

Print from Lovdata - 29.06.2020 12:58

LOVDATA

Supreme Court - Judgment. - HR-2000-1279 - Rt-2001-1288

Instance	Supreme Court - Judgment.
Date	2001-10-11
Published	HR-2006-2061-A – Rt-2006-1585
Keywords	Property rights. Contract law. Business. Positive contract interest.
Summary	<p>The contractor company PEAB AS demanded compensation from Gate Gourmet Norge AS after a tender competition. The main question in the case was whether a binding agreement had been entered into. The Supreme Court concluded that Gate Gourmet had acted in a passive manner in such a way that PEAB had reasonable grounds to believe that the company had been awarded the contract. PEAB was entitled to be reimbursed for the positive contractual interest, which at its discretion was set at a considerably lower amount than the claim for compensation was.</p>

I have come to the conclusion that a binding contract agreement was entered into between Gate Gourmet and PEAB, which was unjustifiably terminated by Gate Gourmet, and that PEAB is therefore entitled to be replaced by the positive contractual interest. But I find that the compensation must be set at a considerably lower amount than what is required.

Pursuant to NS-3400 clause 14.1 - which applies here - the agreement has been concluded "when notification that the tender has been accepted has reached the tenderer before the expiry of the decision deadline." The decisive factor is therefore - in accordance with the usual contract law principle - whether the tenderer has been notified that the tender has been accepted. There are no formal requirements for acceptance. It can - as with other agreements - also happen through conclusive behavior. For the question of whether the contract is to be considered terminated, it is decisive whether the tenderer has acted in such a way that it has given the tenderer reasonable reason to believe that he has been awarded the contract.

I have come to the conclusion that Gate Gourmet, by behaving passively towards PEAB's letter of 22 May 1997, has acted in such a way that PEAB had reasonable grounds to believe

that the company had been awarded the contract. There are two factors in particular that in combination have led me to this conclusion. Firstly, the emphasis in the minutes of the meeting that Gate Gourmet should react immediately to the feedback from PEAB, and secondly Gate Gourmet's own letter earlier the same day that the company intended to enter into a tender agreement with PEAB. If Gate Gourmet believed that the price increase in PEAB's letter entailed a deficient condition in relation to the acceptance expressed in this letter, the company had a clear reason to make this apply immediately.



Høyesterett - Dom. - HR-2000-1279 - Rt-2001-1288

Instans	Høyesterett – Dom.
Dato	2001-10-11
Publisert	HR-2000-1279 – Rt-2001-1288
Stikkord	Formuerett. Avtalerett. Entrepriise. Positiv kontraktsinteresse.
Sammendrag	Entreprenørfirmaet PEAB AS krevde erstatning av Gate Gourmet Norge AS etter en anbudskonkurranse. Hovedspørsmålet i saken var om en bindende avtale var inngått. Høyesterett kom til at Gate Gourmet ved passivitet hadde opptrådt på en slik måte at PEAB hadde rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget. PEAB hadde krav på å få erstattet den positive kontraktsinteresse, som skjønnsmessig ble satt til et atskillig lavere beløp enn erstatningskravet lød på.
Saksgang	Asker og Bærum herredsrett Nr 98-01138 A/01 – Borgarting lagmannsrett LB-1999-2580 A/02 – Høyesterett HR-2000-1279, sivil sak, anke.
Parter	PEAB AS, Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (hjelpeintervenient) (advokat Erlend Holstrøm – til prøve) mot Gate Gourmet Norge AS (advokat Alex Borch – til prøve).
Forfatter	Tjomsland, Bruzelius, Flock, Lund, Aasland.
Sist oppdatert	2019-09-26

Innholdsfortegnelse

Høyesterett - Dom. - HR-2000-1279 - Rt-2001-1288.....	1
Innholdsfortegnelse	2

Dommer **Tjomsland**: Saken gjelder spørsmålet om entreprenørselskapet PEAB AS har et erstatningskrav mot Gate Gourmet Norge AS etter en anbudskonkurranse. Hovedspørsmålene i saken er for det første om en entrepriseavtale er inngått, og dernest om byggherren – dersom avtale ikke er inngått – ut fra anbudsrettslige regler var berettiget til å avvise anbudet.

Gate Gourmet Norge AS (heretter Gate Gourmet) som er et cateringselskap som leverer mat til flyselskaper, skulle i 1997 og 1998 oppføre et produksjons- og kontorbygg på Gardermoen. Som konsulent benyttet selskapet rådgivningsfirmaet Hjellnes COWI AS (heretter Hjellnes).

I april 1997 ble grunn- og betongarbeidene satt ut på åpent anbud. Entreprisen ble betegnet som K1. For anbudskonkurransen gjaldt Norsk Standard (NS) 3400 Regler om anbudskonkurranser for bygg og anlegg, som deklarasjonelle bestemmelser. I anbudsinnbydelsen heter det under punktet om fremdriftsplan blant annet:

«Framdriftsplanen er basert på at kontrakt entreprise K1 inngås 20. mai 1997 med ferdigstilling av arbeidene 22. september 1997. Se vedlegg 2.»

Vedlegg 2 var en grafisk fremdriftsplan for det totale byggeprosjektet, der det fremgikk at «Grunnarb./fundamenter/tilfluktsrom» skulle starte 26. mai og avsluttes 22. september 1997.

Anbudsinnbydelsens kontraktsbestemmelser hadde i avsnitt 20.2 Dagmulkt følgende bestemmelser av betydning for arbeidenes fremdrift:

«Følgende milepeler vil bli satt opp med følgende dagmulker:

Milepel	Dato:	Dagmulkt kr.:
1. Ferdigstilling av P-plass (område for hovedrigg)	01.09.97	20.000,-
2. Ferdigstilling av vegger i kjeller og gulv på grunn akse 7-11	01-09-97	20.000,-
3. Ferdigstilling entreprise K1	22.09.97	20.000,-»

Innen anbudsfristen 13. mai 1997 kom det inn to anbud – fra PEAB og Ø. M. Fjeld AS (heretter Fjeld). PEABs anbud, som hadde lavest

Side 1289

pris, hadde en anbudssum på kr 12.299.638 eks. mva, mens Fjelds anbud var på kr 13.773.284 eks.mva.

I anbudsskjemaet hadde PEAB oppgitt at forbehold var angitt i eget følgeskriv og at det var totalt to forbehold. I følgeskrivet heter det blant annet:

«Prisen er å forstå som fast inkl. lønns- og prisendring under forutsetning av at oppstart skjer iht. anbudsdokumenter.

Før en evt. kontraktsskriving ber vi om å få gjennomgå vår fremdriftsplan med dere, samt å få klarlagt visse detaljer vedrørende pukkfraksjoner.»

Det ble 21. mai 1997 holdt et møte mellom representanter for PEAB på den ene side og representanter for Gate Gourmet/Hjellnes på den annen side for å avklare forhold i forbindelse med PEABs anbud. Jeg kommer nærmere tilbake til dette møtet.

Den 22. mai 1997 sendte PEAB et brev til Hjellnes, der det vises til møtet og uttales:

«Vi bekrefter at fundament og veggkonstruksjon mellom akse 7 – 11 kan være klare til råbyggsmontasje den 01.09.97 under forutsetning av at vi driver entreprisen i ferien. Dette medfører en økt kostnad på kr 545.000,- eks. mva.

Videre forutsettes det at bestillingen gjøres i løpet av 23.05.97, og at anbudstegninger på grunnarbeidene og fundament finnes tilgjengelig fra starten av uke 22. Øvrige tegninger forutsettes å være klare senest 3 uker før oppstart av de respektive arbeidene.

For øvrig gjelder vårt anbud inkl. tidsplan datert 13.05.97, og kompletteringer foretatt tidligere i dag.»

Det er lagt til grunn at «anbudstegninger» i annet avsnitt er feilskrift for «arbeidstegninger».

Tidligere samme dag hadde imidlertid Gate Gourmet sendt et brev til PEAB, som lød slik:

«Vi viser til møte hos vår rådgiver Hjellnes COWI AS 21.05.97.

På bakgrunn av de avklaringer og den enighet om en eventuell avtale som fremkom i møtet, har vi til hensikt å inngå avtale om de aktuelle grunn- og fundamenteringsarbeider med Dem.

Vi ber Dem derfor sette i verk nødvendige forberedelser til start av arbeidene, mens vi utarbeider de nødvendige kontraktsdokumentene. I den forbindelse ber vi Dem om en tilbakemelding på fremdriftsplanen som avtalt i møtet.

Vi viser for øvrig til referat fra møtet. Referatet vil bli ettersendt.»

De to brevene av 22. mai 1997 krysset hverandre.

I det ettersendte møterefertat som var utarbeidet av Hjellnes og som ble mottatt av PEAB 27. mai 1997, heter det om fremdrift og kontrakt:

«1.3 Fremdrift

PEAB har i sitt følgebrev til anbudet bedt om å få legge frem forslag til egen fremdriftsplan. Forslaget til fremdriftsplan forutsetter at arbeidene bestilles i løpet av uke 21/97 og at ferdigstillelse vil være i midten av oktober. Planen sammenfalt med byggherrens ønske om å starte neste entreprise ca

Side 1290

01.09.97. Byggherren ønsket tidligere avslutning (01.10.97). PEAB påpekte at dette i tilfelle ville medføre drift av byggeplassen i fellesferien. Det ble på møtet enighet om at PEAB bearbeider sin fremdriftsplan og at byggherren vurderer denne nærmere.

Fremdriftsplanen må bygge på de forutsetninger som er lagt til grunn i anbudsinnbydelsen. Dvs. at neste entreprise har oppstart senest 01.09.97, og at riggplass og vegger i kjeller i akse 7-11 er ferdigstillet innen denne frist. Ferdigstillelse av entreprise K1 vil få en utvidet overlapp med neste entreprise.

1.4 Kontrakt

Partene var forent om at byggherren umiddelbart vurderer tilbakemeldingene fra PEAB og deretter eventuelt oversender brev med formål om å opprette kontrakt om arbeidene/bestillingsbrev, PEAB ville på sin side straks sette i verk nødvendige forberedelser til oppstart av arbeidene ved mottatt bestillingsbrev fra byggherren.

Nødvendige forberedelser omfatter bl.a.:

- Innsending av detaljerte kontrollplaner til kommunen for å få en igangsettingstillatelse.
- Godkjenning av ansvarlig utførende.
- Innmelding av personell til byggherren /OSL for adgangstillatelse til byggeområdet.
- Innmelding av personell til obligatorisk HMS-kurs hos OSL.

HC utarbeider nødvendige kontraktsdokumenter. Kontrakten baseres på kontraktsformular NS-3410, de kontraktbestemmelser som er forutsatt i anbudsdokumentene og avklaringer i dette møtet.»

Ved brev av 28. mai 1997 til Hjellnes knyttet PEAB enkelte kommentarer til møterefertatet. Det ble her også opplyst at PEAB hadde påbegynt forberedelsene for oppstart av arbeidene med forhandlinger med tiltenkte underentreprenører, samt planlegging, innkjøp av materialer og hjelpemidler.

Den 6. juni 1997 oversendte Hjellnes et kontraktsutkast til PEAB. Dette var imidlertid lite bearbeidet. Ved brev 9. juni 1997 fra PEAB sies det at kontraktsforslaget vil bli kommentert senere, og det tilføyes blant annet:

«Først bør vi ha et kontraktsforhandlingsmøte der vi fastlegger forutsetningene for entreprisen når det gjelder tider og pris.

I dag savnes fremdeles igangsettingstillatelse pga ufullstendige opplysninger fra byggherre, og vi vet fremdeles ikke etter hvilken fremdriftsplan dere arbeider. Vi nærmer oss raskt ferien, og mulighetene til å utføre noe arbeide under fellesferien minsker dag for dag.

Forutsetningene for denne entreprisen iht. anbudsokumentasjonen og også iht. vårt kompletterende anbud er ikke lenger mulig å oppfylle. Vi savner fremdeles gjeldende arbeidstegninger og omfanget av grunnarbeidene er uklart, da flere alternativer er prissatt og ingen beslutning tatt.

Vi ser frem til et møte senest denne uke, slik at vi kan komme i gang med etableringsarbeidene og stikkingen.»

Samme dag sendte Gate Gourmet ut pressemelding i anledning byggestart for cateringanlegg på Gardermoen. Det heter her blant annet:

Side 1291

«Grunn- og betongarbeidene utføres av entreprenørselskapet PEAB AS». Kopi av pressemeldingen ble sendt til PEAB.

Hjellnes innkalte deretter til kontraktsmøte 12. juni 1997 hvor blant annet konsekvensene av forsinket oppstart ble drøftet. Under henvisning til dette møtet sendte PEAB 13. juni 1997 telefaks til Hjellnes med tre alternative arbeidsopplegg mht. fremdrift og pris. Brevet lyder slik.

«Vi viser til gårdsdagens møte, og etter ytterligere grundig gjennomgang av konsekvensene ved forsinket oppstart og feriearbeide, kan PEAB AS tilby følgende alternative utførelse basert på en byggestart den 16.6.97, dvs. 3 ukers forsinkelse i forhold til anbudsforutsetningene.

For at byggestart skal kunne skje, må igangsettingstillatelse fra kommunen, gjeldende arkitekttegninger for grunnarbeider og fundament inkl. stikningsdata, være oss i hende samme dag, den 16.6.97.

Oppfylles ikke ovenstående vilkår tilkommer kostnader som er et byggherreansvar.

Alt. 1

Byggestart 16.06.97

Akse 7-11 klar 22.09.97

Hele entreprisen ferdig 31.10.96

For dette alternativet tilkommer kr 895.000,- eks.mva.

Alt. 2

Byggestart 16.06.97

Akse 7-11 klare 13.10.97

Hele entreprisen klar 17.11.97

For dette alternative tilkommer kr 545.000,- eks.mva.

Alt. 3

Byggestart 16.06.97

Hele entreprisen K1 utføres på regning (åpen bok) med 12% påslag. Vi holder alle nødvendige ressurser for å overholde de tidsfrister som vi i samarbeid fastsetter.

For alle ovenstående alternativ gjelder at bestilleren stiller til rådighet nødvendig prosjekteringspersonell også i fellesferien, samt at arbeidstegninger utover de ovenstående finnes på byggeplassen senest 3 uker før igangsetting av resp. arbeidsmoment.»

Gate Gourmet besvarte telefaksen samme dag og gjorde da gjeldende at PEABs anbud av 13. mai ikke inneholdt noe «forbehold med hensyn til ferdigstillelse av entreprisen». PEAB måtte derfor – ble det anført – være forpliktet «til å utføre arbeidene innenfor anbudets betingelser» dog slik at eventuelle konsekvenser av forskjøvet oppstart i forhold til anbudsinnbydelsens igangsettingsdato ville bli kompensert særskilt. Det ble bedt om PEABs bekreftelse på at entreprisen ville gjennomføres i henhold til anbudet.

Etter ytterligere utveksling av telefakser sendte Gate Gourmet 16. juni 1997 brev til PEAB hvor det blant annet heter:

«Ettersom PEAB i møter med vårt selskap har gitt uttrykk for at PEAB ikke har akseptert den fremdriftsplan som lå til grunn for anbudsutsendingen, og

Side 1292

ikke har gjort oppmerksom på dette i sitt anbud, jf. NS-3400 pkt. 7, har vårt selskap rett til å avvise anbudet, jf. NS-3400 pkt 12.4.

Vårt selskap har etter at manglene ved Deres anbud ble oppdaget, bedt om en bekreftelse fra PEABs side på at anbudet er basert på anbudsgrunnlagets fremdriftsplan. Slik avklaring/bekreftelse er ikke mottatt.

Det er PEABs forhold som har frembragt den foreliggende situasjon og det er å beklage at PEAB ikke har klargjort forutsetningene for sitt anbud – som profesjonell entreprenør – i samsvar med NS-3400 i forbindelse med innlevering av anbudet.

Det vi har anført ovenfor innebærer at vårt selskap ikke er forpliktet til å inngå entreprisekontrakt med PEAB.»

Gate Gourmet inngikk deretter entrepriseavtale med Fjeld.

Etter ytterligere korrespondanse mellom partene gikk PEAB ved stevning av 14. mai 1998 til søksmål mot Gate Gourmet ved Asker og Bærum herredsrett. PEAB hevdet at avvísningen av selskapets anbud var urettmessig, og krevet erstatning for utgifter og fortjenestetap. Gate Gourmet bestred kravet og reiste motsøksmål. Det ble hevdet at PEAB urettmessig hadde fragått sitt anbud ved å kreve tilleggsvederlag, og det ble krevet erstatning for prisforskjellen til den annen anbyder og for utgifter og forsinkelsestap.

Asker og Bærum herredsrett avsa den 5. mai 1999 dom med slik domsslutning:

«I hovedsøksmålet:

Gate Gourmet Norge AS tilpliktet å betale erstatning til PEAB AS med NOK 1.399.775,- – kronerenmilliontrehundreogtittinitusensjuhundreogsyttifem00/100 – innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt, med tillegg av lovens morarente fra 17. november 1997 til betaling skjer.

2. I motsøksmålet:

PEAB AS frifinnes.

3. Gate Gourmet Norge AS tilpliktet å betale erstatning for saksomkostninger til PEAB AS med kr 80.000,- -kroneråttitusen00/100 – innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt, med tillegg av lovens morarente fra forfall til betaling skjer.»

Byretten kom til at det var inngått en bindende avtale, og at det derfor forelå et kontraktsbrudd fra Gate Gourmets side som ga PEAB krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Gate Gourmet Norge AS anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 26. juni 2000 avsa dom med slik domsslutning:

«I hovedsøksmålet:

1. Gate Gourmet Norge AS betaler innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse til PEAB AS 175.000 – etthundreogsyttifemtusen – kroner med tillegg av 12 – tolv – prosent årlig rente fra forfall og til betaling skjer.

2. I saksomkostninger for begge retter betaler PEAB AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse til Gate Gourmet Norge AS 177.750- etthundreogsyttisyvtusensyvhundreogfemti- kroner med tillegg av 12 -tolv- prosent årlig rente fra forfall og til betaling skjer.

I motsøksmålet:

Side 1293

1. Herredsrettens dom, slutningens punkt 2, stadfestes.
2. I saksomkostninger for begge retter betaler Gate Gourmet Norge AS innen 2 -to- uker fra dommens forkynnelse til PEAB AS 15.000 -femtentusen- kroner med tillegg av 12 -tolv- prosent årlig rente fra forfall og til betaling skjer.»

Lagmannsretten kom til at det ikke var inngått noen entrepriseavtale mellom Gate Gourmet og PEAB og at Gate Gourmet 16. juni 1997 var berettiget til å avvise PEABs anbud. Beløpet på kr 175.000 som PEAB ble tilkjent av lagmannsretten, gjaldt vederlag for de forberedende arbeider som var utført av PEAB. For lagmannsretten var det enighet om at PEAB skulle tilkjennes dette beløpet, og på dette punktet er dommen rettskraftig.

PEAB har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Gate Gourmet har for så vidt gjelder motsøksmålet inngitt en subsidiær motanke som blir aktuell dersom Høyesterett kommer til at det er inngått en bindende entrepriseavtale.

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg har for Høyesterett erklært hjelpeintervensjon til støtte for PEAB, jf. tvistemålsloven § 75. Gate Gourmet bestred at vilkårene var til stede for at foreningen kunne opptre som hjelpeintervenient. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom i kjennelse 8. mars 2001 ((Rt-2001-316) «under noen tvil» til at foreningen kunne opptre som hjelpeintervenient.

Det er avhørt fem vitner ved bevisopptak. Samtlige har forklart seg tidligere. Noen nye dokumenter er fremlagt. Enkelte av partenes anførsler er noe endret eller presisert for Høyesterett. Saken står i all hovedsak i samme stilling som for de tidligere instanser.

Den ankende part, PEAB AS, har for Høyesterett sammenfatningsvis anført:

Prinsipalt hevdes det at det er inngått en bindende entrepriseavtale mellom Gate Gourmet og PEAB, og at avvisningen av anbudet den 16. juni 1997 var et kontraktsbrudd fra Gate Gourmets side. Det er ikke knyttet formkrav til antagelsen av anbud, og dette kan også skje ved konkludent adferd. For spørsmålet om avtale skal anses inngått, er det avgjørende om byggherren har opptrådt på en slik måte at han har gitt anbyderen rimelig grunn til å tro at han er valgt.

PEAB mener at Gate Gourmet må anses for i brevet 22. mai 1997 å ha akseptert PEABs anbud, som ble skrevet på bakgrunn av møtet mellom partene dagen før. Det vises bl.a til at PEAB i brevet blir bedt om å sette i verk «nødvendige forberedelser til start av arbeidene», mens Gate Gourmet skulle utarbeide «de nødvendige kontraktsdokumentene». PEAB hadde grunn til å tolke brevet slik at Gate Gourmet fant å kunne anta anbudet uten å avvente tilbakemeldingen fra PEAB. Etter PEABs syn ville det av hensyn til den andre anbyderen ikke være adgang til å inngå avtale om at PEAB skulle utføre deler av anbudsarbeidene, og det må derfor ha formodningen mot seg at det ble inngått avtale om dette.

Under enhver omstendighet er Gate Gourmet blitt bundet på grunn av selskapets etterfølgende opptreden og passivitet. Selskapet har verken muntlig eller skriftlig reagert på PEABs brev av 22. mai 1997. Det ble således ikke gjort gjeldende at dette brevet innebar en bristende

Side 1294

forutsetning for antagelsen av PEABs anbud. Av referatet fra møtet 21. mai og partenes senere opptreden fremgår det at de reelt sett var gått i kontraktsforhandlinger, noe det etter anbudsrettslige regler ikke ville vært adgang til dersom de fremdeles hadde befunnet seg på anbudsstadiet, jf. NS-3400 pkt. 13.3 og Rt-1994-1222. Det vises videre blant annet til at Hjellnes på vegne av Gate Gourmet innkalte til «kontraktsmøte» 12. juni 1997. Og når PEAB 9. juni 1997 mottok pressemeldingen fra Gate Gourmet om oppstart av prosjektet hvor det blant annet ble uttalt at betongarbeidene «utføres av entreprenørselskapet PEAB AS», hadde PEAB all grunn til

å forutsette at dette var i samsvar med den forståelse Gate Gourmet på dette tidspunkt selv hadde av situasjonen.

Dersom det er inngått bindende avtale mellom PEAB og Gate Gourmet, følger det av alminnelig obligasjonsrett at PEAB har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen, jf. Rt-1994-1222. Det kan ikke stilles særlig strenge krav til beviset for tapets størrelse. I rettspraksis er det i tilsvarende saker ofte skjønnsmessig tilkjent erstatning på ca 10 prosent av anbudssummen. PEAB hadde i dette tilfellet beregnet dekningsbidrag på 13,8 prosent ved utarbeidelsen av anbudet, men har likevel begrenset kravet til 10 prosent av opprinnelig anbudssum. Det bestrides at det foreligger spesielle usikkerhetsmomenter knyttet til PEABs utførelse av arbeidene. De beregninger som ankemotparten har fremlagt på grunnlag av en sammenligning med anbudet fra Fjeld, er lite relevante. Det er ikke grunnlag for redusert erstatning som følge av frigjort kapasitet. Noe grunnlag for å nedsette erstatningen ut fra synspunkter om skadelidtes medvirkning er det heller ikke.

Det bestrides under enhver omstendighet at det motsøksmål som Gate Gourmet har gjort gjeldende for det tilfelle at bindende entreprisaftale anses inngått, kan føre frem. Det er intet grunnlag for å hevde at entreprisaftalen har et slikt innhold – anbudsinnbydelsens fremdriftsplan og prisen i anbudet av 13. mai 1997 – som der er anført. Et eventuelt krav må uansett reduseres fordi Gate Gourmet i denne relasjon ikke kan være berettiget til å anta et høyere anbud enn det PEAB hadde inngitt.

Subsidiært, for det tilfelle at bindende avtale ikke anses inngått, gjøres det gjeldende at Gate Gourmet 16. juni 1997 uberettiget avviste anbudet fra PEAB. Også dette rettsbruddet hevdes å gi grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse. Ved Høyesteretts dom av 30. august 2001 (sak 2000/1135) (HR-2000-1135) ble det fastslått at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er at innbyderen har begått en vesentlig feil og at det er klart sannsynlig at den forbigåtte anbyder ville fått entreprisen dersom feilen ikke var begått.

På bakgrunn av rettspraksis og juridisk teori kan det legges til grunn at rettstilstanden er at anbud med forbehold bare skal avvises dersom forbeholdet innebærer uklarheter av en slik art at det gir vedkommende anbyder en frihet til forhandlinger som kan forrykke konkurranseforholdet med de øvrige anbydere. Hvis det ikke foreligger en slik klarhet, har anbyderen krav på å bli realitetsvurdert. Dersom et ufullstendig anbud er så gunstig i pris og på andre vesentlige punkter at det uansett saklig sett må betraktes som det gunstigste, har konkurrentene ikke krav på avvising. Ved anbudsåpningen 13. mai 1997 lå PEAB prismessig 1,5 millioner kroner bedre an prismessig enn anbudet fra Fjeld, og

Side 1295

PEAB var ukjent med innholdet i dette anbudet siden det i anbudsinnbydelsen var bestemt at anbyderne ikke hadde anledning til å være tilstede under anbudsåpningen. En avklaring av innholdet i PEABs fremdriftsplan ville derfor ikke kunne forrykke konkurranseforholdet.

En eventuell rett til å avvise anbudet var uansett bortfalt før 16. juni 1997. Innbyderen må snarest mulig gi beskjed når et anbud blir avvist, jf. NS-3400 pkt.12.5. En eventuell avvissingsrett er frafalt ved bestillingsbrevet 22. mai 1997. Under enhver omstendighet er retten falt bort senere bort på grunn av passivitet fra Gate Gourmets side. En mulighet til i lengre tid å falle tilbake på avvissingsretten, ville åpne for et urimelig og ukontrollert forhandlingspress fra innbyder.

Den uriktige avvisingen innebar et brudd på grunnleggende anbudsregler, og Gate Gourmets opptreden må betraktes som klanderverdig. Det foreligger derfor en vesentlig feil fra innbyders side. Dersom anbudet ikke urettmessig hadde blitt avvist, må det anses klart sannsynlig at PEAB ville blitt valgt etter anbudsinnbydelsens tildelingskriterier. Det konkurrerende anbud var betydelig dårligere når det gjaldt pris, og heller ikke dette hadde en fremdriftsplan som var fullt i samsvar med anbudsinnbydelsen. Den mistillit som lagmannsretten mener at Gate Gourmet fikk til PEAB, var det ikke saklig grunnlag for, og den ville heller ikke vært relevant i forhold til tildelingskriteriene. Dette innebærer at vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse for uberettiget avvising av anbudet foreligger.

Subsidiært kreves det erstatning for den negative kontraktsinteresse på grunn av den urettmessige avvising av anbudet. PEABs reelle anbudsomkostninger fremgår av det krav som er fremsatt, og det bestrides at den medgåtte tid på 352 timer har vært unødvendig. Det er ikke grunnlag for å redusere erstatningen ut fra medvirkningssynpunkter.

PEAB Norge AS har for Høyesterett nedlagt slik påstand:

«I hovedsøksmålet

1. Gate Gourmet Norge AS tilpliktes å betale erstatning til PEAB AS med NOK 1.230.000 – enmilliontohundreogtrettitusen – med tillegg av lovens morarente fra 17. november 1997 til betaling skjer, innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt.
2. Gate Gourmet Norge AS tilpliktes å betale PEAB AS saksomkostninger for herredsretten, lagmannsretten og Høyesterett innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt med tillegg av lovens morarente fra forfall til betaling skjer.

I motsøksmålet

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Gate Gourmet Norge AS tilpliktes å betale PEAB AS saksomkostninger for Høyesterett innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt med tillegg av lovens morarente fra forfall til betaling skjer.»

Ankemosparten, Gate Gourmet Norge AS, har for Høyesterett sammenfatningsvis anført:

Det bestrides at det er inngått bindende entrepriseavtale mellom Gate Gourmet og PEAB. Etter NS-3400 pkt. 14.1 er avtale først sluttet «når melding om at anbud er antatt, er kommet fram til anbyderen innen vedståelsesfristens utløp.» Det gjøres gjeldende at Gate Gourmets brev av 22. mai 1997 ikke kan anses som en aksept av PEABs anbud. Brevet

Side 1296

er derimot en intensjonserklæring som viser at selskapet har til hensikt å inngå en entrepriseavtale og dessuten en bestilling når det gjelder å sette i verk «nødvendige forberedelser til start av arbeidene.» Dette er den naturlige forståelse av brevets ordlyd, og det var også dette som var meningen med brevet. Forhandlingsforbudet i anbudsretten gir ikke grunnlag for å forstå brevet som en aksept av anbudet.

Subsidiært gjøres det gjeldende at en eventuell aksept i brevet av 22. mai 1997 ikke dekket PEABs anbud. Det er i den forbindelse betegnende at det er uklart hva PEAB mener er akseptert med hensyn til pris og fremdrift, som er de vesentlige punkter i avtalen.

Det bestrides at partenes opptreden etter 22. mai 1997 kan medføre at entrepriseavtale må anses inngått. Det erkjennes at de forhold som her er påberopt fra den ankende part, kan være forenlig med at en slik avtale var inngått, men de kan også være forenlig med at det er inngått en intensjonsavtale og bestilling av forberedende arbeider.

Når det ikke kan anses for å være inngått avtale mellom partene, foreligger heller ikke vilkårene for erstatning på kontraktsrettslig grunnlag. Men dersom retten finner at det er inngått en bindende entrepriseavtale, må det legges til grunn at avtalen bygger på fremdriftsplanen i anbudsinnbydelsen og på prisen i anbud av 13. mai 1997. Denne kontrakten ble i så fall misligholdt av PEAB ved de krav om tilleggsbetalinger som ble fremsatt i brevene av henholdsvis 22. mai 1997 og 13. juni 1997. Disse kravene innebar et vesentlig mislighold som ga grunnlag for hevning av avtalen. Avvisningen må derfor anses som en rettmessig hevningserklæring basert på NS-3430 pkt. 34.1.1 Foreligger det en slik hevningsrett, vil Gate Gourmet også ha krav på å få dekket «nødvendige merkostnader», jf. NS-3430 pkt. 34.1.2 bokstav c. Merutgiftene utgjør forskjellen mellom det som Gate Gourmet måtte betale til Fjeld og det PEAB pliktet å utføre arbeidene for, og dette beløp – som utgjør kr 1,1 millioner – kreves det dom for i motsøksmålet.

Det erstatningskrav PEAB har fremsatt under forutsetning av at avtale ikke anses inngått, reguleres av anbudsrettslige regler. Ankemosparten er enig i at de generelle rettslige synspunkter som er kommet til uttrykk i Høyesteretts dom av 30. august 2001 (HR-2000-1135), også må få anvendelse i dette tilfellet selv om denne saken ikke gjelder offentlige anskaffelser. Men det anføres at Gate Gourmet hadde rett og plikt til å avvise PEABs anbud fordi dette ikke inneholdt alle de opplysninger som var nødvendige for byggherrens bedømmelse av anbudet, jf. NS-3400 pkt. 12.4. Det bestrides at PEAB hadde tatt gyldig forbehold om fremdriften. Det var ikke redegjort for hva forbeholdet innebar, og dette var heller ikke vedlagt anbudet. Det bestrides at Gate Gourmet før 16. juni 1997 hadde mistet retten til å avvise PEABs anbud.

En eventuell urettmessig avvisning av anbudet innebar uansett ikke noen vesentlig feil fra Gate Gourmets side, fordi avvisningen skyldes at PEABs anbud var uklart.

Det bestrides videre at det forelå klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget skulle gått til PEAB, jf. Høyesteretts dom av 30. august 2001. Det er ved valg av anbyder adgang til å legge vekt på at innbyder har mistet tilliten til en anbyder dersom det er saklig grunnlag for mistilliten. I dette tilfellet var det saklig grunnlag for den manglende tillit, idet Gate Gourmet med rette var engstelig for at PEAB ville fremsette ytterligere

Side 1297

tilleggskrav. Men selv om man skulle legge til grunn at det ikke var adgang eller grunnlag for å vektlegge den manglende tillit, foreligger det ikke tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt for at PEABs anbud ville blitt valgt ved en saklig vurdering i forhold til anbudskriteriene. Det må i denne vurderingen legges til grunn at Gate Gourmet ikke ville ha adgang til å legge vekt på PEABs brev av 22. mai 1997. Og dersom man sammenligner alternativene i PEABs brev av 13. juni 1997 med Fjelds korrigerede anbud av 17. juni 1997, er det ikke mulig å si hvilket alternativ Gate Gourmet ville ansett som mest fordelaktig.

Dersom det på kontraktsrettslig eller anbuksrettslig grunnlag tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteresse, må denne utmåles ut fra en konkret vurdering av hvilken fortjeneste PEAB ville hatt på kontrakten. Selv om det i flere saker er tilkjent en erstatning på 10 prosent av anbudssummen, vil dette ikke kunne tilkjennes her. Det kan i denne forbindelse trekkes sammenligning med de omkostninger Fjeld ville hatt ved gjennomføringen av prosjektet dersom dette hadde blitt gjennomført med vanlig god drift. Det er vanskelig å forstå at PEAB kunne gjennomført arbeidene med vesentlig lavere omkostninger enn Fjeld, og beregninger som Gate Gourmet har fremlagt viser at arbeidene neppe ville gitt fortjeneste for PEAB. Erstatningen må under enhver omstendighet nedsettes på grunnlag av skadelidtes medvirkning.

Dersom det på anbuksrettslig grunnlag tilkjennes erstatning for negativ kontraktsinteresse, vil denne være begrenset til de kostnader som var nødvendige for å foreta en forsvarlig anbuksregning. Det krav som er fremsatt, er altfor høyt. En ukes arbeid for en mann ville vært passende tidsforbruk. Også under denne forutsetning må en eventuell erstatning nedsettes på grunn av skadelidtes medvirkning.

Gate Gourmet Norge AS har nedlagt slik påstand:

«I hovedsøksmålet:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. PEAB AS og Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg dømmes til å betale Gate Gourmet Norge AS saksomkostninger for Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling finner sted.

I motsøksmålet:

Prinsipalt

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.

Subsidiært

1. PEAB AS dømmes til å betale Gate Gourmet Norge AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling finner sted.
2. PEAB AS dømmes til å betale Gate Gourmet Norge AS saksomkostninger for herredsrett, lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling finner sted.»

Jeg er kommet til at det mellom Gate Gourmet og PEAB ble inngått en bindende entreprisavtale som uberettiget ble hevet av Gate Gourmet, og at PEAB derfor har krav på å få erstattet den positive kontraktsinteresse. Men jeg finner at erstatningen må settes til et atskillig lavere beløp enn det som er krevd.

Side 1298

Etter NS-3400 pkt. 14.1 – som her får anvendelse – er avtale sluttet «når melding om at anbud er antatt, er kommet fram til anbyderen innen vedtakelsesfristens utløp.» Det avgjørende er altså – i samsvar med det vanlige avtalerettslige prinsipp – om anbyderen har fått melding om at anbudet er akseptert. Det gjelder ingen formkrav for aksepten. Den kan – som ved andre avtaler – også skje ved konkludent atferd. For spørsmålet om

kontrakt skal anses sluttet, er det avgjørende om innbyderen har opptrådt på en slik måte at det har gitt anbyder rimelig grunn til å tro at han har fått oppdraget.

Partene har under prosedyren i atskillig grad gått inn på spørsmålet om hvilken betydning de anbuetsrettslige regler har for spørsmålet om det er inngått en avtale. Utgangspunktet er klart. En avtale er kontraktsrettslig gyldig mellom partene selv som den innebærer at det foreligger brudd på anbuetsrettslige regler som har til formål å sikre like konkurransemuligheter. En annen sak er at de anbuetsrettslige regler – blant annet i Norsk Standard 3400 – kan ha betydning ved tolkningen av de disposisjoner som innbyder og anbyder foretar. Det vil ofte foreligge en presumpsjon for at partene ikke opptrer i strid med de anbuetsrettslige regler, jf. dommen i Rt-1994-1222. Men det vil bero på en konkret vurdering hvilken vekt dette momentet har i det enkelte tilfelle. I denne saken får dette tolkningsprinsipp, slik jeg ser det, begrenset selvstendig betydning.

Jeg vil ellers innledningsvis bemerke at PEABs anbud av 13. mai 1997 i utgangspunktet skulle vært avvist i medhold av bestemmelsen i NS-3400 pkt. 12.4 fordi det ikke inneholdt nærmere opplysninger om PEABs fremdriftsplan, som – i dette tilfellet – er et av de punkter som hadde størst betydning ved bedømmelsen av anbudet. I anbuetsinnbydelsen var kravene til fremdrift nøyaktig angitt, mens PEAB i vedlegget til anbudet ba om «å få gjennomgå vår fremdriftsplan med dere» før en eventuell kontraktsskriving. Etter mitt syn er ikke et slikt forbehold i overensstemmelse med de anbuetsrettslige regler. PEAB legger nemlig her opp til at partene skal drøfte helt sentrale punkter i anbudet etter anbuetsåpningen. Dette ville kunne åpne for presiseringer i anbudet som fører til at utvelgelsen skjer på grunnlag av individuelle forhandlinger og ikke på grunnlag av de inngitte anbud, jf. NS-3400 pkt 13.3. PEAB har gjort gjeldende at konkurrenten i dette tilfellet ikke hadde krav på at anbudet ble avvist, fordi det, uansett hva det måtte inneholde om fremdriftsplanen, måtte anses som et bedre anbud enn det som var inngitt av konkurrenten. Så generelt som dette viktige forbeholdet er utformet, har jeg vondt for å se at et slikt synspunkt kan anvendes her, men det er ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på dette spørsmålet.

Selv om Gate Gourmet antagelig skulle ha avvist PEABs anbud, imøtekom selskapet PEABs ønske om å få legge frem forslag til egen fremdriftsplan i et møte og dette møtet fant, som tidligere nevnt, sted 21. mai 1997. Etter PEABs fremdriftsplan av 13. mai 1997 skulle «riggplass og vegger i kjellerakse 7-11» være ferdig i slutten av september 1997, mens dette i anbuetsinnbydelsen var angitt til 1. september 1997. Arbeidene skulle etter PEABs fremdriftsplan være ferdigstillet i slutten av oktober 1997, mens de ifølge anbuetsinnbydelsen skulle være ferdigstillet 22. september 1997. Det er under bevisopptakene gitt noe divergerende forklaringer på hva som skjedde i dette møtet. Det synes imidlertid

Side 1299

å være enighet om at en representant for PEAB hadde med seg fremdriftsplanen og at denne under møtet lå fremme, men at den ikke ble delt ut til møtedeltakerne. Det er uklart hvordan og hvor detaljert planen ble gjennomgått. Jeg antar at bakgrunnen for at fremdriftsplanen ikke ble delt ut på møtet, var at PEAB forutsatte at det kunne bli nødvendig å fremlegge en ny plan på bakgrunn av det som kom frem på møtet.

Jeg mener at det må kunne legges til grunn at det på møtet ble avklart at det var nødvendig at «riggplass og vegger i kjellerakse 7-11» var ferdigstilt innen 1. september, og at dette nødvendiggjorde en revurdering av PEABs fremdriftsplan. Grunnen til at det var særlig viktig å overholde denne tidsramme, var at disse arbeidene måtte være ferdige før en annen entreprenør kunne påbegynne sitt arbeid. Møtereferatet er riktignok tvetydig på dette punkt, idet det i første avsnitt tilsynelatende gis uttrykk for at det ikke er motstrid mellom fremdriftsplanen og anbuetsinnbydelsen på dette punkt. Når møtereferatet leses i sammenheng, finner jeg det imidlertid klart at det innledende utsagn på dette punkt må skyldes en feilskrift eller en misforståelse. Det sentrale budskap i møtereferatet under punktet om fremdrift er nemlig at PEAB skal bearbeide sin fremdriftsplan og at denne må bygge på de forutsetninger som er lagt til grunn i anbuetsinnbydelsen vedrørende «riggplass og vegger i kjellerakse 7-11». – Det var også uoverensstemmelse mellom anbuetsinnbydelsen og PEABs fremdriftsplan når det gjaldt ferdigstillelse av hele entreprisen, men mitt samlede inntrykk er at denne fristen var mindre viktig for Gate Gourmet enn fristen knyttet til akse 7-11.

Jeg understreker – og dette er for meg et sentralt punkt – at det fremgår av møtereferatets punkt om kontrakt at partene var «forent om at byggherren umiddelbart vurderer tilbakemeldingene fra PEAB og deretter eventuelt oversender brev med formål om å opprette kontrakt om arbeidene/bestillingsbrev».

I stedet for å vente på den avtalte tilbakemelding fra PEAB sendte Gate Gourmet sitt brev av 22. mai 1997 til PEAB. Den uklarhet som senere er oppstått, skyldes i stor grad tidspunktet for og utformingen av dette brevet. Det er på ingen måte klart hvorledes brevet skal forstås. For anbyderen var det – på bakgrunn av drøftelsene på

møtet – etter mitt syn nærliggende å anse brevet som en bekreftelse på at innbyderen ville inngå kontrakt med ham. Brevet kan imidlertid neppe forstås som en aksept av enhver klargjøring som måtte fremkomme i tilbakemeldingen fra PEAB. Gate Gourmet måtte kunne gjøre gjeldende at en klargjøring fra PEAB innebar en bristende forutsetning for aksepten.

Det er etter mitt syn ikke naturlig å anse brevet – slik det er anført fra Gate Gourmets side – for primært å være en bestilling på forberedende arbeider. Siden det måtte forutsettes at PEAB temmelig omgående ville komme med den bebudede tilbakemeldingen og Gate Gourmet umiddelbart skulle vurdere denne, kan det – slik jeg ser det – neppe ha vært behov for å etablere et midlertidig arrangement. Brevet inneholder for øvrig heller ikke opplysninger om hvordan de forberedende arbeider skulle honoreres dersom entrepriseavtale ikke ble inngått.

PEAB kom med den avtalte tilbakemelding allerede dagen etter møtet. Dette brevet krysset, som tidligere nevnt, Gate Gourmets brev av samme dag. I dette brevet fremsatte PEAB et krav på kr 545.000 i tillegg

Side 1300

dersom «fundament og veggkonstruksjon mellom akse 7-11» skulle være klare til råbyggmontasje den 1. september 1997. Spørsmålet om en bearbeidet fremdriftsplan ville medføre et pristillegg, var etter det opplyste ikke berørt på møtet dagen før. Det ble imidlertid fra PEABs side uttalt at dersom fremdriftsplanen skulle endres, ville dette nødvendiggjøre at det ble arbeidet i fellesferien. Og det kunne etter omstendighetene være nærliggende å forstå dette som et varsel om at det i tilfelle ville komme et krav om pristillegg. Dette er det imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på. Tillegget i forhold til anbudssummen kom ifølge Gate Gourmet som en overraskelse på deres forhandlere. Disse har også under bevisopptakene gitt uttrykk for at de ble irritert over kravet. Dette ga de imidlertid verken skriftlig eller muntlig uttrykk for overfor PEAB.

Jeg er blitt stående ved at Gate Gourmet ved å forholde seg passiv overfor PEABs brev 22. mai 1997 har opptrådt på en slik måte at PEAB hadde rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget. Det er særlig to forhold som i kombinasjon har ført meg til denne konklusjonen. For det første understrekingen i møtereferatet av at Gate Gourmet skulle reagere umiddelbart på tilbakemeldingen fra PEAB, og dernest Gate Gourmets eget brev tidligere samme dag om at selskapet hadde til hensikt å inngå anbudsavtale med PEAB. Dersom Gate Gourmet mente at pristillegget i PEABs brev innebar en bristende forutsetning i forhold til den aksept som det ble gitt uttrykk for i dette brevet, hadde selskapet en klar foranledning til omgående å gjøre dette gjeldende.

Spørsmålet blir så hvilket innhold den inngåtte avtale har. Den forståelse som Gate Gourmet gjør gjeldende i motsøksmålet, nemlig at avtalen bygger på anbudsinnbydelsens fremdriftsplan og på prisen i PEABs anbud 13. mai 1997, er det etter mitt syn intet grunnlag for. Et tilbud med et slikt innhold er aldri fremsatt fra PEABs side. Jeg er kommet til at de beste grunner taler for at det må anses for å være inngått en avtale hvor Gate Gourmet hadde en opsjon slik at selskapet når det gjelder fremdriftsplan og pris kunne velge mellom PEABs anbud av 13. mai 1997, supplert med den fremdriftsplan som PEAB da hadde utarbeidet, og det tilbudet som ble fremsatt i PEABs brev av 22. mai 1997.

Selv om dette bildet ikke er helt entydig, styrker likevel etter mitt syn det samlede inntrykk av partenes etterfølgende opptreden at det var inngått en bindende entrepriseavtale. De brev som PEAB har skrevet til Gate Gourmet, tyder på at selskapet har ansett avtale for å være inngått, men at det gjensto å avklare hvilken fremdriftsplan som skulle benyttes. Det synes også som om PEAB utførte de forberedende arbeider i den tro at det var PEAB som også skulle utføre selve arbeidene. Men jeg kan heller ikke se at Gate Gourmets opptreden gir klare holdepunkter for at selskapet ikke i prinsippet har ansett det for å være inngått en entrepriseavtale. Det er i den forbindelse betegnende at det i den pressemelding som Gate Gourmet sendte ut 9. juni 1997 ble opplyst at «grunn- og betongarbeidene» skulle utføres av PEAB.

Den entrepriseavtalen som jeg mener ble inngått mellom Gate Gourmet og PEAB, ble misligholdt ved Gate Gourmets brev av 16. juni 1997. Dette brevet må ha virkning som en uberettiget heving av avtalen. Jeg tilføyer at Gate Gourmet, under forutsetning av at den inngåtte

Side 1301

entrepriseavtale anses for å ha det innhold jeg er kommet til, ikke har gjort gjeldende at avtalen før 16. juni 1997 var vesentlig misligholdt fra PEABs side.

Det mislighold som her foreligger, innebærer at PEAB har krav på å få erstattet sitt tap ved at selskapet ikke fikk utføre arbeidene, selskapets positive kontraktsinteresse. Erstatningskravet er på kr 1.230.000. Kravet utgjør

10 prosent av opprinnelig anbudssum. PEAB har anført at dette er et realistisk krav og har i den forbindelse vist til at selskapet i sin anbudskalkyle hadde beregnet et påslag på 13,8 prosent. Det er videre vist til flere rettsavgjørelser hvor erstatningen for positiv kontraktsinteresse skjønsmessig er fastsatt til ca 10 prosent av anbudssummen.

Jeg bemerker at bruken av gjennomsnittsbetraktninger i rettspraksis har sammenheng med at det ikke har vært stilt særlig strenge krav til bevis for det tap anbyderen har lidt. Er det først på det rene at det er grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, vil domstolen i stor utstrekning måtte basere erstatningsutmålingen på rent skjønsmessige betraktninger. Dette forhindrer imidlertid ikke at domstolene må vurdere de innvendinger som i den enkelte sak blir gjort gjeldende mot å anvende gjennomsnittsbetraktninger ved erstatningsutmålingen.

Gate Gourmet har vist til at PEAB i 1997 hadde et årsresultat med et betydelig underskudd. Under bevisopptakene er det fra PEABs side uttalt at dette først og fremst skyldtes dårlige resultater i andre deler av selskapets virksomhet. Jeg finner ikke at selskapets dårlige driftsresultat for 1997 i seg selv gir tilstrekkelige holdepunkter for å anta at PEAB ikke ville hatt en vanlig fortjeneste på dette oppdraget.

Under henvisning til det som menes å kunne utledes av foreliggende opplysninger om Fjelds gjennomføring av oppdraget, har Gate Gourmet gjort gjeldende at PEAB ikke ville hatt noen fortjeneste på entreprisen. Under bevisopptaket for Høyesterett uttalte en representant for Fjeld at entreprisen ble et tapsprosjekt på grunn av dårlig drift, men at selskapet ved normal drift ville ha oppnådd en fortjeneste på ca syv prosent. Ved å ta utgangspunkt i Fjelds anbudspriser og en fortjeneste på syv prosent, har Gate Gourmet gjort et anslag over de faktiske kostnader utførelsen av entrepriseoppdraget har medført. Det fremgår av disse beregninger at mens PEABs budsjetterte utgifter var kr 11.070.000, var Fjelds faktiske utgifter under forutsetning av normal drift kr 12.809.000. Legges disse forutsetninger til grunn måtte derfor PEAB for å ende opp med den budsjetterte fortjeneste på kr 1.230.000, ha utført entrepriseoppdraget med utgifter som var kr 1.739.000 lavere. Gate Gourmet har anført at det er vanskelig å se at PEAB kunne utføre oppdraget med vesentlig lavere kostnader enn det Fjeld ville ha hatt ved normal drift. Det er i den forbindelse særlig fremhevet at PEAB neppe ville oppnådd vesentlig bedre leveringsavtaler enn det Fjeld hadde.

Jeg finner det klart at man ved erstatningsutmålingen ikke uten videre kan bygge på en slik sammenlikning som Gate Gourmet her har foretatt. Dertil foreligger det for mange usikre faktorer. Men jeg finner det samtidig klart at de beregninger som Gate Gourmet her har fremlagt, viser at det kan reises sterk tvil om hvorvidt og i tilfelle hvor stor fortjeneste som PEAB ville ha hatt på prosjektet. Det som her er gjort gjeldende,

Side 1302

må derfor etter mitt syn tillegges atskillig vekt ved den skjønsmessige erstatningsutmåling som her skal foretas.

Jeg kan derimot ikke se at det er grunnlag for å nedsette erstatningen på grunnlag av synspunkter om skadelidtes medvirkning. Den uklarhet som PEAB skapte ved utformingen av anbudet, finner jeg ikke å ville tillegge vekt ved bedømmelsen av det mislighold som Gate Gourmet har forårsaket ved urettmessig å heve kontrakten.

Jeg er på denne bakgrunn kommet til at erstatningen for den positive kontraktsinteresse skjønsmessig bør settes til kr 500.000. Dette beløpet kommer i tillegg til det som PEAB er rettskraftig tilkjent ved lagmannsrettens dom. Det er ikke fremsatt innvendinger mot rentekravet.

PEAB har i hovedsøksmålet fått medhold i kravet om å få tilkjent den positive kontraktsinteresse, men ikke fullt ut i de anførsler som gjelder utmålingen av denne. Saksomkostningsspørsmålet må derfor løses etter bestemmelsen i tvistemålsloven § 174, for lagmannsrett og Høyesterett sammenholdt med § 180 annet ledd. Utgangspunktet er da at hver av partene skal dekke sine omkostninger. Siden spørsmålet om det forelå ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteresse må anses som hovedspørsmålet i saken, kan det reises spørsmål om unntaksregelen i § 174 annet ledd bør anvendes. Hensett til at også PEAB gjennom forbeholdet i sitt anbud har bidratt til de uklarheter som her har oppstått, er jeg imidlertid blitt stående ved at det ikke bør gjøres unntak fra hovedregelen i første ledd. Dette innebærer at saksomkostninger etter mitt syn ikke bør tilkjennes for noen instans. Så sammenvevet som hovedsøksmålet og motsøksmålet er i denne saken, er jeg kommet til at det foreligger særlige grunner som tilsier at det heller ikke bør tilkjennes saksomkostninger i motsøksmålet, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd.

Jeg stemmer for denne dom:

I hovedsøksmålet:

1. Gate Gourmet Norge AS dømmes til å betale til PEAB AS ytterligere 500.000 – femhundretusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3, for tiden 12 – tolv – prosent årlig rente fra 17. november 1997 til betaling skjer, innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

I motsøksmålet:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Dommer **Bruzelius**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

Dommer **Flock**: Likeså.

Dommer **Lund**: Likeså.

Dommer **Aasland**: Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

I hovedsøksmålet:

1. Gate Gourmet Norge AS dømmes til å betale til PEAB AS ytterligere 500.000 – femhundretusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3, for tiden 12 – tolv – prosent årlig rente fra 17. november 1997 til betaling skjer, innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

I motsøksmålet:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.