



NORGES HØYESTERETT

Den 18. desember 2014 avsa Høyesterett dom i

HR-2014-02467-A, (sak nr. 2014/712), sivil sak, anke over dom,

Mesta Entreprenør AS

(advokat Christian F. Galtung)

mot

Staten v/Samferdselsdepartementet

(advokat Pål Martin Abell – til prøve)

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

- (1) Dommer **Ringnes**: Spørsmålene i saken er om lagmannsretten i en sak om oppgjør etter en entreprisekontrakt har gått utenfor partenes påstandsgrunnlag eller har bygget på faktiske opplysninger som partene ikke har hatt tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd annet punktum og § 11-1 tredje ledd.
- (2) Entreprisetvisten gjelder i korthet følgende forhold:
- (3) Statens vegvesen Region Øst – *staten* – og Mesta AS, senere Mesta Entreprenør AS – *Mesta* – inngikk 27. november 2007 kontrakt om bygging av ny firefelts motorvei på E6 nord for Gardermoen; en strekning på om lag 10 kilometer fra Hovinmoen til Dal. Kontrakten var en utførelsesentreprise, basert på NS 3430 – "Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider", hvorefter staten hadde ansvaret for prosjektering og valg av løsninger. Ferdigstillelse var avtalt til 1. november 2009.
- (4) For å beskytte grunnvannsmagasinet under Gardermoenplatået skulle overvann sikres og føres til rensedammer, ved legging av tetningslag i side- og midtgrøfter langs hele veiparsellen. Kontrakten beskrev to alternative prosesser for tetningslag. Det ene alternativet – legging av membran – ble avbestilt av staten. Kontrakten gikk etter det ut på

det andre alternativet, som var å bruke tettemasser. Dette er masser med lav gjennomtrengelighet – permeabilitet – for væske, for å hindre at forurensende væsker fra veien renner ned i grunnvannet.

- (5) Tvisten mellom partene knytter seg til tettemassene og leggingen av dem. Kontrakten la opp til at tettemassene skulle hentes fra byggegrunnen som eies av staten - i kontrakten omtalt som "linja". Men fordi dette medførte behov for store og uhensiktsmessige masseforflytninger, diskuterte partene bruk av masser fra eksterne grustak. Lagmannsretten har lagt til grunn at staten ga anvisning på at masser kunne hentes fra Feiring bruks anlegg på Grefsrud. Det var konstatert ved sikteprøver at disse massene hadde en tilfredsstillende kvalitet etter kontraktens krav til tetthet, som innebar et definert innhold av små partikler med bestemt diameter. Under diskusjonene om bruk av eksterne masser fremsatte Mestas underentreprenør forslag om at det som et alternativ kunne hentes tettemasse fra Kolo Veidekkes anlegg på Hovinmoen. Det ble tatt en sikteprøve av denne massen, og staten aksepterte for lagmannsretten at sikteprøven fra Hovinmoen også tilfredsstilte avtalte kvalitetskrav.
- (6) Diskusjonene ledet frem til en tilleggsavtale, hvor det ble avtalt "at det tilføres masse eksternt med avtalt kvalitet". Avtalen fikk senere følgende tillegg: "Masser tas fra Grefsrud med ev supplement fra Hovinmoen og fra anlegg."
- (7) Arbeidene med utlegging av tettemasser foregikk fra høsten 2008. Mesta benyttet først masser hentet fra Grefsrud, men fra desember 2008 ble det bare benyttet masser fra Hovinmoen.
- (8) Mesta overleverte parsellen på avtalt overtakelsestidspunkt, 1. november 2009. Kort tid etter overlevering ble det oppdaget betydelige problemer med utvasking, erosjonsskader og oppsprekking av tettemassene i grøftene langs store deler av parsellen. I et referat fra byggemøte/oppfølgingsmøte 4. desember 2009, fremkom det blant annet:
- "Ved befaring er det registrert avvik både i midtdeler og sidegrøfter. Mesta sier at nødvendig utbedring blir utført. Byggherre er bekymret for kvalitet på utførelse. Byggherre forbeholder seg retten til avkorting av vederlag, inntil garantibefaringer dokumenterer at påpekte forhold ved delbefaring, delfrist B, er i henhold til kontrakt. BH ber om avviksmelding. Det etterlyses siktekurver på benyttet 'tettemasse' levert fra Hovinmoen. Siktekurvene skal være relatert til hvor de er benyttet på parsellen. Prøvetaking skal være utført på parsellen, da sjåfør på lastebil informerer om at tettemassen er iblandet sand/ grus for lettere håndtering ved utlegging. ..."**
- (9) Senere i referatet het det:
- "K-melding V-65 (12.08.09). Topplag i midtdeler og sidegrøfter skal utføres ihht. kontrakt. BH har registrert stein [større enn] Ø500mm..."**
- (10) I et brev fra staten 28. januar 2010 er det påpekt at én prøve fra en midtdeler "langt fra" tilfredsstilte kravene til tettemasser. Det ble også uttalt at "[v]i har ved flere anledninger påpekt manglende kvalitet på utførelsen, senest i befaringsrapport vedlagt overtagelsesprotokollen". Videre het det:

"Prøvetaking som nå skal gjennomføres, delvis rekvirert av BH, vil gi oss nødvendig registreringer og vise et bilde av arbeidets kvalitet og benyttede masser. Partene er enig om at prøvetakingen skal utføres i fellesskap."

- (11) Det ble deretter tatt 20 sikteprøver av de utlagte tettemassene i sidegrøfter og midtgrøfter. Prøvene viste at massene hadde en korngradering som lå langt unna kravene i kontrakten. Basert på disse resultatene erkjente Mesta i mai 2010 reklamasjonsansvar og aksepterte å skifte ut massene.
- (12) Mesta igangsatte utskiftningsarbeidet, men erfarte gjennom sommeren 2010 at de samme problemene med utvasking, erosjonsskader og sprekker i tetningslaget oppsto med de utskiftede massene. Mesta engasjerte da SINTEF til å vurdere om det kunne være prosjekteringen – løsningen for tetting – og ikke tettemassene, som var årsaken til problemene. En av SINTEFs konklusjoner var:

"Det konkluderes med at det er flere faktorer som samlet gir for dårlig samvirke for at bruk av tettemasse alene vil gi en god løsning."

- (13) Mesta stanset reklamasjonsarbeidene, og staten inngikk avtale med Huser Entreprenør AS om utførelse av utbedringsarbeider for tettingen.
- (14) Staten og Mesta kom ikke til enighet om betaling av vederlaget for Mestas arbeid, og Mesta tok 30. april 2012 ut stevning mot staten for Asker og Bærum tingrett. Kravet gjaldt blant annet betaling av den del av vederlaget som staten hadde tilbakeholdt, og det vederlaget som Mesta hadde betalt til sin underentreprenør for allerede utførte utbedringsarbeider.
- (15) Asker og Bærum tingrett avsa 1. februar 2013 dom med slik domsslutning:

- "1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mesta Entreprenør AS kr 24 115 609 eksklusiv merverdiavgift. I tillegg kommer kontraktens forsinkelsesrente**
- av kr 7 000 000 fra 27.4.2010 til 15.12.2012
 - av kr 13 000 000 fra 27.4.2010 til betaling skjer
 - av kr 8 030 540 fra 18.4.2012 til betaling skjer
 - av kr 3 085 069 fra 1.1.2011 til betaling skjer.
- 2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mesta Entreprenør AS lovpålagt merverdiavgift av det beløp Mesta Entreprenør AS tilkjennes etter domsslutningens punkt 1.**
- 3. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mesta Entreprenør AS sakskostnader med kr 376 960 innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.**
- 4. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mesta Entreprenør AS omkostningene til de fagkyndige meddommerne. Omkostningenes størrelse blir å fastsette i særskilt beslutning. Omkostningene skal betales innen to uker etter at rettens fastsettelse er meddelt."**

- (16) Staten anket til Borgarting lagmannsrett, som 18. februar 2014 avsa dom med slik domsslutning:

- "1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes mot å betale tilbakeholdt beløp 2 327 342 – tomillionertrehundreogtjuesjutusentrehundreogførtito – kroner med tillegg av kontraktens forsinkelsesrente fra 27. april 2010 til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er to uker.**

2. Hver av partene bærer sine sakskostnader for tingretten og lagmannsretten."

- (17) Mesta har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett på grunn av saksbehandlingsfeil.
- (18) I forbindelse med behandlingen for Høyesterett, tilskrev Høyesteretts ankeutvalg lagmannsretten, og ba om en uttalelse om hva som var gjenstand for behandling under ankeforhandlingen. Borgarting lagmannsrett har i brev 16. september 2014, undertegnet av samtlige dommere i saken, besvart ankeutvalgets brev. Fra brevet gjengis:
- "1. Dommen er fra 18. februar 2014 og ankeforhandlingen fant sted i perioden 28. januar til 30. januar 2014. Tiden som har gått, gjør at det er vanskelig med noen grad av sikkerhet å huske hva som rettslig og faktisk var framme under ankeforhandlingen, ut over det som framgår av de tidsnære dokumentene (prosessfullmektigenes sluttinnlegg og disposisjoner samt rettsboka og dommen).
2. Lagmannsretten tok ikke under ankeforhandlingen opp med prosessfullmektigene at saken ville bli avgjort på andre påstandsgrunnlag enn de som var anført. Det samme gjelder faktiske grunnlag for avgjørelsen. Når dette ikke ble gjort, hadde det sammenheng med at lagmannsretten ikke mente at det ville være aktuelt å avgjøre saken på andre påstandsgrunnlag eller andre faktiske grunnlag. Ved domsavsigelsen var rettens medlemmer (fortsatt) av den oppfatning at avgjørelsen bygget på de grunnlag som partene hadde anført under ankeforhandlingen. Det ble derfor heller aldri vurdert å gjenoppta forhandlingene etter tvisteloven § 9-17 andre ledd, jf. § 29-18 første ledd.
3. Hensett til tiden som har gått siden ankeforhandlingen og domsavsigelsen, er det vanskelig å kommentere de påståtte feil som advokat Christian F. Galtung mener lagmannsretten begikk, jf. også punkt 1 ovenfor. Vi vil imidlertid i tilknytning til det som anføres i advokatens anke til Høyesterett punkt 4.1, bemerke at Huser Entreprenør AS' arbeid var framme under vitneforklaringene. Hvorvidt det var ett eller flere vitner som forklarte seg om dette, kan vi ikke nå erindre. Hvorvidt rettens medlemmer (lagmannsretten) oppfattet vitneforklaringen(e) riktig, kan vi vanskelig ha noen formening om."
- (19) Prosessfullmektigenes disposisjoner til innledningsforedrag og prosedyre for lagmannsretten er fremlagt for Høyesterett. Det er også utarbeidet erklæringer fra statens byggeleder Ole Morten Jahren, Mestas prosjektleder Stein Wegar Rennemo, og sivilingeniør Einar Rønnes, som var prosjektleder i Norconsult som utarbeidet konkurransegrunnlaget og arbeidsunderlaget for entreprisen.
- (20) Den ankende part – *Mesta Entreprenør AS* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (21) Kontradiksjon er et grunnleggende krav til rettferdig rettergang, og det skal etter Høyesteretts praksis lite til for at tilsidesettelse av kravet til kontradiksjon fører til opphevelse.
- (22) Lagmannsretten har bygget avgjørelsen på forhold som Mesta ikke har hatt foranledning til å uttale seg om, og har tilsidesatt kravene til kontradiksjon etter tvisteloven §§ 11-1 tredje ledd og 11-2 første ledd.
- (23) Det er gjort fem saksbehandlingsfeil. De to første knytter seg til at retten har lagt vekt på utbedringsarbeider som ble utført av Huser Entreprenør AS, etter at Mesta stanset

arbeidet. For det første har lagmannsretten lagt vesentlig vekt på at utbedringsarbeidene var basert på samme prosjekterte løsning som den som var avtalt med Mesta. For det andre har lagmannsretten bygget på at Husers utbedringsarbeid i 2013 var vellykket.

- (24) Ingen av disse forholdene var omhandlet i partenes prosesskriv for lagmannsretten, eller i partenes disposisjoner til innledningsforedrag og prosedyre, og Mesta hadde ingen foranledning til å uttale seg om dem. Dersom det hadde vært kontradiksjon, kunne Mesta ha påvist at Huser Entreprenør benyttet en forbedret løsning, hvor det ble lagt fiberduk under all tettemasse, mens den løsningen som staten anviste for Mesta, var å legge fiberduk bare mot steinfyllingen, og ikke mot stedlige masser. Dette er en vesentlig forskjell i teknisk løsning. Det er også helt usikkert om Huser Entreprenørs arbeider var vellykkede.
- (25) Lagmannsretten la avgjørende vekt på Huser Entreprenørs utbedringsarbeider da den konkluderte med at årsaken til manglene ikke var prosjekteringsfeil. Saksbehandlingsfeilene er derfor utslagsgivende for at lagmannsretten forkastet Mestas subsidiære påstandsgrunnlag og må medføre opphevelse av dommen.
- (26) De tre neste saksbehandlingsfeilene knytter seg til den betydning som lagmannsretten tillegger kvaliteten på tettemassene ved utlegging. Lagmannsretten har lagt avgjørende vekt på at tettemassene forverret seg mellom prøvetakingen i haugene og utlegging. Retten bygger på at Mesta burde varslet staten om de angivelige feilene ved massene, og videre at funksjonssvikten skyldes forhold som Mesta hadde risikoen for – endret konsistens i haugene, eller transport, nedbør, temperatur eller utlegging.
- (27) Én av meddommerne var inne på enkelte av disse forholdene i et spørsmål under ankeforhandlingen. Men ingen av forholdene er omhandlet i partenes prosesskriv for lagmannsretten, eller i partenes disposisjoner til innledningsforedrag og prosedyre, og Mesta hadde ingen foranledning til å uttale seg om dem. Et sentralt moment i denne forbindelse er at staten aldri har fremmet konkrete anførsler om utførelsesfeil, slik at Mesta har hatt noe å "ta tak i" ved opplegget av bevisførselen. Også disse feilene må lede til opphevelse.
- (28) Lagmannsretten har også brutt begrunnelsesplikten i tvisteloven § 19-6 femte ledd. En sentral anførsel fra Mesta var at forverringen i massenes kornsammensetning oppsto ved at finstoffet ble vasket bort etter utleggingen av tettemassene. Dette er en alternativ årsaksforklaring til at massene hadde dårligere kvalitet enn det som fremgikk av prøvene, og er i tilfelle ikke Mestas ansvar.
- (29) Det er ikke mulig å se om lagmannsretten har vurdert denne anførselen, og også dette er en saksbehandlingsfeil som har hatt betydning for domsresultatet.
- (30) Mesta Entreprenør AS har nedlagt slik påstand:
1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Mesta Entreprenør AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."
- (31) Ankemotparten – *staten ved Samferdselsdepartementet* – har i hovedsak anført:
- (32) Det foreligger ikke brudd på kontradiksjonsprinsippet eller begrunnelsesplikten. Hva gjelder Huser Entreprenørs utbedringsarbeider, har lagmannsretten foretatt en

helhetsvurdering, hvor dette var et av flere momenter. Mesta fikk fremlagt kontrakten og tegningsunderlaget for Husers arbeid under saksforberedelsen for tingretten, og utbedringsarbeidene ble påberopt og behandlet under ankeforhandlingen for lagmannsretten.

- (33) Mestas utførelse og kvaliteten på massene på leveringstidspunktet, sto sentralt i statens saksopplegg for lagmannsretten. Dette fremgår av statens ankeerklæring, og av senere prosesskriv og disposisjonene. Statens hovedanførsel har vært at kontraktsmessigheten skal vurderes på overtakelsestidspunktet, og at de forhold som lagmannsretten har lagt avgjørende vekt på, ligger innenfor Mestas risikofære.
- (34) Mestas anførsel om utvasking er også behandlet av lagmannsretten. Dette fremgår blant annet av SINTEF-rapporten, som var gjenstand for grundig bevisførsel, og av at lagmannsretten har konkludert med at massene er blitt forringet etter at prøvene ble tatt i grustakene.
- (35) Staten ved Samferdselsdepartementet har nedlagt slik påstand:

**"1. Anken forkastes
2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**

- (36) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (37) Etter tvisteloven § 11-2 første ledd annet punktum kan retten i saker som partene har fri rådighet over, "bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt". Med "påstandsgrunnlag" menes "de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på", se § 11-2 første ledd tredje punktum.
- (38) Høyesteretts ankeutvalg har i Rt. 2013 side 1079 i avsnitt 18, under henvisning til Tvistemålslovutvalgets utredning NOU 2001:32 bind B side 704, angitt innholdet av kravet til kontradiksjon etter denne bestemmelsen slik:

"Det avgjørende er om de faktiske omstendigheter retten legger til grunn for avgjørelsen, i hovedsak ligger innenfor det faktum partene har påberopt. Så lenge kravet til kontradiksjon er ivaretatt, vil retten derfor i en viss utstrekning kunne bygge på forhold som ikke har vært særlig fremhevet av partene."

- (39) Som fremholdt av Skoghøy, Tvisteløsning, 2. utgave 2014, side 919 må yttergrensen for hva som utgjør samme og hva som utgjør et nytt påstandsgrunnlag, fastlegges på grunnlag av innholdet av de aktuelle rettsregler:

"For at ulike faktiske omstendigheter skal anses å inngå i samme påstandsgrunnlag, må de være relevante etter samme eller en lignende rettsregel. I tillegg må de være av samme karakter, knytte seg til samme begivenhet og utløse de samme rettsvirkningene."

- (40) Påstandsgrunnlagene i foreliggende sak gjaldt om det forelå en mangel på overtakelsestidspunktet: Staten gjorde gjeldende at Mesta ikke hadde levert kontraktsmessig tetningslag i grøfter og midtdeler, mens Mesta gjorde gjeldende at leveransen var kontraktsmessig. Alle de faktiske omstendigheter Mesta hevder ikke å ha fått anledning til å uttale seg om, ligger innenfor statens påstandsgrunnlag.

- (41) Spørsmålet blir derfor om kravet til kontradiksjon etter tvisteloven § 11-1 tredje ledd er oppfylt. Bestemmelsen fastsetter at retten ikke kan bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag som partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.
- (42) Avgjørelsen av om én eller begge parter må gis adgang til å uttale seg før retten bygger på en faktisk opplysning, beror på en totalvurdering, jf. Schei med flere, Kommentartutgave til tvisteloven, 2. utgave 2013, side 379. Det avgjørende er om "partene har hatt en tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om forhold som på avgjørende punkter vil være av betydning for rettens avgjørelse.", jf. Rt. 2013 side 1158 avsnitt 45.
- (43) Høyesterett har behandlet kontradiksjonsprinsippet i flere saker, og formuleringene i domspremissene belyser innholdet av kravet. I Rt. 1990 side 8 var formuleringen at lagmannsretten hadde avgjort saken "med en begrunnelse og et resultat som avvek såvidt sterkt fra partenes prosedyre." I Rt. 2005 side 1590 uttalte førstvoterende i avsnitt 27 at avgjørelsen "ellers vil komme som en overraskelse på [partene] fordi voldgiftsretten vil bygge på noe annet enn det som partene har trukket frem i sine prosedyrer."
- (44) Når kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, skal det lite til for at feilen anses å ha hatt betydning, jf. Rt. 2005 side 1590 avsnitt 34.
- (45) I avgjørelsene i Rt. 1990 side 8 og Rt. 2005 side 1590 var det enten uomtvistet eller klart at retten hadde lagt vekt på forhold som partene ikke hadde hatt foranledning til å uttale seg om. I foreliggende sak er stridstemaet *om* de faktiske forhold som Mesta påberoper, har vært gjenstand for kontradiksjon. Etter tvisteloven § 11-1 første ledd, jf. § 21-2 andre ledd skal rettens avgjørelse treffes på grunnlag av det som er fremkommet under hoved- eller ankeforhandlingen. Ettersom det ikke gjøres opptak av ankeforhandlingen, må Høyesteretts bevisvurdering av hva som kom frem, særlig baseres på ankeerklæringen, anketilsvaret og øvrige prosesskriv og sluttinnlegg for lagmannsretten, partenes disposisjoner til innledningsforedrag og prosedyre, og lagmannsrettens gjengivelse av partenes anførsler og domspremissene. Jeg viser til Rt. 2010 side 1025 avsnitt 46, som eksempel på en lignende bevissituasjon.
- (46) Med dette som bakgrunn, går jeg nå over til den konkrete vurderingen av om kontradiksjonsprinsippet ble tilsidesatt av lagmannsretten. Det er et sentralt forhold at saken fikk en annen vinkling i lagmannsretten enn i tingretten, og jeg redegjør for dette før jeg behandler de konkrete forhold som er anført av Mesta.
- (47) Hovedproblemstillingen i entreprisetvisten er, som nevnt, hvem av partene som skal bære ansvaret for manglene ved tettelagene i side – og midtgrøfter på veianlegget.
- (48) Flere alternative årsaksforklaringer har vært anført i saken:
- (49) Feilene kan skyldes at tettemassene som ble levert fra uttakene på Grefsrud og Hovinmoen ikke oppfylte de avtalte kvalitetskrav. Lagmannsretten fastslår at dette i utgangspunktet er byggherrens – statens – risiko. Alternativt kan manglene skyldes at de utlagte massene ikke var kontraktsmessige ved kontraktsleveringen. Dette kan være forårsaket av at massenes kvalitet var blitt forringet etter at de ble hentet på Grefsrud og Hovinmoen, eller at utleggingen var mangelfull. Lagmannsretten har avgjort saken på dette grunnlaget, og har lagt til grunn at dette er Mestas risiko. En ytterligere årsaksforklaring har vært at den avtalte løsningen for tetting – bruk av tettemasser og

begrenset bruk av fiberduk under tettemassene – ikke holdt mål. Dette ville i tilfelle være en prosjekteringsfeil, som staten må bære ansvaret for. Mesta har også anført at manglene ved tettingen skyldes at massene etter utlegging ble forringet ved utvasking på grunn av nedbør.

- (50) Tingretten la til grunn at det sentrale spørsmålet i saken var om Mesta hadde fulgt statens anvisninger om hvor tettemasser skulle hentes, se dommen side 14. Rammene for tingrettens vurdering er angitt slik:

"Det første spørsmålet i saken er om Mestas bruk av tettemasser fra Hovinmoen er et brudd på de kravene til tettemassenes kvalitet som er avtalt mellom partene. Dersom retten kommer til at Mestas bruk av tettemasser fra Hovinmoen er i overensstemmelse med partenes avtale, vil det ikke foreligge en mangel og Mesta vil derfor ha krav på at Statens vegvesen oppfyller kontrakten fullt ut.

...

Statens vegvesen har vært kritisk til Mestas utførelse av arbeidet med tettemasser, men har bare anført at det er bruken av (ikke-godkjente) tettemasser fra Hovinmoen som er årsak til de erosjonsskader og sprekker som har oppstått i tetningslaget i grøftene. Statens vegvesen har ikke anført at det foreligger andre feil i Mestas utførelse av arbeidet med tetningslag i grøftene. Retten vil derfor ikke ta stilling til om det kan foreligge en kontraktsrettslig mangel på annet grunnlag enn at Mesta har brukt tettemasser av for dårlig kvalitet."

- (51) Tvistetemaet i tingretten var derfor *massenes kvalitet på uttaksstedet*, og om dette var statens ansvar.

- (52) Tingrettens konklusjon var:

"Samlet sett er det rettens vurdering at Statens vegvesen aksepterte at Mesta også brukte masser fra Hovinmoen i tetningslaget i side- og midtgrøfter langs E6 Hovinmoen-Dal. Mestas bruk av masser fra Hovinmoen kan derfor ikke anses som et brudd på kvalitetskravene i kontrakten og følgelig heller ikke en kontraktsrettslig mangel."

- (53) I statens ankeerklæring til lagmannsretten ble saken gitt en annen vinkling. Hovedanførselen var at Mesta ikke leverte tetningslag av avtalt kvalitet, og dette var knyttet til *de utlagte massenes kvalitet på leveringstidspunktet*:

"Tingretten har imidlertid ikke tatt konsekvensen av sitt standpunkt til hva som er 'avtalt kvalitet' i den videre behandlingen av mangelspørsmålet. Etter ferdigbefaringen tok som nevnt partene i felleskap prøver fra tetningslaget Mesta faktisk hadde lagt ut. Kontrollprøvene viste at de utlagte massene lå langt utenfor både kontraktens kvalitetskrav og kvaliteten på prøven fra Grefsrud og Hovinmoen i 2008. Dette avviket mellom tingrettens forståelse av 'avtalt kvalitet' og massene som faktisk ble levert, er ikke behandlet overhodet. Dette er kjernen i mangelspørsmålet."

- (54) Ankeerklæringen omtalte også spørsmålet om det forelå feil ved Mestas *utførelse* av arbeidet:

"Underveis i prosjektet påviste SVV [Statens vegvesen] svikt i Mestas utførelse av arbeidet. Som entreprenør har Mesta ansvaret for å levere anlegget i kontraktsmessig stand på overtagelsestidspunktet. I motsetning til hva tingretten synes å ha lagt til grunn i dommen side 19-20, er det irrelevant om manglene ved tetningslaget skyldes

utførelsesfeil fra Mestas side eller kvaliteten på massene Mesta har kjøpt inn. Poenget er at tetningslaget ikke oppfyller avtalens krav."

(55) Til Mestas påstandsgrunnlag om at det forelå *prosjekteringsfeil*, anførte staten:

"For det tilfelle at Mesta opprettholder anførselen for lagmannsretten, fastholdes det at det ikke foreligger prosjekteringsfeil fra SVVs side."

(56) Mesta ba i anketilsvaret om at staten klargjorde anførselen som var knyttet til manglende utførelse. Staten svarte i prosesskriv 12. juni 2013:

"SVV vet ikke om massene Mesta leverte var kontaktstridige der de ble hentet fra, eller om det i tilknytning til utlegging har skjedd en bearbeidelse eller er gjort feil som har forringet massenes kvalitet. Kontraktsmessigheten av leveransen skal uansett vurderes der massene er utlagt. Påvist sand, grus og stein ved prøvetaking av tetningslaget, samt problemene som ble oppdaget særlig rundt kummer, kan tyde på at Mesta har blandet ut tetningsmassene eller slurvet ved utførelsen på en slik måte [at] leveransen er blitt forringet. Prøvene som er tatt fra linja etter utlegging viser en kvalitet som ligger vesentlig under det avtalte kvalitetskrav."

(57) Staten fastholdt sine anførsler i sluttinnlegget og uttalte blant annet:

"Hvorvidt tetningslagets sviktende kvalitet skyldes at Mesta har levert for dårlige masser eller slurvet med utførelsen, er uten betydning for mangelspørsmålet."

(58) Det er ikke noe i de fremlagte disposisjonene fra statens innledningsforedrag og prosedyre, eller lagmannsrettens gjengivelse av statens anførsler, som indikerer at staten ikke fastholdt argumentasjonen fra saksforberedelsen under ankeforhandlingen.

(59) Denne gjennomgangen viser at saken fikk en ny vinkling i lagmannsretten. I tingretten var tvistetemaet i hovedsak begrenset til om staten hadde ansvaret for bruken av masser fra Grefsrud og Hovinmoen, og retten la til grunn prøvene av massene fra uttakene. For lagmannsretten endret staten sine anførsler, og hovedspørsmålet ble om Mesta hadde levert kontraktsmessig. Et sentralt tema ble da hva som var årsaken til at de utlagte massene hadde en dårligere kvalitet enn prøvene fra grustakene viste.

(60) Saksbehandlingen for lagmannsretten fremstår samlet som grundig, og ga begge parter god anledning til å forberede og prosedere saken. Saksforberedelsen varte i ti måneder, og ankeforhandlingene gikk over tre rettsdager. Det ble gitt forklaring fra åtte vitner, hvorav ett ble ført som sakkyndig partsvitne. Retten var satt med to fagkyndige meddommere. Lagmannsretten har i sitt brev 16. september 2014 uttalt at retten ved domsavsigelsen var av den oppfatning at avgjørelsen bygget på de grunnlag som partene hadde anført under ankeforhandlingen.

(61) Mestas første angrep på lagmannsrettens dom knytter seg til lagmannsrettens vektlegging av opplysningene om utbedringsarbeidene som ble utført av Huser Entreprenør AS. Lagmannsretten behandler dette i tilknytning til vurderingen av Mestas anførsel om at manglene i tettlaget skyldtes prosjekteringsfeil. Mesta har vist til følgende avsnitt i dommen side 9:

"Det er på det rene at det senere ble foretatt utbedringsarbeider av Huser Entreprenør AS. Lagmannsretten har ikke holdepunkter for annet enn at utbedringsarbeidene som ble utført av Huser Entreprenør AS, skjedde på en måte som var overensstemmende med prosjektbeskrivelsen fra den opprinnelige avtalen korrigert med endringsavtalen."

Lagmannsretten er ikke forelagt noen sikteprøve for massene fra Grefsrud som ble anvendt ved utbedringsarbeidet, men må forutsette at samvirket mellom massens kvalitet og utførelsen har gitt et tilfredsstillende resultat.

Etter bevisføringen har lagmannsretten ikke tilstrekkelige holdepunkter for at manglene skyldes prosjekteringsfeil. De forhold som er påpekt av Sintef er verken hver for seg eller samlet tilstrekkelig til å konstatere dette. Det vises i denne sammenheng til Rønnes' kommentarer til rapporten gjengitt ovenfor og til det faktum at det ikke er opplyst annet enn at reklamasjonsarbeidene har gitt et tilfredsstillende resultat."

- (62) Mesta mener at lagmannsretten på dette grunnlag, uten kontradiksjon, har forkastet anførselen om prosjekteringsfeil.
- (63) Lagmannsretten har i sitt brev til Høyesterett uttalt at arbeidene til Huser Entreprenør AS var fremme under vitneforklaringene. I lagmannsrettens gjengivelse av statens anførsler om prosjekteringsfeil er de forhold som lagmannsretten la vekt på i tilknytning til Huser Entreprenørs arbeid, omtalt slik:
- "Når arbeidene ble utført som forutsatt og med riktig masse, har det også vist seg at ordningen holder mål."**
- (64) SINTEF-rapporten var et sentralt bevis for Mesta ved spørsmålet om prosjekteringsfeil, og dommen gjengir SINTEFs konklusjoner i sin helhet. Staten førte som vitne sivilingeniør Einar Rønnes. Han var ansvarlig prosjektør i Norconsult og hadde prosjektert anlegget. Hans forklaring er også utførlig referert i dommen. Lagmannsretten viser også til forklaringen fra sjefsingeniør Geir Berntsen i Statens vegvesen.
- (65) I lys av dette kan jeg ikke se at lagmannsrettens vektlegging av disse utbedringsarbeidene kan ha kommet som en overraskelse på Mesta. Tvert imot må det ha fremstått som klart relevant å vurdere spørsmålet om prosjekteringsfeil i lys av utbedringsarbeidene, og om det ved disse arbeidene ble benyttet samme eller en annen løsning enn avtalt med Mesta.
- (66) Mesta har for Høyesterett søkt å påvise at tegningsunderlaget til kontrakten for Huser Entreprenør AS viser en annen og forbedret bruk av fiberduk enn det staten krevde at Mesta skulle utføre. Mesta ble imidlertid kjent med løsningen som Huser Entreprenør AS benyttet allerede da saken sto for tingretten, etter å ha fått fremprovosert "alle dokumenter som viser hvilken løsning Huser Entreprenør skal benytte i sitt arbeid med utbedring av sidegrøfter og midtdeler."
- (67) Det sentrale ifølge Mesta er at kravet til Huser Entreprenør AS var å bruke fiberduk under alle tettemassene. SINTEF påpekte i sin rapport at "[d]et er ikke brukt fiberduk under tettemassen i sidegrøftene. Det er heller ikke nevnt bruk av fiberduk i sidegrøfter hverken i kontrakt eller på tegninger."
- (68) Når Mesta lenge hadde vært kjent med løsningen som Huser Entreprenør AS skulle benytte, og svakheten ved begrenset bruk av fiberduk var trukket frem av Mestas egen sakkyndige, kan jeg ikke skjønne annet enn at Mesta hadde oppfordring til selv å bringe frem for lagmannsretten eventuelle forskjeller i løsningene. Det samme gjelder å få avklart om arbeidene til Huser Entreprenør AS løste manglene ved tettelagene.

(69) Min konklusjon på dette punkt er at lagmannsrettens vektlegging av opplysningene om utbedringsarbeidene til Huser Entreprenør AS ikke er en tilsidesettelse av kontradiksjonsprinsippet i § 11-1 tredje ledd.

(70) Jeg går da over til å behandle Mestas anførsler om kvaliteten på massene som var utlagt.

(71) Lagmannsrettens vurdering tar utgangspunkt i følgende delkonklusjon:

"Det er etter dette lagmannsrettens syn at manglene må skyldes kvaliteten på massene i seg selv eller måten massene ble lagt ut på. Dette bestyrkes av enkeltheter i det Sintef påpeker, herunder at massene kan ha vært påvirket av vær og vind, og at det ble konstatert uønskede store steiner i massene. Til dette kommer hva som ble forklart av vitnet Svarød i Statens vegvesen om at de hadde fått melding fra en sjåfør om at tettemassene var iblandet sand/grus for å oppnå lettere håndtering. Dette er også er gjengitt i byggemøterefertat 41 av 3. november 2009, og Berntsens observasjoner som indikerte at massene som var utlagt, inneholdt betydelige mengder sand og grus.

Hvem av partene som har ansvar for massenes beskaffenhet og utlegging, må avgjøres etter en tolking av kontrakten og endringsavtalen."

(72) Lagmannsrettens oppsummering av avtalesituasjonen var at det i utgangspunktet er staten som må bære risikoen for massenes kvalitet. Deretter uttales det i dommen side 13:

"Prøver tatt i mars 2010 av anbrakte masser viser i stor grad undermålere med hensyn til innhold av leire og kornstørrelse (permeabilitet) sammenlignet med de prøver som ble tatt av massene på Grefsrud og Hovinmoen. Også bilder som er framlagt i saken viser sviktende kvalitet. Lagmannsretten legger således etter bevisføringen til grunn at de utlagte masser var i dårligere stand enn de det ble tatt prøver av. Årsakene til dette er ikke godt belyst. Det blir da spørsmål om hvem av partene som skal ha risikoen og ansvaret for endringen."

(73) Jeg nevner at begrepet "undermåler" sikter til avvik fra avtalt kvalitet på tettemassen.

(74) Lagmannsrettens vurdering fremkommer i de følgende avsnitt:

"Som nevnt finner lagmannsretten at det som utgangspunkt er byggherrens risiko at bruk av de eksterne masser som tetningslag fungerte. Når det i tillegg er byggherren som gjør mangelansvar gjeldende mot entreprenøren, foreligger en oppfordring for byggherren til å framskaffe dokumentasjon for årsakene til manglene. På den annen side er Mesta, som utførende entreprenør, nærmest til å se at det ikke var samsvar mellom prøvene som var tatt og de massene som ble lagt ut. Mesta visste hvilke krav byggherren hadde stilt, og disse var målsatt gjennom de prøver som var tatt. I denne situasjonen hadde Mesta en klar oppfordring til å varsle. Nærheten til problemet tilsier at denne varslingsplikt må gå foran byggherrens oppfordring til kontroll. Dette underbygges ved at Mesta ikke har fulgt sine egne regler for kvalitetssikring. Lagmannsretten viser også til varslingsplikten i NS 3430 punkt 8, første avsnitt.

Selv om Svarød og Berntsens vitneprov kan tyde på at massene på en eller annen måte har endret karakter ved at de har blitt blandet med grusholdig masse, har lagmannsretten ikke tilstrekkelige holdepunkter til å fastslå hva som var årsaken til den endrede konsistens. Ettersom det legges til grunn at det *har* skjedd en endring, er det imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til årsaken. Det er tilstrekkelig å konstatere at manglene skyldes forhold Mesta er nærmest til å ha risikoen og ansvaret for, og dette gjelder uansett om årsaken ligger i endret konsistens i haugene på Grefsrud og/eller Hovinmoen, transport, nedbør, temperatur eller utlegging. Det er da lagt til grunn at det ikke er prosjekteringen eller metoden som sådan som er årsaken til problemet.

Lagmannsretten er etter dette - om enn under noe tvil - kommet til at Mesta er ansvarlig for manglene, og at staten har hatt grunnlag for å holde vederlaget tilbake. Anken fører følgelig fram."

- (75) Mesta har trukket frem tre forhold i rettens begrunnelse: At tettemassene forverret seg mellom prøvetaking i haugene og utlegging, at Mesta burde ha varslet staten, og at årsaken ligger i endret konsistens i haugene, eller transport, nedbør, temperatur eller utlegging.
- (76) Det var ingen ny opplysning at de utlagte massene var av dårligere kvalitet enn avtalt, tvert imot var dette bakgrunnen for tvisten mellom partene, og staten hadde i anketilsvaret angitt at dette var kjernen i mangelsspørsmålet. Mesta måtte da være forberedt på at et sentralt tvistetema ville bli om Mesta var nærmest til å ha ansvaret for dette, slik staten anførte. Det fremgår av lagmannsrettens gjengivelse av statens anførsler at det ble gjort gjeldende at Mesta var "henter, transportør og utlegger av massene", og da "hadde de en åpenbar oppfordring til særskilt oppmerksomhet om massenes kvalitet". Videre ble det anført at "[d]et er utenfor statens ansvar når de leverte masser var mangelfulle eller Mestas utførelse var slurvete". Ut fra dette kan det heller ikke ha kommet overraskende på Mesta at faktiske forhold som transport, værforhold og utlegging kunne bli vurdert som relevante årsaksfaktorer.
- (77) Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til om alle de konkrete forhold som Mesta har trukket frem fra lagmannsrettens begrunnelse, var fremme i argumentasjonen og bevisførselen. Det er tale om enkeltelementer i en samlet bevisvurdering, og lagmannsretten utpeker ikke én avgjørende årsaksfaktor.
- (78) Jeg kan heller ikke følge Mestas argumentasjon når det anføres at lagmannsretten uten kontradiksjon har lagt til grunn at Mesta etter NS 3430 punkt 8 skulle ha varslet staten om de utlagte massenes kvalitet.
- (79) Bestemmelsene i NS 3430 og byggherren og entreprenørens ansvar sto sentralt i saken, og henvisningen til varslingsplikten er rettsanvendelse som ikke er omfattet av kontradiksjonskravet, jf. § 11-3.
- (80) Min konklusjon blir etter dette at lagmannsretten ikke har tilsidesatt kontradiksjonsprinsippet i tvisteloven § 11-1 tredje ledd.
- (81) Til slutt behandler jeg Mestas anførsel om at lagmannsretten ikke har oppfylt begrunnelsesplikten etter tvisteloven § 19-6 femte ledd.
- (82) Mesta hevder at det ikke er mulig av lagmannsrettens dom å se om retten har behandlet Mestas sentrale anførsel om at forringelsen av de utlagte massenes kvalitet skyldes utvasking av finstoff som følge av nedbør etter utleggingen. Mesta har i denne forbindelse vist til Schei med flere, Kommentarutgave til tvisteloven, 2. utgave 2013, hvor det på side 620 heter:

"Minstestandarden settes av de krav til begrunnelse som kan utledes av vilkåret om rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 (1), jf. redegjørelsen for dette i NOU A side 576-577 (pkt. 21. 8.3). Selv om det ikke kreves et detaljert svar på ethvert argument, må det fremgå at sentrale anførsler ikke er oversett."

- (83) Slik jeg forstår Mestas anførsel om utvasking, går den ut på at massene slik de ble levert av staten, ikke var motstandsdyktige mot nedbør, og at utvaskingen av finstoff skjedde etter utleggingen.
- (84) Jeg er ikke enig i at lagmannsretten er taus om problemstillingen knyttet til utvasking. Den er for det første referert i lagmannsrettens gjengivelse av Mestas anførsler. I lagmannsrettens bemerkninger er det videre vist til konklusjonene i SINTEF-rapporten, hvor det opplyses at SINTEF har observert at det har skjedd utvasking av finstoff mot sluk. Dette er også fremhevet i billedmaterialet i rapporten. Lagmannsrettens kommentar til SINTEF-rapporten må etter mitt syn leses slik at lagmannsretten har vurdert problemstillingene knyttet til utvasking:
- "Det er etter dette lagmannsrettens syn at manglene må skyldes kvaliteten på massene i seg selv eller måten massene ble lagt ut på. Dette bestyrkes av enkeltheter i det Sintef påpeker, herunder at massene kan ha vært påvirket av vær og vind, og at det ble konstatert uønskede store steiner i massene."**
- (85) Endelig viser jeg til at utvasking er behandlet i rapporten fra statens sakkyndige vitne, sjefsingeniør Geir Berntsen.
- (86) Lagmannsretten har konkludert med at de utlagte massene ikke holdt avtalt kvalitet på det tidspunkt de ble lagt ut. Jeg kan ikke se at det er holdepunkter for at lagmannsretten i sin vurdering har oversett det årsaksalternativ at manglene kan skyldes utvasking av finstoff etter utleggingen.
- (87) Staten har vunnet ankesaken, og må i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 tilkjennes sakskostnader for Høyesterett. Det har ikke vært innvendinger til statens kostnadsoppgave.
- (88) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Mesta Entreprenør AS til staten ved Samferdselsdepartementet 208 750 – tohundreogåttetusensyv hundrefemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (89) Dommer **Bårdsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (90) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (91) Dommer **Øie:** Likeså.
- (92) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(93) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Mesta Entreprenør AS til staten ved Samferdselsdepartementet 208 750 – tohundreogåttetusensyvhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: