette sterkt mot en prosentvis grense.

Prosentfestede terskler har heller ikke støtte i norsk teori,¹²⁰ eller lagmannsrettspraksis ved blant annet LA-2016-37897 hvor førstvoterende uttalte at «[d]et er ikke grunnlag for å operere med en fast grense (15%)».

Når ordlyd, teori, og praksis taler mot å stille opp en prosentvis grense, er det etter dagens tolkning ikke grunnlag for en prosentvis terskel. Vurderingen må derfor foretas konkret, hvor det sentrale er i hvilken grad avvikene forrykker entreprenørens forsvarlige kalkyler. Den videre behandlingen tar derfor for seg relevante momenter i vesentlighetsvurderingen.

6.4 Momenter i vurderingen

6.4.1 Avvikets isolerte størrelse

Selv om vurderingen omfatter alle forhold med betydning for tid- og prissetting, er mengdeavvikets isolerte størrelse en sentral faktor.¹²¹ Store avvik medfører at arbeidsmengder og arbeidstid endres og kan medføre at en annen utførelsesmetode enn forutsatt er mer gunstig, eller at kostnadene per enhet for entreprenøren blir større eller mindre.

For eksempel kan en stor økning i sprengningsmasser medføre at deponi for lagring av masser blir fullt, og at entreprenøren får økte kostnader for anskaffelse av nytt deponi. Videre kan det

¹¹⁷ AB 04 kap. 6 § 6 annet ledd.

¹¹⁸ AB 18 § 24 stk. 1.

¹¹⁹ VOB-B § 2 pkt. 3.

¹²⁰ Marthinussen m.fl. (2016) s. 316.

¹²¹ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 506.

nye deponiet være plassert lengre fra byggeplassen, og dermed medføre økt transporttid og transportkostnad. Mengdeavviket medfører da at den originale enhetsprisen og tidsplanen ikke lenger er representativ.

Økningen kan også medføre at entreprenøren får stordriftsfordeler, og at enhetsprisen synker. Dette er for eksempel tilfellet der arbeidsoperasjonen krever dyrt spesialutstyr, og hvor økte mengder gjør at kostnadene fordeles over flere enheter. BJFR-646 (2018) er illustrativ: Entreprenøren hadde planlagt for 100 kg forurensede masser, mens utførte masser var 152 340 kg. Kostnadene for avfallshåndtering ble da betraktelig lavere per enhet, og den originale kalkylen ga ikke uttrykk for kostnadsbildet.

Avvikets størrelse gir imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Dette kan blant annet ses ut fra at det tvistes i saker med ekstreme prosentvise avvik, som illustrert ved BJFR-646 (2018) omtalt over, hvor forurensede masser økte fra 100 til 152 340 kg. Rådet trekker frem at avvikets størrelse i seg selv taler for at terskelen er nådd, men at det ikke er tilstrekkelig å vurdere kun dette. Det må etter rådets oppfatning også ses på andre elementer, deriblant hvilken «type ytelse det er snakk om, og hvor usikre anslag av denne typen typisk er, vil i denne sammenheng være av betydning» og om «det er synliggjort konkrete elementer i anbudsgrunnlaget, som viser større eller mindre usikkerhet, vil selvfølgelig også ha betydning».¹²² Rådets konklusjon om at arbeidet utgjorde en endring, bygger på at ved så omfattende mengdeøkninger vil blant annet utstyr, mannskap og arbeidsmetode bli helt annerledes, og forutsetningene for den opprinnelige kalkylen være forrykket.

Selv om avvikets isolerte størrelse er et tungtveiende moment, beror regelen på forutsetningssynspunkter, og det gjelder en relativ terskel.¹²³ Avvikets isolerte størrelse gir en indikator fordi store mengdeavvik normalt innebærer at entreprenørens kalkyler vedrørende kost og tid blir forrykket.

Et eksempel på at et avvik alene ikke kan gi grunnlag for endring er tydeliggjort i LH-2016-93008 hvor det forelå store avvik, men da økningene ikke hadde forrykket tidsplanen til entreprenøren, var det ikke grunnlag for et krav om tidsforlengelse.

¹²² BFJR-646 (2018).

¹²³ Samme oppfatning i Nordtvedt m.fl. (2013) s. 452.

Avvikets størrelse er dermed et utgangspunkt, men avvikene må gjenspeiles i konsekvenser for tid og pris. Dette innebærer at selv kvantitativt beskjedne mengdeøkninger kan medføre en endring, der de samlede konsekvensene har stor betydning for tid eller pris.

6.4.2 Arbeidets art og karakter

Ettersom avvikets størrelse kun gir føringer, og konsekvensene for tid og pris er sentrale, er det interessant å se på hvor krevende arbeidsforholdene er, ettersom krevende arbeidsforhold vil medføre større kostnader og forsinkelser enn ved favorable arbeidsforhold. Dette er blant annet tydeliggjort i LH-2018-31915, hvor entreprenøren skulle oppføre bærende konstruksjoner til sjøs. Lagmannsretten trekker i den anledning frem at økninger ved arbeid til sjøs får større betydning for tids- og kostnadskalkylen enn ved tilsvarende økninger til lands. Ved de aktuelle postene hadde mengdene økt med drøyt 50% sammenlignet med konkurransegrunnlaget, og dette var tilstrekkelig til at økningen ble ansett å være en endring.

Lagmannsrettens dom og argumentasjon samsvarer godt med regelens innhold og de hensyn som gjør seg gjeldende ved endringsregelen, og kan derfor tillegges en viss vekt. Endringsregelen for regulerbare poster skal komme til anvendelse der kalkylene blir vesentlig forrykket, og dette skjer enklere når operasjonen som er spesielt krevende eller værutsatt.

Det samme må også anses å gjelde der grunnforholdene avviker fra det entreprenøren burde forvente,¹²⁴ ettersom avvikende grunnforhold og mengdeøkninger i kombinasjon medfører at kalkylen lettere blir vesentlig forrykket.

6.4.3 Arbeid på kritisk linje

En post på kritisk linje vil ha større konsekvenser for tid og pris enn øvrige poster. Operasjoner på «kritisk linje» er operasjonene som er innbyrdes avhengig av hverandre og hvor gjennomføringsrekkefølgen ikke kan legges om.¹²⁵ Økt arbeidsmengde og tidsbruk ved operasjoner på kritisk linje, vil dermed ha umiddelbar virkning for oppnåelse av frister. Entreprenøren må derfor overvinne forsinkelser ved arbeid på kritisk linje, og resultatet er økte

¹²⁴ Behandlet i kapittel 5.

¹²⁵ Marthinussen m.fl. (2016) s. 340.

kostnader eller forsinkelser for prosjektet. Hvorvidt mengdeavviket oppstår på kritisk linje utgjør dermed et moment i vurderingen av om avviket er vesentlig.¹²⁶

6.4.4 Avviket relativt til kontraktssummen

I juridisk teori er det trukket frem at vesentlighetskravet innebærer en relativ terskel, og at hvor stor andel av kontrakten den aktuelle posten utgjør vil ha betydning for om økningen er «vesentlig».¹²⁷ Ettersom vurderingen som utgangspunkt skal skje post for post, er spørsmålet om avviket relativt til kontraktssummen skal vektlegges.

En sammenligning mot kontraktssummen harmoniserer på den ene siden godt med de potensielle virkningene av et endringskrav, deriblant at sluttfristen blir forskjøvet. Dersom den aktuelle posten utgjør en stor del av kontraktsarbeidene, vil selv en beskjedne mengdeøkning kunne gi alvorlige konsekvenser for kostnad og fremdrift.

På den andre siden kan en avveining mot kontraktssummen også gi uheldige virkninger, ettersom behovet for fristforlengelse kan være aktuelt uavhengig av om posten utgjør en liten eller stor andel av kontraktsarbeidene. Kalkylene er beregnet for hver enkelt post, og dersom det forekommer flere avvik som i lys av kontraktssummen ikke kan anses som vesentlige vil det likevel ha stor betydning per den enkelte post.

En sammenligning med kontraktssum må ikke anvendes så strengt at det i praksis forskyver utgangspunktet om at vurderingen skal skje post for post og at vurderingens grunnlag i forutsetningssynspunkter. Dette har heller ikke skjedd i praksis, og LH-2018-31915 er illustrativ.

LH-2018-31915 gjaldt en tvist hvor avvik i armeringsmengder tilsvarte 5 900 000 kroner, som utgjorde i underkant av 2,5 % av kontraktsverdien. Lagmannsretten trakk i sin begrunnelse frem uttalelsen i kommentarutgaven, og kom til at det faktiske mengdeavviket verken i seg selv, eller relativt opp mot kontraktssummen vesentlig oversteg det entreprenøren burde tatt i betraktning. Dette ble støttet på at elleve tidligere enhetspriskontrakter mellom partene viste at faktisk vederlag hadde variert mellom 78 og 161 % av kontraktssummen, og at store avvik derfor var påregnelig for entreprenøren. Til tross for dette konkluderte retten likevel med at avvikene ved

¹²⁶ Likevel ikke der konsekvensene skyldes entreprenørens mangelfulle planlegging jf. kapittel 3.2.2.

¹²⁷ Marthinussen mfl. (2016) s. 311.

flere enkeltposter var vesentlige, ettersom arbeidet skulle utføres til sjøs, og selv mindre avvik ville ha store konsekvenser for entreprenørens kalkyler.

Løsningen i LH-2018-31915 minner om danske AB 18. I AB 18 vil 10 % reduksjon eller 15 % økning sammenlignet med kontraktssummen eller 100% per den enkelte post gi grunnlag for vederlagsjustering.¹²⁸ Løsningen innebærer at det skal mindre til for at et avvik skal anses vesentlig ved de største postene i en kontrakt. I motsetning til å legge blindt vekt på avviket relativt til kontraktssummen, medfører en slik løsning at arbeidene med størst betydning for tid og pris *lettere* er å anse som en endring. Løsningen samsvarer på dette punktet også med hensynene bak den norske regelen.

Ved vurderingen av om avviket er vesentlig, kan dermed avviket relativt til kontraktssummen tilsi at det skal mindre til for at avviket er vesentlig, da slike avvik i større grad vil forrykke tid og pris. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at relativt beskjedne avvik i seg selv kan tale *mot* at avviket er vesentlig. En slik løsning hadde samsvart dårlig med utgangspunktet om at vurderingen skal skje på bakgrunn av forutsetningssynspunkter og vurderes post for post.

6.4.5 Bebreidelse hos byggherre

Avslutningsvis må betydningen av bebreidelse adresseres. Det er klart at der byggherren kan bebreides for at forholdene avviker fra estimatene, er det utenfor det entreprenøren burde tatt i betraktning. Likevel må avviket også vesentlig overstige det entreprenøren burde tatt i betraktning, og spørsmålet er om bebreidelse innebærer at avviket er så langt fra entreprenørens aktsomhetsplikt at det også bør tale for at avviket lettere er å anse som en endring. Tilfellet er kort nevnt i kommentarutgaven til NS 8405 hvor det skrives at:

«Skyldes avvikene prosjekteringsfeil fra byggherren, eller at han av andre grunner kan bebreides for at masseangivelsen er misvisende, kan dette tale for at avviket skal anses som en endring»¹²⁹

Kommentarutgaven gir uttrykk for at bebreidelse taler for at forholdet bør anses som en endring, altså at avviket er *vesentlig*, og ikke bare for om man er utenfor entreprenørens aktsomhetsplikt. Spørsmålet om bebreidelse skal medføre at mengdeavvikene lettere er å anse som *vesentlig*.

¹²⁸ AB 18 § 24 stk. 1.

¹²⁹ Marthinussen m.fl. (2016) s. 316.

Utgangspunktene oppstilt i kapitlene over tydeliggjør at det er konsekvensene for entreprenørens kalkyler som er sentrale. Dette taler i utgangspunktet mot at subjektive forhold skal ha betydning. Likevel svekkes entreprenørens muligheter til å utarbeide en treffende kalkyle kraftig der byggherrens leveranser er misvisende. Spørsmålet er derfor om det i vesentlighetsvurderingen likevel kan vektlegges at byggherren er nærmest å bære ansvaret for at avviket har oppstått.

Entreprenøren har i kontraktsforhold en berettiget forventning om at byggherren ivaretar sine ansvarsområder på lojalt vis, og ivaretar entreprenørens interesser. Lojalitetshensyn kan anvendes som bidrag for å avklare det nærmere innholdet i et vilkår,¹³⁰ og dersom byggherren ikke har opptrådt på lojalt vis kan det tale for at avviket lettere er å anse som «vesentlig».

En slik anvendelse av lojalitetshensyn er også lagt til grunn i relasjon til entreprisekontrakter, hvor det er tatt til orde for at en part som ikke har overholdt lojalitetsbaserte plikter, kan måtte tåle at kontrakten tolkes mot ham.¹³¹ Lojalitetshensyn taler dermed for at byggherren må tåle at avtalen tolkes mot ham når han kan bebreides. Dette taler dermed for at bebreidelse utgjør et moment i vurderingen av om avviket er *vesentlig*.

Lojalitetshensyn er også anvendt som begrunnelse for å vektlegge bebreidelse når vesentlighetsterskler skal trekkes opp i kontraktsretten ellers.¹³² Løsningen stilt opp ovenfor samsvarer dermed med hvordan vesentlighetsvurderinger ellers foretas. I likhet med den alminnelige kontraktsretten, må graden av bebreidelse også vektlegges når vesentlighetsterskelen trekkes opp.¹³³

Der byggherren kan bebreides for at avvikene har oppstått, tilsier lojalitetshensyn dermed at han også er nærmest å bære konsekvensene av avviket. Bebreidelse utgjør dermed et moment ved tolkningen av om mengdeavviket er *vesentlig*.

¹³⁰ Nazarian (2007) s. 205.

¹³¹ Krüger (2010) s. 115.

¹³² Hagstrøm m.fl. (2021) s. 456–457.

¹³³ Ibid.

7 Avsluttende refleksjoner

7.1 Problemene med dagens utforming og tolkning

Spørsmål om mengdeavvik etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd må i dag løses basert på en konkret vurdering med bakgrunn i forutsetningssynspunkter. Ved vurderingen må ikke rettsanvenderen imidlertid se seg blind på kommentarutgavers uttalelser om at entreprenøren må forvente store avvik.¹³⁴ Det må skilles mellom det entreprenøren må ta i betraktning, og når avviket er vesentlig over dette. Det kan ikke stilles for strenge krav til entreprenørens vurdering av aktuelle mengder, og det springende punktet vil normalt være om avviket er «vesentlig». Ved vurderingen av om avviket er «vesentlig», må det tas stilling til om økningene og arbeidets karakter vesentlig forrykker entreprenørens – på forhånd – fornuftige kalkyler.

Regelen lider imidlertid på flere punkter som følge av at den er retts teknisk vanskelig og ikke har klare grenser. Problemene med en skjønnsmessig regel blir nok en gang tydelige når endringens omfang skal beregnes i forhold til 15 %-grensen. Her møter en skjønnsmessig endringsregel en tallfestet regel i form av 15 %-grensen.

Ordlyden i NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd sier at det foreligger en endring der «avviket i vesentlig grad overstiger ...». Ordlyden er tvetydig, og angir ikke klart om avviket i sin helhet skal anses å utgjøre en endring, eller om kun det som overstiger det vesentlige utgjør en endring.

Utgangspunktet er at regulerbare poster skal være fleksible, og at avvik kan forekomme uten endringsvirkninger. Det vil i utgangspunktet være i strid med endringsreglene og formålet bak vederlagsformatet dersom avviket i sin helhet skulle anses som en endring. Entreprenøren får da definert avvik som i utgangspunktet var hans risiko som endringer. Dette taler for at det kun er det som overstiger det vesentlige som utgjør en endring etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd. En slik løsning har også fått støtte av Kolrud, til tross for at løsningen ble ansett tvisteskapende.¹³⁵

Ettersom det ikke kan angis noen prosentvis terskel for vesentlighetsterskelen etter NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, er det en krevende oppgave å fastsette hvor stor del av avviket som

¹³⁴ Marthinussen m.fl. (2016) s. 316

¹³⁵ Kolrud m.fl. (1992) s. 231.

overstiger det vesentlige. Alternativet er derfor at hele avviket anses som en endring når det først foreligger en endring. En slik løsning er retts teknisk enklere, medfører mindre tvist og har noe støtte i ordlyden. Videre vil det medføre at endringsregelen tolkes likt i alle sammenhenger, da det ikke kan stilles opp noen prosentvis terskel for regelen ellers. En slik tolkning har også støtte i juridisk teori, der avvik vurderes post for post.¹³⁶ Med de utgangspunktet som er stilt opp i avhandlingen, taler retts tekniske hensyn, system betraktninger, samt nyere juridisk teori for at hele avviket må utgjøre en endring.

Motstridende hensyn gjør seg gjeldende for alternativene, men når den ene regelen – etter en allerede komplisert endringsvurdering endring – gir klare holdepunkter og harmoniserer med endringsregelen, taler operasjonalt hensyn for at avviket i sin helhet utgjør en endring.

Problemstillingen er ikke avklart, og faller også utenfor denne oppgavens hovedfokus. Den belyser imidlertid et gjennomgående problem med den kvantitative endringsregelen slik den er utformet i dag: Den skaper usikkerhet og tvist.

7.2 Er det på tide å prosentfeste vesentlighetsterskelen?

Den kvantitative endringsregelen er problematisk på flere punkter og er retts teknisk krevende. Dette byr inn på noen avsluttende refleksjoner om regelens plass i dagens entrepriserett.

Norsk rett har ikke operert med prosentgrenser fordi det ikke har vært grunnlag for det i eldre rett, og at Standard Norge ikke har inntatt prosentgrenser i nyere standarder. Selv om det ikke har vært tradisjon for prosentgrenser i Norge, kan det likevel stilles spørsmål ved om terskelen burde prosentfestes.

I de nordiske landene har prosentgrenser vært anvendt i lang tid, og ble innført allerede før den kvantitative endringsregelen ble kontraktsfestet i Norge.¹³⁷ Løsningen har vedvart, og det er ikke holdepunkter for at den har slått uheldig ut.

En prosentterskel medfører også at regelen blir retts teknisk enklere, ettersom det er klart når avvik utgjør en endring. Dette forenkler også vurderingen av endringens omfang, ettersom det

¹³⁶ Herstad (2015) s. 552.

¹³⁷ Reglene er bl.a. omtalt allerede i Sandvik (1966) s. 233.

foreligger en klar terskel. En prosentfestet terskel bidrar dermed til forutberegnelighet og sammenheng i endringssystemet.

Prosentgrenser bidrar også til at byggherre og tilbudsgiverne har samme forutsetninger for avtaleinngåelse. Byggherren har klare skranker å forholde seg til, og entreprenørene stiller likt i anbudsfasen, ettersom det er klart hvor stor risiko som må prises. En prosentvis grense er også egnet til å motvirke taktisk prising – altså å inngi en pris som vil være gunstigere ved avvik – ettersom arbeidet er å anse som en endring ved en fast grense.

At regelen i dag er skjønnsom uten en prosentfestet terskel kan knyttes opp mot regelens forhistorie. For det første var ikke regelen avtalefestet, og det var derfor betenkelig å stille opp en prosentfestet terskel. For det andre ble regelen utviklet fra 50-tallet og utover, hvor grunnlaget for mengdeberegningene var mer usikre enn i dag. På 50-tallet ble beregninger gjort uten bruk av datamaskiner, mens i 2023 har prosjekterende tilgang til avansert utstyr som gjør at mengdene kan estimeres langt bedre enn før. At norsk rett ikke har tradisjon for å operere med en prosentfestet terskel er ikke sterk nok grunn til å ikke innføre det, og det kan stilles spørsmål ved om en skjønnsmessig vurdering er nødvendig ettersom estimerer blir stadig sikrere.

En prosentfestet terskel kan imidlertid også gi uheldige resultater, der mindre mengdeavvik har stor betydning for entreprenørens kalkyler.¹³⁸ Disse tilfellene kan imidlertid langt på vei sikres ved at terskelen settes til en prosent som jevnt over gir gode og rimelige resultat.

En prosentfestet terskel gir en retts teknisk enkel og forutberegnelig regel, mens dagens utforming og tolkning gir det motsatte. Det er derfor kanskje på tide at Standard Norge setter ned en tverrfaglig komité som utreder en prosentfesting av vesentlighetsterskelen.

¹³⁸ F.eks. LH-2018-31915 og oppgavens kapittel 6.4.1 og 6.4.2.

Litteraturliste

Litteratur

- Barbo (1997) Barbo, Jan Einar, *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*, Universitetsforlaget, 1997.
- Bech (1963) Bech, Arne, *Entreprenørkontrakter: risiko og ansvar: referat fra møte i Norsk forsikringsjuridisk forening den 19. oktober 1962 (Vol. nr 48)*, Universitetsforlaget, 1963.
- Bruun, Engersæth og Fauske (2021) Bruun, Tommy, Engersæth, Arne og Fauske, Lars, *Enhetsprisers kvalitative og kvantitative grenser i På rett grunn II: festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Barbo, Jan Einar, Simonsen, Lasse, Bruserud, Herman og Halvorsen, Kristine Sveen (red.), Gyldendal. 2021.
- Bryhni (2021) Bryhni, Inge, «georadar», Store norske leksikon, 16. mai 2021, www.snl.no/georadar (lest 4. mai 2023).
- Haaskjold (2017) Haaskjold, Erlend, *Obligasjonsrett: en innføring*, Universitetsforlaget, 2017.
- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget, 2014.
- Hagstrøm m.fl. (2021) Hagstrøm, Viggo, Bruserud, Herman, Alvik, Ivar, Irgens Jensen, Harald og Ørstavik, Inger Berg, *Obligasjonsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2021.
- Herstad (2015) Herstad, Ea, *Negative mengdeavvik som grunnlag for avbestillingserstatning etter NS 8406*, Lov og Rett volum 54, utgave 9, 2015.

- Huser (1983) Huser, Kristian, *Avtaletolking*, Universitetsforlaget, 1983.
- Høgberg (2006) Høgberg, Alf Petter, *Kontraktstolkning, Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Universitetsforlaget 2006.
- Kolrud m.fl. (1992) Kolrud, Helge Jacob, Bergsaker, Olav, Brekken, Ola, Lund, Inger-Johanne, Pihlstrøm, Svein Arild, Stinessen, Stein Erik, *Kommentar til NS 3430*, Universitetsforlaget, 1992.
- Kolrud m.fl. (2004) Kolrud, Helge Jacob, Bergsaker, Olav, Davidsen, Eirik, Holstrøm, Jarle W., Johansen, Johnny, Lund, Inger-Johanne, Ruud, Dag Arne, Seim, Tor Wilhelm og Ven, Bjørg, *NS 8405 Kommentarutgave*, Universitetsforlaget, 2004.
- Krokeide (1977) Krokeide, Kjetil, *Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold*. Tidsskrift for rettsvitenskap, 90 - 1977, 569-649.
- Krüger (2010) Krüger, Kai, *Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurransen, i På rett grunn: festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*, Barbo, Jan Einar, Simonsen, Lasse (red.), Gyldendal. 2010.
- Krüger (2012) Krüger, Kai, *Klarhetskrav ved anbud i bygg- og anleggsentrepriser (BA)*, Tidsskrift for forretningsjus vol. 18. utg. 4, 2012.
- Marthinussen m.fl. (2016) Marthinussen, Karl, Giverholt, Heikki og Arvesen, Hans-Jørgen, *NS 8405 med kommentarer*, 4.utg., Gyldendal Norsk Forlag, 2016.

Monsen (2012)	Monsen, Erik, <i>Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk</i> , Cappelen Damm Akademisk, 2012.
Nazarian (2007)	Nazarian, Henriette, <i>Lojalitetsplikt i kontraktsforhold</i> , Cappelen Damm Akademisk, 2007.
Nordtvedt m.fl. (2013)	Nordtvedt, Henning, Ruud, Dag Arne, Bergsaker, Olav, Bjørnvik, Arve Martin og Johansen, Johnny, <i>NS 8407 kommentarutgave</i> , Universitetsforlaget, 2013.
NS 3420 / Veiledning (2017)	Standard Norge, Veiledning for utarbeidelse av beskrivelser etter NS 3420, 2017.
Nygaard (2004)	Nygaard, Nils, <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , 2 utg., Universitetsforlaget, 2004.
Sandvik (1966)	Sandvik, Tore, <i>Entreprenørrisikoen</i> , Tanum, 1966.
Sandvik (1977)	Sandvik, Tore, <i>Kommentar til NS 3401</i> , Universitetsforlaget, 1977.

Norsk Standard

NS 3401	NS 3401:1969 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.
NS 3430	NS 3430 (1994) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider.
NS 8405	NS 8405 (2008) Norsk bygge- og anleggskontrakt.
NS 8406	NS 8406 (2009) Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt.

NS 8407 NS 8407 (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser.

NS 3450 NS 3450 (2014) Konkurransgrunnlag for bygg og anlegg.

Øvrige standarder

AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018.

AB 04 Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, 2004.

Håndbok R760 Statens Vegvesen, *Styring av vegprosjekter: [Håndbok R760]*, 2018.

VOB-B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 2009.

Lover

Avhendingslova Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.

Praksis

Norsk retstidende

Rt. 1954 s. 50.

Rt. 1988 s. 1272.

Rt. 1999 s. 922.

Rt. 2002 s. 1110.

Rt. 2003 s. 1531.

Rt. 2007 s. 1489.

Rt. 2010 s. 103.

Rt. 2010 s. 710.

Rt. 2010 s. 1345.

Rt. 2012 s. 1729.

Rt. 2014 s. 520.

HR-2016-219-A.

HR-2019-830-A.

HR-2023-534-A.

HR-2023-766-A.

Lagmannsrett

LA-2015-143610.

LA-2016-37897.

LH-2016-93008.

LH-2018-31915.

LA-2019-150154.

LH-2020-131143.

Tingrett

TNHR-2018-128891.

Vestre Finnmark tingretts dom 17. mars 2022.

Byggebransjens juridisk faglige råd

BFJR-646 (2018)

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd, Rådgivende
uttalelse – sak 646, 2018.

Tabeller og figurer

Tabell 1:

Del II Kontrakts- grunnlaget	Innholdsfortegnelse		
	Avtaledokument		
	A	Generell del	A.1 Innledning 4.2 Kort om kontraktsarbeidets omfang 4.3 Organisasjon og entreprisemodell 4.4 Dokumentliste
	B	Kontraktsbestemmelser	B.1 Alminnelige kontraktsbestemmelser B.2 Spesielle kontraktsbestemmelser
	C	Tekniske krav	C.1 Tekniske rammebetingelser C.2 Teknisk beskrivelse C.3 Tegninger og modeller C.4 Tekniske referansedokumenter
	D	Krav til byggeprosessen	D.1 Administrative rutiner D.2 Kvalitetssikring D.3 Sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA) D.4 Øvrige krav til byggeprosessen
	E	Frister og dagmulker	E.1 Frister E.2 Dagmulker E.3 Framdriftsplanlegging
	F	Vederlaget	F.1 Prissammenstilling F.2 Regningsarbeider F.3 Påslag for side- og underentrepriser F.4 Opsjoner F.5 Regulering
	G	Oppdragsgivers ytelser	
	Vedlegg		

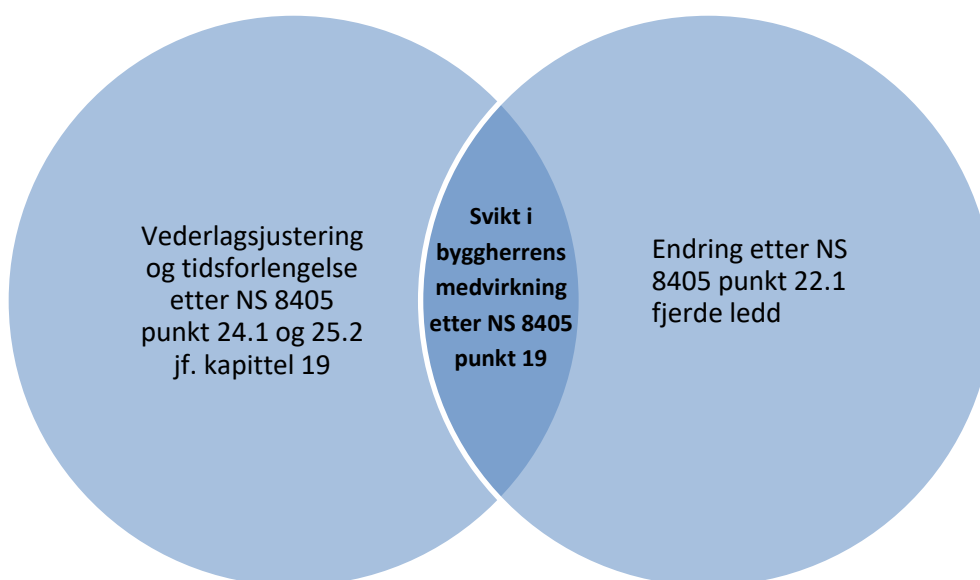
Tabell 2:

Postgrunnlag fra standarden	Post utfylt med matrisevalg
QK2. 21xx--- Kledning på vegg utvending – Liggende bord Areal [m2] Treslag: {Matrise Q:4} Profiltype: {Matrise QK2:1} Etterfølgende overflatebehandling: {Matrise QK:1} Kvalitet: {Matrise QK:2:2} Forbehandling: {Matrise Q:5} Lokalisering: (NS 3420-1, punkt 4, y5) Dimensjon Andre krav: (QK2, y1 .2) Ja <input type="checkbox"/> Nei <input type="checkbox"/>	QK2. 21116219 Kledning på vegg utvending – Liggende bord Areal [m2] Treslag: Furu Profiltype: Vestlandskledning med not og fjær Etterfølgende overflatebehandling: Dekkende Kvalitet: Kvalitetsklasse 1 Forbehandling: Grunnet før oppsetting Lokalisering: Sydvegg etasje 1 og 2 opp til takskjegg. Dimensjon: 22 x 148 mm Andre krav: Nei

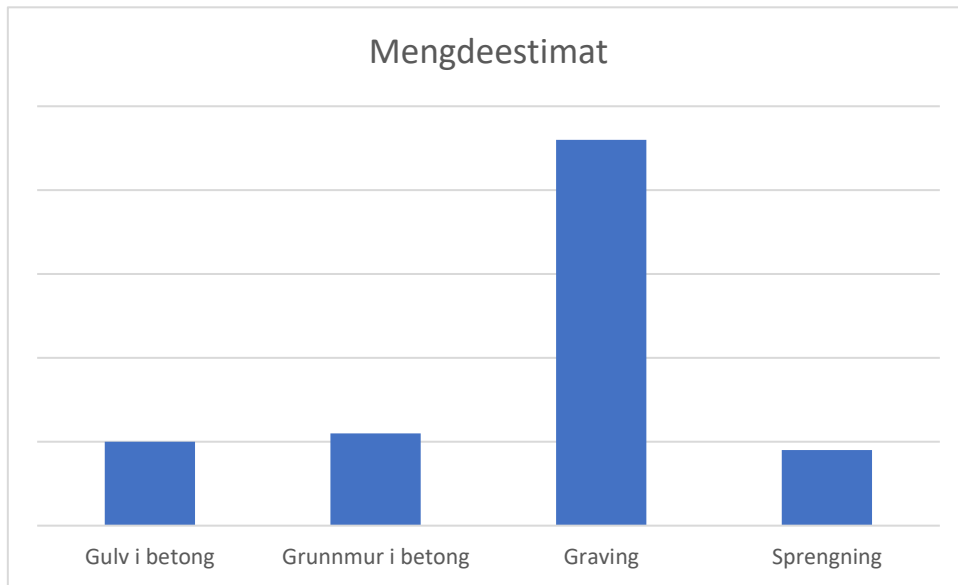
Tabell 3:

Postnummer	NS-kode/spesifikasjon	Enhet	Mengde	Pris	Sum
12	Tømrerarbeid				
12.23	Yttervegger				
12.23.1	<p>Utvendig kledning:</p> <p>QK2. 211116219 Kledning på vegg utvendig – Liggende bord Areal [m2] Treslag: Furu Profiltype: Vestlandskledning med not og fjær Etterfølgende overflatebehandling: Dekkende Kvalitet: Kvalitetsklasse 1 Forbehandling: Grunnet før oppsetting Lokalisering: Sydvegg etasje 1 og 2 opp til takskjegg. Dimensjon: 22 x 148 mm Andre krav: Nei</p>	m ²	100	40	4000

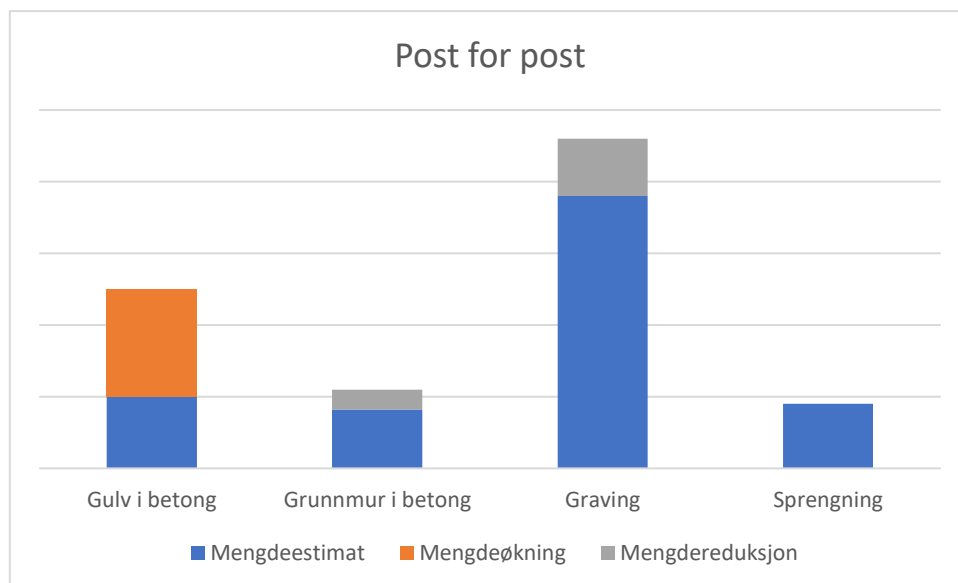
Figur 1:



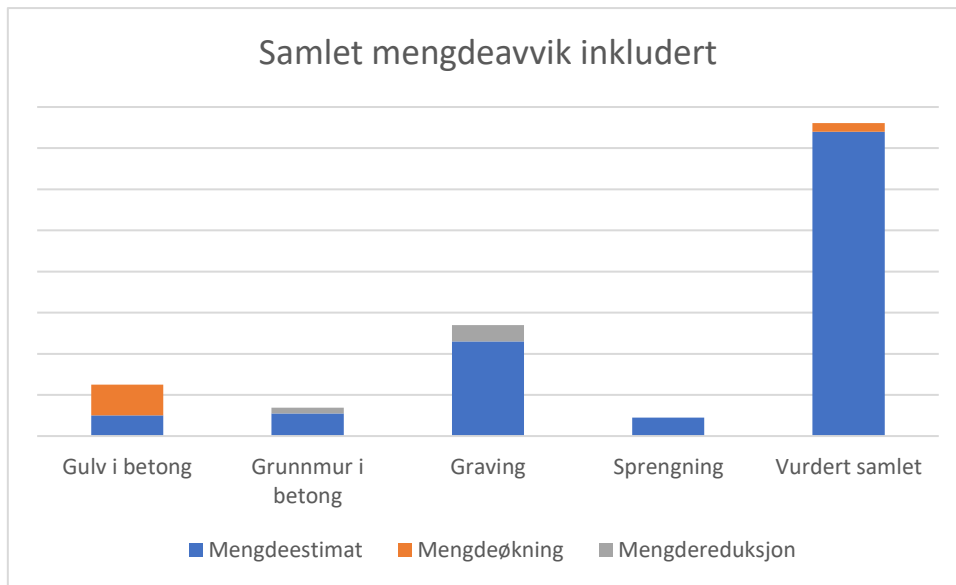
Figur 2:



Figur 3:



Figur 4:



Figur 5:

