LOVDATA

LG-2012-182014

Instance	Gulating Court of Appeal – Judgment
Date	2013-12-17
Published	LG-2012-182014
Keywords	Contractual relations. Termination. Computer software.
Summary	In 2006, Bergen Municipality and the company Infrastructure Management AS entered into an agreement for the delivery of software to Bergen Municipality. In 2007, the municipality terminated the contract and demanded compensation, citing a material breach of contract. The Court of Appeal found that the company had not been given the opportunity to present the results and that the municipality had no right to terminate the contract. Compensation was awarded for the positive contractual interest.
Proceedings	Bergen District Court TBERG-2010-104733 – Gulating Court of Appeal LG-2012-182014 (12-182014ASD-GULA/AVD1). Appeal to the Supreme Court not permitted, HR-2014-609-U. Appeal to the Supreme Court refused, HR-2014-610-U and HR-2014-612-U. On legal force
Parties	Infrastructure Management AS and Isero AS (for them: associate attorney Julie Bodd Jenssen, attorney Werner Johan Dagnor Nilsen Frimanslund) against Bergen Municipality (attorney Karl Fartein Løseth).
Author	Referee Torstein Frantzen, referee Nina Cathrine Noss, referee Klaus Skjeldal.
References in the text	Disputes Act (2005) §20-2 | Value Added Tax Act (2009) §8-7

The case concerns a claim for payment and compensation for unjustified termination of a contract for the delivery of software.

Background of the case

The following is quoted from the district court's judgment:

> "In 2006, Bergen Municipality announced a competition for the delivery of software. The municipality was to acquire a computer system for handling the management, operation and maintenance of properties managed by Bergen Bygg og Eiendom KF.
>
> The company Infrastructure Management AS ... [abbreviated to IM in the Court of Appeal's judgment] ... was one of the companies that was prequalified and participated in the competition. In the qualification criteria, the municipality set requirements for the suppliers' financial standing. On 27 March 2006, the company Isero AS (hereinafter Isero) therefore issued a guarantee statement to the municipality in connection with Infrastructure's participation in the competition.
>
> After prior negotiations, the municipality and Infrastructure entered into an agreement on October 9, 2006.
>
> The procurement was divided into a preliminary project and a main project. The preliminary project in the fall of 2006 consisted mainly of testing, the purpose of which was to clarify whether it was appropriate to proceed with the main project. The municipality concluded by initiating the main project, which began in January 2007. At this time, the municipality had set up a project group to follow up on the procurement from the municipality's side.
>
> The work on the delivery continued throughout the winter. The parties had ongoing contact, and several meetings were also held. Among other things, a meeting was held on April 13, 2007, where the further progress of the project was discussed. The municipality also sent a large amount of data material to Infrastructure.

I referatet fra møtet 13. april fremgår det blant annet: «Fremdriften ligger etter opprinnelig fremdriftsplan.» Det ble også fremlagt en justert/oppdatert fremdriftsplan i møtet. Planen inneholder en rekke frister for ulike deler av leveransen, blant annet fremgår det at «Utleiemodul og avviksmeldinger» skal ha sluttdato 1. juli 2007 og «Drift og vedlikehold» skal ha en sluttdato 16. juli 2007.

IM informerte kommunen 2. juni 2007 om at to sentrale medarbeidere i prosjektet hadde sluttet. Kommunen uttrykte etter dette bekymring for fremdriften i prosjektet. 27. juni 2007 ble det avholdt et nytt møte mellom kommunen og IM. Fra dette møtet er det et internt referat fra kommunen. Partene er uenige om møtets innhold. 2. juli 2007 sendte IM brev til kommunen der det blant annet fremgår at «vi [befinner] oss med en 2 måneder justert delay i forhold til opprinnelig fremdriftsplan». I svar fra kommunen 3. juli 2007 påberopte kommunen seg kontraktens bestemmelser om dagmulkt og opplyste at dagmulkten løper fra 1. juli 2007. Kommunen hadde i møte 27. juni 2007 krevd at det ble stilt bankgaranti. Det ble stilt garanti. Kommunen aksepterte ikke garantien som ble stilt. 28. august 2007 var det møte mellom partene. Av kommunens referat fra møtet fremgår det blant annet:

> «I etterfølgende avdelingsvise møter ble fremdriftsplanen for D/V [Drift/Vedlikehold] avtalt:
>
> D/V avviksprosess leveres 20.09.2007
>
> Kvalitetssikring av leveransen vil bli gjennomgått i avtalt møte samme dato før testing gjennomføres.»

I henhold til det som fremgår av referatet fra møtet 28. august 2007 foretok IM installasjon på kommunens server 4. september 2007. Det var avtalt en testperiode på 14 dager før IM skulle komme til Bergen 20. september 2007 for å demonstrere systemet på kommunens server. Møtet 20. september ble avholdt. Partene er uenige om hvordan møtet forløp. 24. september 2007 sendte IM et brev til kommunen med en ny fremdriftsplan for sluttføring av prosjektet. 25. september 2007 hevet kommunen avtalen. Kommunen viste til at det følger av kontrakten at når dagmulktperioden er utløpt foreligger det vesentlig mislighold. 14. november 2007 krevde kommunen erstatning fra IM på kr 1 834 950. Det ble også reist krav mot banken om å betale kr 1 500 000 i henhold til garantien. 29. juni 2010 reiste IM søksmål mot kommunen med krav om betaling for utført arbeid, lisenskostnader og erstatning for indirekte tap. Kommunen påsto frifinnelse og

fremmet krav om erstatning slik som påstått i november 2007. Kommunen tok også ut søksmål mot Isero med krav om erstatning under den avgitte garantien. I tillegg tok kommunen ut søksmål mot Sparebank 1 Nord-Norge som hadde avgitt garanti sommeren 2007.

Bergen tingrett avsa dom 27. april 2011 med slik slutning:

> «I søksmålet mellom Infrastructure Management AS og Bergen kommune, mellom Bergen kommune og Infrastructure Management AS og mellom Bergen kommune og Isero AS:
>
> 1. Infrastructure Management AS og Isero AS dømmes i fellesskap til å betale erstatning til Bergen kommune med 1 834 950 – enmillionåttehundreogtrettifiretusennihundreogfemti – kroner med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra
>   a. 14. desember 2007 og til betaling skjer for Infrastructure Management AS og fra
>   b. 6. oktober 2010 og til betaling skjer for Isero AS.
> 2. Infrastructure Management AS dømmes til å betale sakskostnader til Bergen kommune med 211 658 – tohundreogellevetusensekshundreogfemtiåtte – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelse av dommen.
> 3. Isero AS dømmes til å betale sakskostnader til Bergen kommune med 29 300 – tjuenitusentrehundre – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelse av dommen.
>
> *I søksmålet mellom Bergen kommune og Sparebanken 1 Nord-Norge:*
>
> 1. Sparebanken 1 Nord-Norge frifinnes.
> 2. Bergen kommune dømmes til å betale sakskostnader til Sparebanken 1 Nord-Norge med 159 724 – etthundreogfemtinitusensjuhundreogtjuefire – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelse av dommen.»

IM og Isero har rettidig påanket tingrettens dom. Kommunen har tatt til motmæle og krevd at ankene forkastes. Ankeforhandling ble holdt i Gulating lagmannsrett sine lokaler i Bergen 18-21 november 2013. Det ble hørt partsforklaring og til sammen 12 vitner. Det ble foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken. Et vitne som var innstevnet av retten etter begjæring fra ankende part møtte ikke. Vitnet arbeider i kommunen med IT og hadde en rolle i forbindelse med den aktuelle kontrakten. Vitnet ble ansett ikke å ha gyldig fravær og ble underrettet om dette.

Ankende parts påstandsgrunnlag:

Kommunen har krevd heving med hjemmel i kontraktens bestemmelser om dagmulkt og at det på selvstendig grunnlag foreligger vesentlig mislighold. Ingen av de påberopte grunnlagene kan gi grunnlag for heving. Når det gjelder spørsmålet om heving kan begrunnes i at dagmulktperioden var utløpt, anføres det at partene hadde avtalt en utsatt leveringsfrist. Partene er enige om at det våren 2007 forelå en forsinkelse på rundt to måneder ut fra opprinnelig fremdriftsplan. Denne forsinkelsen skyldes i hovedsak at Bergen kommune var uklar med hensyn til hvilke tilpasninger de ønsket i det systemet som skulle leveres. Det ble formulert endrede forventninger underveis. En del av dette var tilleggsbestillinger utover det som var avtalt. Blant annet endret prosjektet seg gradvis til et mer webbasert og mindre windowbasert system. Kommunen var også i forsinkelse med å levere prosesskart. Prosesskart var helt nødvendige som arbeidsbeskrivelse for IM. Leveringsdatoen fremgikk av fremdriftsplanen. I april 2007 ble det avtalt at levering skulle skje 1. juli 2007 for utleiemodul og avviksmeldinger og 16. juli 2007 for drift og vedlikehold. Fremdriftsplanen ble imidlertid endret flere ganger. Dermed endret også leveringsdatoen seg. Partene var enige om at det var den til enhver tid siste fremdriftsplanen som var gjeldende. Fremdriftsplanen ble forstått som et arbeidsdokument.

I møtet 27. juni 2007 ble fremdriften i prosjektet diskutert. Det var da to alternativer. Hvis kommunen mente det forelå antecipert mislighold, kunne kommunen krevd heving av kontrakten og restitusjon for begge parter. Dette ble ikke krevd. Kommunen fastholdt avtalen og krevde levering. Det var da to muligheter for IM. IM kunne la dagbøtene påløpe og levere standard opplegg, uten å ta hensyn til tilleggsbestillingene. Alternativet for IM, var å oppfylle kommunens krav til ny leveransedato ved å få utstedt garanti, ny fremdriftsplan og dokumentere gjennomføringsevne. IM valgte det siste alternativet. Det ble ansatt nye personer. Dette var personer med erfaring innenfor IT og prosjektledelse. De nyansatte ble også archibus-sertifisert i USA. Lisensene for programmet ble levert av Archibus. IM kunne også trekke på ressurser i Estland, Polen og USA. For IM var prosjektet et prestisjeprosjekt og det ble derfor gitt høyeste prioritet. IM strakk seg langt for å imøtekomme kommunens ønsker. Mens IM satte inn ekstra ressurser i juli 2007, reiste kommunens prosjektleder på ferie i 6 uker og stedfortrederen på ferie i 2-3 uker. IM oppfylte kommunens krav for å

fortsette prosjektet og kommunen har dermed gjennom konkludent adferd akseptert at de nye fremdriftsplanene var bestemmende for leveringstidspunktet. IM innfridde garantikravene og kravene med hensyn til å dokumentere kompetanse og gjennomføringsevne. I møtet 28. august 2007 ble det avtalt ny fremdriftsplan. Det fremgår blant annet av kommunens eget referat fra møtet at «D/V avviksprosess leveres 20.09.2007». IM innrettet seg i tillit til at partene hadde revidert fremdriftsplanene og at IM skulle oppfylle avtalen. Leveransen ble imidlertid forsinket på grunn av manglende medvirkning fra kommunen. Kommunen leverte prosesskartene sent og IM fikk heller ikke alle prosesskartene. 4. september 2007 installerte IM programvare på kommunens server slik det ble avtalt i møtet 28. august 2007. Kommunen hadde på dette tidspunktet stoppet betalingene og dermed måtte IM installere en testversjon av archibus-programmet. Dette førte til en del problemer i testperioden. De feilene som ble meldt var likevel bare bagatellmessige. 11. september 2007 brukte IM sin egen og fullverdige lisens til å installere archibus-programmet på kommunens server.

Det var avtalt at IM skulle presentere løsningene sine på et møte 20. september 2007. Løsningene skulle presenteres på nett og de skulle vises på en storskjerm. Tonny Steen fra IM og Eraj Lahooti fra kommunen hadde et møte tidligere samme dag, der Steen presenterte løsningene for Lahooti. Alt fungerte slik det skulle. Da løsningene skulle presenteres for kommunens prosjektgruppe ble møtet avsluttet fra kommunens side før IM hadde fått presentert noe som helst. IM var klart til å levere slik det var avtalt. Kommunen kan i alle fall ikke påberope seg at det ikke ble levert når IM ikke fikk anledning til å levere. Det ble ikke ført noe referat fra møtet.

Kommunen hevet kontrakten 25. september 2007. I hevingserklæringen ble det vist til kontrakten der det fremgår at det foreligger vesentlig mislighold, og dermed hevingsgrunnlag, når dagmulktperioden er utløpt. Dagmulktperioden utløp 5. september 2007. Det er ikke riktig at kommunen sto fritt til å heve på et hvilket som helst tidspunkt etter at dagmulktperioden var utløpt. Dette ville gi en helt uforholdsmessig ubalanse i avtaleforholdet. Etter avtale med kommunen og i henhold til reviderte fremdriftsplaner arbeidet IM med fullt trykk for å levere 20. september 2007. IM hadde også stilt garanti på 1,5 millioner kroner, slik at kommunen heller ikke løp noen økonomisk risiko. Hevingen på dette grunnlaget er etter dette uberettiget.

Det bestrides også at det kan kreves heving med grunnlag i kontraktens bestemmelse om vesentlig mislighold, altså uavhengig av dagmulktklausulen. Det ble avtalt nye leveringstidspunkter og det forelå ingen forsinkelse. Den 20. september 2007 fikk ikke IM anledning til å presentere løsningene sine. Det forelå ikke kvalitetsmessige mangler ved det som da skulle leveres. Kommunen må under enhver omstendighet bære risikoen for en eventuell tvil om kvaliteten på det som skulle leveres, i og med at IM ikke fikk anledning til å gjennomføre presentasjonen 20. september 2007. Kommunen hevet kontrakten 25. september uten at IM var blitt tilbudt noen ny dato for å presentere løsningene.

Når det gjelder utmålingen av erstatningskravet vises det til kontraktens punkt 6.4. der det fremgår at erstatningen er begrenset til kundens vederlag eksklusiv merverdiavgift pluss summen av tolv måneders vederlag for periodiske ytelser/vedlikehold. Det er den positive kontraktsinteressen som kreves erstattet. IM har egentlig et høyere krav, men på grunn av problemer med å dokumentere dette, har IM begrenset kravet sitt til det som fremgår av kommunens egen oppstilling av den positive kontraktsinteressen. Det gjelder betaling for utført arbeid og for lisenser. Det var opprinnelig også krevd erstatning for indirekte tap, men dette kravet er frafalt før hovedforhandlingen.

Når det gjelder kommunens krav om erstatning bestrides det at kommunen kan kreve erstatning for eget arbeid i forbindelse med kontrakten. Det er dokumentert at kommunen kunne gjenbruke innsatsen i senere prosjekter. Erstatningen kommunen kan kreve er dermed maksimalt kr 1 259 950.

Isero aksepterer at dersom IM dømmes til å betale erstatning til kommunen vil Isero være solidarisk ansvarlig i henhold til den utstedte garantien.

De ankende partene nedlegger følgende påstand:

Vedrørende Infrastructure Management AS

1. Bergen kommune dømmes til å betale erstatning til Infrastructure Management AS etter rettens skjønn oppad begrenset til kr 2 272 644,-.
2. Bergen kommune dømmes til å dekke sakskostnader for alle instanser.

Vedrørende Isero AS

1. Isero AS frifinnes.
2. Bergen kommune dømmes til å dekke sakskostnader for alle instanser.

Ankemotpartens påstandsgrunnlag

Saken gjelder spørsmålet om kommunens hevingserklæring var berettiget, og i så fall hvordan tapet skal beregnes. Hjemmelsgrunnlaget for hevingskravet og erstatningskravet er kontrakten av 9. oktober 2006. Det følger av kontrakten som ble inngått at det foreligger vesentlig mislighold dersom leveransen forsinkes utover den perioden det påløper dagmulkt. Videre fremgår det av kontrakten at leveringstidspunktet bestemmes av fremdriftsplanen. Den opprinnelige fremdriftsplanen ble endret i april 2007 og de endelige leveringstidspunktene ble fastsatt til 1. juli 2007 for utleiemodul og avviksmeldinger og 16. juli 2007 for drift og vedlikehold.

Det fremgår av korrespondansen og møtereferatene fra våren 2007 at IM var forsinket. Ytterligere problemer oppsto etter at Dag Rødsand og Harald Hunnestad sluttet hos IM. Disse var prosjektledere hos IM for ulike deler av prosjektet. Kommunen ble ikke informert om dette før 4. juni 2007, etter at begge var sluttet. I møtet 27. juni 2007 var det enighet om at leveringstidspunktene lå fast og at IM ikke ville klare å overholde leveringstidspunktene. IM foreslo 2. juli 2007 en endret fremdriftsplan ved «å forskyve fremdriftsplanene helt generelt med 2 mnd». I kommunens svar 3. juli 2007 vises det til at en «økonomisk garanti» må avgis på vegne av IM før kommunen tar stilling til forslaget til ny fremdriftsplan. IM stilte aldri slik garanti som kommunen krevde og dermed aksepterte heller ikke kommunen at leveringstidspunktene ble forskjøvet. Kommunen viste til dette i brevet av 3. juli 2007. I dette brevet ble det presisert at kommunen påberopte seg forsinkelse og det fremgår av brevet: «Dagsboten løper fra 01.07.2007.»

I møtet 28. august ble det enda tydeligere at IM var forsinket med leveransen. Kommunen aksepterte at IM arbeidet videre med prosjektet, men uten å akseptere at leveringsfristen var endret. Kommunen ønsket leveranse fordi heving av kontrakten ville medføre at kommunen måtte starte på nytt. Det var derfor i begge parters interesse at IM lyktes. Da IM installerte programvare på kommunens server 4. september 2007 virket ikke programvaren slik som forutsatt. Det var en rekke brukere i kommunen som meldte om store problemer. Noen av problemene skyldtes at IM først hadde installert en testversjon av programmet og ikke den versjonen som var bestilt. Senere i testperioden ble den riktige programvaren installert. Men det fremgår av korrespondansen, at helt frem mot møtet 20. september 2007 var det lite som fungerte slik det skulle. Det vises blant annet til en e-post av 18. september 2007 fra Lahooti til Steen der det blant annet sies: «Ingen har kommet med skikkelig testing ... ». E-posten avsluttes med: «Jeg har gitt opp».

På møtet 20. september 2007 fikk IM anledning til å demonstrere systemet. Det var imidlertid ikke noe som virket. Møtet ble deretter avsluttet. Det fremgår av vitneforklaringer og notat fra Tore Frank Petersen, som var til stede på møtet, at IM ikke klarte å demonstrere systemet. Hevingskravet som ble fremmet 25. september var berettiget siden det følger av kontrakten at det forelå en så lang forsinkelse at det forelå vesentlig mislighold.

Alternativt anføres det heving på grunn av vesentlig mislighold ut fra kontraktens punkt 6.2, der det sies at en part kan heve med umiddelbar virkning dersom det foreligger vesentlig mislighold. I vurderingen av om det foreligger vesentlig mislighold vil alle typer mislighold være relevante. Når det gjelder forsinkelsen vises det til det som er anført vedrørende leveringstidspunktene og dagmulktbestemmelsen. Utover dette vises det til at det på hevingstidspunktet ikke var noe som tydet på at IM ville kunne levere kontraktsmessig ytelse i løpet av kort tid. Det fremgår klart av kontrakten at dette gjaldt et kjøp der det var IMs «ansvar at hans [IMs] ytelser stemmer med de formål, krav og spesifikasjoner som følger av avtalen med vedlegg, og at ytelsene passer sammen på en helhetlig måte». Det gjaldt et standardisert opplegg som i liten grad skulle tilpasses for kommunens formål. IM hadde akseptert leveringsfristene 1. og 16. juli 2007 med kunnskap om at det i hovedsak skulle leveres en standardisert ytelse. Likevel viste det seg utover våren, sommeren og høsten 2007 at IM ikke var i stand til å levere. Det IM hadde presentert for kommunen så sent som i september 2007 holdt ikke nødvendig kvalitet. IM handlet også illojalt ved å informere kommunen svært sent om at sentrale medarbeidere hadde sluttet i IM. Kommunen ble satt i en vanskelig situasjon ved at IM ikke leverte. Kommunen sto da uten det nødvendige dataverktøyet, og måtte starte hele prosessen på nytt. Det var ingen sammenheng mellom hevingen og valg av system under dekningsavtalen. Når forsinkelsen, kvaliteten på det som ble presentert og IMs illojale handlemåte vurderes samlet, vil disse forholdene til sammen utgjøre vesentlig mislighold og gi grunnlag for heving.

Når det gjelder kommunens erstatningskrav har IM bestridt tapsposten som gjelder bruk av interne ressurser. Kommunen har foretatt en nøktern beregning av kravet. Det er brukt betydelig mer ressurser enn det er krevd erstatning for. Det var svært begrenset hvilken nytte kommunen hadde av arbeidet i fremtidige prosjekter.

Ankemotparten nedlegger følgende påstand:

1. Ankene forkastes og tingrettens dom stadfestes.
2. Bergen kommune v/ordføreren tilkjennes erstatning for nødvendige saksomkostninger for lagmannsretten, med tillegg av lovsatt rente fra forfall og til betaling skjer.

Lagmannsrettens vurdering:

Lagmannsretten er kommet til at IM gis medhold.

Kommunalavdelingen «Bergen kommunale Bygg» (BKB) i Bergen kommune, hadde ikke tidligere foretatt en slik bestilling av dataverktøy. Det var få selskaper som leverte de aktuelle løsningene. Gjennomgående var de aktuelle selskapene relativt små og i oppstartfasen. Dette innebærer at det for begge parter var en viss usikkerhet med hensyn til gjennomføringen av kontrakten. Den inngåtte avtalen er inngått på formularet «Statens standardavtale om kjøp, disposisjonsrett og andre ytelser ved anskaffelse av IT av mindre omfang.» Om leveringstid sies det i avtalen: «Se prosjektplaner vedlegg 4». Vedlegg 4 er «Fremdriftsplaner og timeoverslag». Leveringstiden fremgår dermed av fremdriftsplanene. I møte 5. januar 2007 var det enighet om at hovedprosjektet skulle startes opp etter at det var gjennomført et forprosjekt. Det fremgår av møtereferatet at IM skulle komme tilbake med «en grov plan for revidert fremdrift». IM leverte deretter fremdriftsplaner og 15. januar 2007 ga kommunen tiltredelsesbekreftelse. 13. april ble det avholdt et møte der fremdriften i prosjektet ble diskutert. I referatet fra møtet sies det: «Fremdriften ligger etter opprinnelig fremdriftsplan. I henhold til ovennevnte tilbakemeldinger fra IM over er fremdrift justert (vedlegg).» I den oppdaterte fremdriftsplanen er leveringstidspunktene satt til 1. og 16. juli 2007.

Lagmannsretten legger til grunn at IM ble forsinket i fremdriften utover våren 2007. Vitneforklaringene og korrespondansen viser at IM hadde problemer med å levere. Dette skyldes trolig til dels at Hunnestad og Rødsand, som var ansatt hos IM, sluttet i selskapet på denne tiden.

En annen årsak til at det oppsto problemer synes å være at partene utover våren hadde ulike oppfatninger om hva som skulle leveres og hvilken medvirkning som krevdes fra kommunens side for at IM skulle kunne levere. Verken brev, møtereferater eller vitneforklaringene gir noe klart bilde av enkelthetene rundt disse forholdene. IM tok i januar 2007 opp spørsmål om betaling for tilleggsarbeid, men dette ble avvist av kommunen. IM har ikke på noe senere tidspunkt krevd betaling for tilleggsarbeid. Selv om det legges til grunn at IM aksepterte at det ikke ville bli godtgjort for mer enn det bestilte arbeidet, er det ikke entydig hva IM skulle levere og hvordan kommunen skulle medvirke. Kontrakten var av en slik art, at dette i noen grad måtte avklares underveis i prosessen.

Lagmannsretten er på denne bakgrunnen kommet til at det skyldtes begge parters forhold at fremdriftsplanene ikke ble overholdt. Hovedårsaken til forsinkelsene synes likevel å være at IM ikke i tilstrekkelig grad hadde presisert hvordan kommunen skulle bidra og at IM fikk problemer da sentrale personer sluttet i selskapet. Nye personer ble ansatt og måtte bruke tid på å sette seg inn i prosjektet og på opplæring i Archibus sin programvare. Slik lagmannsretten ser det, er dette bakgrunnen for det møtet som ble avholdt 27. juni 2007. Det foreligger et referat fra møtet. Referatet er skrevet av kommunen og det er ikke sannsynliggjort at IM fikk oversendt noe utkast til referat. Kommunen kunne ha sørget for notoritet om dette. Referatet må derfor oppfattes som kommunens forståelse av hva som ble gjennomgått og avtalt på møtet. Partene hadde ulik forståelse av hva som var årsaken til forsinkelsene. Kommunen mente at kun IM kunne lastes for forsinkelsene, mens IM la til grunn at begge partene hadde skyld i forsinkelsene. Både kommunens referat og den etterfølgende korrespondansen må forstås i lys av dette.

Av møtereferatet fremgår det at fremdriften i prosjektet ble gjennomgått og at kommunen var bekymret for både fremdriften og kvaliteten i leveransen. Fra kommunens møtereferat gjengis følgende:

«BKB har to handlingsalternativer slik situasjonen er:

1. Heve kontrakten pga. mislighold. Få inn en ny leverandør.
2. Det utarbeides en omforent tilleggskontrakt som omhandler følgende:
   - Ny fremdriftsplan
   - Tilstrekkelig øk. garanti for oppfyllelse
   - Dokumentasjon for gjennomføringsevne også etter at levering har funnet sted
   - Forutsatt enighet om ovennenvte innen 6. juli: mottatte fakturaer ca. 500.000,- vil bli betalt. Dersom ikke, blir beløpet holdt tilbake.

BKB stilte krav om at IM kommer med en skriftlig tilbakemelding mht. ovennevnte om kort tid.

IM enig i at ovennevnte alt. 2 var et greit utgangspunkt og ville komme med en slik skriftlig redegjørelse over helgen.»

IM kom med en redegjørelse 2. juli 2007. Der ble det gitt uttrykk for at IM ønsket å forskyve fremdriftsplanene med to måneder og det fremgår: «Dette vil si at siden det dessverre ikke er blitt utført så mye konkrete oppgaver de siste 2 måneder så befinner vi oss med en 2 måneder justert delay i forhold til opprinnelig fremdriftsplan.»

Kommunen svarte 3. juli 2007. I brevet etterlyses det tilbakemelding mht. økonomiske garantier. Det sies blant annet: «Før BKB tar stilling til forslaget til ny fremdriftsplan og andre problemstillinger i saken, må slik økonomisk garanti avgis på vegne av selskapet IM.» Kommunen påberopte seg også dagmulkt fra 1. juli 2007. 11. juli 2007 stilte Sparebanken Nord 1 en garanti. Denne ble avvist av kommunen. Den 12. juli 2007 ble det stilt en ny garanti. Garantien var stilt på det beløpet kommunen krevde og som sikkerhet for oppfyllelse av den aktuelle kontrakten. Også denne garantien ble avvist av kommunen. Kommunen mente det ikke var en garanti, men en bekreftelse på at det ville bli stilt en garanti. Lagmannsretten kan ikke se at det var grunnlag for en slik innsigelse. Kommunen mente også at garantien skulle hatt en varighet på to år. Garantien var imidlertid gitt uten noen tidsbegrensning og lagmannsretten kan ikke se at manglende tidsbegrensning kunne påberopes av kommunen som en mangel ved garantien. Kommunen viste imidlertid også til at det 3. juli 2007 var stilt krav om en påkravsgaranti. Lagmannsretten kan ikke se at et slikt krav var avtalt i møtet 27. juni 2007. Det vises til ordlyden i kommunens møtereferat som ikke sier noe om dette. Lagmannsretten ser det slik at kommunen 3. juli 2007 satte et tilleggsvilkår som ikke kan anses avtalt mellom partene. Det var dermed ikke grunnlag for å avvise garantien. Det ble stilt nye garantier som kommunen heller ikke aksepterte, men dette har slik lagmannsretten ser det ikke betydning for vurderingen av om IM oppfylte kravet om «tilstrekkelig øk. garanti for oppfyllelse».

Lagmannsretten skal da ta stilling til om IM i tilstrekkelig grad dokumenterte gjennomføringsevne etter leveringstidspunktet. Dette var viktig for kommunen fordi IM skulle ha ansvaret for vedlikehold og oppdateringer etter at programmet var installert. I et brev av 19. juli 2007 etterspurte kommunen informasjon om dette. 24. juli 2007 sendte IM brev til kommunen og viste til kommunens brev av 19. juli 2007. I brevet redegjorde IM for sin strategi for oppbygging av kompetanse fra august 2007 og fremover. Kommunen har ikke kommet med noen innsigelser til brevet, eller bedt om ytterligere utdyping eller dokumentasjon. Lagmannsretten ser det slik at kommunen aksepterte at IM hadde dokumentert gjennomføringsevne etter leveringstidspunktet.

Det neste spørsmålet er om det ble vedtatt en ny omforent fremdriftsplan. I møtet 28. august 2007 fremgår det, som gjennomgått ovenfor, at IM foreslo leveringstidspunkter, blant annet 4. september 2007 og 20. september 2007. 20. september 2007 skulle det holdes et statusmøte. Også fra dette møtet foreligger det et referat fra kommunen der det ikke er dokumentert om IM også har fått oversendt referatet. Det er fremlagt en e-post av 31. august 2007 der det fremgår at referatet er sendt til en del av møtedeltagerne fra kommunen. IM hadde oppfylt de øvrige vilkårene som ble avtalt 27. juni 2007 og det er ikke fremkommet opplysninger om at kommunen hadde innsigelser mot fremdriftsplanen som ble presentert 28. august 2007. Ut fra dette ser lagmannsretten det slik at kommunen aksepterte de fremdriftsplanene som ble fremlagt i møtet.

Det er noe uklart om IM fulgte de nye fremdriftsplanene. Det ble installert programvare 4. september 2007 slik som avtalt. Fra kommunen er det flere vitner som har forklart at de fikk tilbakemeldinger fra flere medarbeidere om omfattende problemer i testperioden etter 4. september 2007. Fra IM har Tonny Steen forklart at det ikke var større problemer enn forventet, og at problemene ble løst etter hvert. Tonny Steen

installerte programvaren og håndterte tilbakemeldingene fra kommunen i testperioden. Partene er enige om at det ble installert en testversjon av Archibus-programvaren 4. september 2007. IM hevder at årsaken til at det ble gjort slik er at kommunen hadde stoppet betalingene og at IM dermed overfor Archibus ikke hadde adgang til å installere en fullversjon av programmet. Det er også enighet om at en del av problemene hadde sin årsak i at det ikke var installert fullverdig programvare. Lagmannsretten tar ikke stilling til om installasjonen av testprogrammet skyldes at kommunen hadde ikke hadde betalt for programvaren. Det avgjørende er at IM ikke informerte kommunen om konsekvensene av å installere testversjonen. 11. september 2007 installerte likevel IM en fullverdig versjon av programvaren. Også i dagene etter 11. september 2007 ble det meldt om problemer. Kommunen har ikke tilbudt vitner som selv opplevde problemene i testperioden, men kun vitner som har blitt fortalt at det var store problemer i testperioden. Lagmannsretten legger på den bakgrunnen til grunn at de problemene som oppsto ble behandlet fortløpende slik Tonny Steen forklarte. Lagmannsretten mener at det ikke er grunnlag for noe antecipert mislighold begrunnet i at det oppsto uforholdsmessig store problemer i testperioden. Det vises til at formålet med en testperiode nettopp er å teste ut systemet for å luke ut feil.

Spørsmålet er så hva som skjedde på møtet 20. september 2007 og betydningen av møtet. Som nevnt ovenfor har partene ulik oppfatning av hva som skjedde i dette møtet. Det fremgår av referatet fra møtet 28. august 2007 at det skulle holdes et formøte 20. september 2007. Tonny Steen har forklart at han hadde et slikt formøte med Eraj Lahooti før den avtalte presentasjonen. Lahooti er IT-medarbeider i kommunen og det er fremlagt en del korrespondanse mellom Steen og Lahooti. Steen forklarte at han sammen med Lahooti rettet enkelte feil og at programvaren deretter fungerte som forutsatt under formøtet. Lagmannsretten legger dette til grunn.

IM skulle senere på dagen gi en presentasjon for kommunens prosjektgruppe. Vitnene fra både kommunen og IM har forklart at det det ble et ganske kort møte og at det var kommunen ved Dagfinn Øvrebotten som bestemte at møtet skulle avsluttes. Øvrebotten var kommunens prosjektleder og direktør for den kommunalavdelingen som hadde bestilt programvaren. Om hva som nærmere skjedde har kommunens vitner forklart seg noenlunde sammenfallende om at IM fikk anledning til å presentere løsningene sine, men at de ikke klarte å starte opp noe som helst, og etter hvert ga opp. IMs vitner har noenlunde sammenfallende forklart at før de var kommet i gang med presentasjonen ble de brått stoppet og bedt om å forlate lokalet. Ifølge IMs vitner ble IM fortalt at her var det ingenting å vise frem. Det er ikke ført noe referat fra møtet. Ut fra vitneførselen legger lagmannsretten til grunn at hendelsesforløpet stort sett var slik IMs vitner forklarte. Dette understøttes også av at IM var kommet til Bergen den aktuelle dagen for å presentere systemet for kommunens prosjektgruppe. Dersom ikke noe fungerte ville trolig IM vært kjent med dette på forhånd. Det har formodningen mot seg at IM under en slik omstendighet ville ha forsøkt å gjennomføre en presentasjon. Det ville da vært mer nærliggende å be om en utsettelse. IM ba ikke om utsettelse i forkant av møtet. Det ble som nevnt også avholdt et formøte mellom Steen og Lahooti. Lagmannsretten kan ikke se at IMs brev til kommunen 24. september 2007 gir holdepunkter for at møtet 20. september 2007 forløp slik kommunen hevder.

For IM var møtet svært viktig. Under en slik omstendighet burde kommunen gitt IM anledning til, innenfor den tiden som var avsatt for møtet, å presentere arbeidet sitt. Lagmannsretten har ikke grunnlag for å mene noe om hvorvidt presentasjonen ville ha blitt vellykket eller mislykket. Det avgjørende er at IM ikke ble gitt anledning til å gi noen presentasjon. IM fikk dermed ikke mulighet til å levere. Sagt på en annen måte oppsto det kreditormora. IM var derfor ikke forsinket ut fra leveringstidspunktene som ble avtalt i møtet 28. august 2007. Det er heller ikke grunnlag for å konstatere vesentlig mislighold ut fra at IM ikke ville ha vært i stand til å levere, eller at kvaliteten på det som allerede var levert var for dårlig. Også her blir det avgjørende at IM ikke fikk anledning til å presentere løsningene sine i møtet 20. september 2007 slik det var avtalt. Konklusjonen blir etter dette at IM gis medhold i at kommunen ikke hadde adgang til å heve kontrakten.

Når det gjelder erstatningskravet har IM krevd erstatning for restbetaling for lisenser på kroner 309 784, en utestående regning på kroner 431 940 og betaling for arbeid frem til heving på kr 689 040. Til sammen utgjør dette kr 1 430 764 og tillagt forsinkelsesrenter er kravet på kr 2 272 644. Kommunen har ikke bestridt beregningen av forsinkelsesrenter. IM har fremhevet at tapet reelt sett er større, men at IM av prosessøkonomiske grunner har begrenset kravet til den verdien kommunen selv har beregnet når det gjelder den positive kontraktsinteressen. Dette fremgår av erstatningskravet kommunen fremmet 14. november 2007. De nevnte postene utgjør den positive kontraktsinteressen. Kommunen har bestridt at serviceavtalen, som er en del av lisenskostnaden, ikke er omfattet av den positive kontraktsinteressen fordi avtalen ikke trådte i kraft. Lagmannsretten ser det slik at når det skal utmåles erstatning for den positive kontraktsinteressen skal det også gis erstatning for serviceavtalen som falt bort fordi avtalen ikke trådte i kraft. Tapet utmåles etter dette til kr 2 272 644.

Sakskostnader:

Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 har den parten som har vunnet saken krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. IM har vunnet saken. Det skal likevel nevnes at IM i utgangspunktet også hadde krevd erstatning for indirekte tap, men at dette kravet senere er frafalt.

Lagmannsretten er kommet til at det ikke foreligger slike tungtveiende grunner at kommunen skal fritas for erstatningsansvar for sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 (3) a). For lagmannsretten har saken ikke budt på slik tvil at denne bestemmelsen kan komme til anvendelse.

Ankende part har krevd sakskostnader for tingretten med 163 837 kroner for Infrastructure Management og 37 200 kroner for Isero. For tingretten har ankende part krevd 915 171 kroner i sakskostnader hvorav 57 046 kroner er utgifter. For tingrettens behandling tilkjenner lagmannsretten Infrastructure Management og Isero sakskostnader slik det er krevd.

Prosessfullmektigene la frem sine kostnadsoppgaver i lagmannsretten og kommunen protesterte på ankende parts kostnadsoppgave. Kommunen har under behandlingen i lagmannsretten og i etterfølgende prosesskriv gjort gjeldende at IM har krevd erstatning for et svært høyt timeantall, at timeprisen er høy og at det ikke er grunnlag for å kreve erstattet kostnader til advokatfullmektig. Det ble ikke foretatt noe saksbehandling før advokat Frimannslund 15. oktober 2013 kontaktet kommunen med anmodning om innsyn i postjournal. Det ble gitt innsyn i alle dokumentene unntatt to dokumenter som det er knyttet taushetsplikt til. Sakens bevistema og rettslige tema har vært det samme som for tingretten. Når det benyttes en så høy timesats må det forventes at arbeidet også reflekterer dette, særlig med hensyn til effektivitet. Et gjengs utgangspunkt er at en rettsdag fordrer to dagers forberedelse. Et totalt salærkrav på rundt 180 000 til 200 000 kroner fremstår som mer naturlig. Reise og oppholdskostnader for advokatfullmektig Jensens arbeid under hovedforhandlingen er ikke dekningsmessig. Det er heller ikke grunnlag for kravet på merverdiavgift. Ankende parter er næringsdrivende og registrert i merverdiavgiftsmantallet. Fradragsrett for merverdiavgift er ikke dekningsmessig jf. Rt-2002-1610.

IMs prosessfullmektig har blitt varslet om at lagmannsretten vurderer å sette ned salæret. IM har kommentert omkostningsoppgaven under ankeforhandlingen og i flere etterfølgende prosesskriv. IMs prosessfullmektig har gjort gjeldende at saken er blitt langt mer omfattende enn for tingretten. 1/3 av dokumentene er kommet til i etterkant av tingrettens behandling. Det var kommunen som satt på dokumentene og det har lagt ned mye arbeid for å få tilgang til de aktuelle dokumentene. Det har tatt lang tid å sette seg inn i den nye dokumentasjonen. Den mottatte dokumentasjonen utgjør ca. 600 sider. Motparten har plikt til å utlevere dokumentasjon som har relevans for saken. Dette ble først gjort etter flere henvendelser. Det mangler fortsatt dokumentasjon og det er til dels utlevert dokumentasjon som ikke har relevans. Timelistene er sendt inn til retten. Det må tas hensyn til at saken står i en annen stilling bevismessig enn da saken sto for tingretten. Det er under halvparten av det reelle timeforbruket som er tatt med i kostnadsoppgaven. Når det gjelder timeprisen gjøres det gjeldende at 3 300 kroner er normal timepris for advokater i Oslo. Det er ikke krevd betalt for advokatfullmektigens tid i retten. Saken krever spesialistkompetanse innenfor det aktuelle rettsområdet. Advokat Frimannslund har lang erfaring både som IT-konsulent og advokat. Saken har svært stor betydning for IM. Forskjellen mellom medhold og ikke-medhold er ca. 4 500 000 kroner. IM er også ilagt arbeidsstopp av Archibus inntil det er avgjort om hevingen var rettmessig eller ei.

Lagmannsretten legger til grunn oppgaven over utgifter og anser med ett unntak disse for å være nødvendige. Lagmannsretten anser ikke at advokatfullmektigens utgifter som relaterer seg til reise og oppholdskostnader som dekningsmessige. På den bakgrunnen reduseres utgiftene med 11 817 kroner. Samlede utgifter settes etter dette til 45 229 kroner. I tillegg kommer ankegebyret.

Ankende part har krevd seg tilkjent merverdiavgift av saksomkostningene. Kommunen har bestridt at kravet på merverdiavgift er dekningsmessig og har vist til Rt-2002-1610. Kommunen har vist til at ankende part er fradragsberettiget for merverdiavgift. Ankende part har anført at de ankende partene ikke har hatt stor nok omsetning til at det er fradragsrett for merverdiavgift. Kravet er ikke nærmere begrunnet eller dokumentert. Lagmannsretten legger til grunn at de ankende partene har fradragsrett. En konkursskyldner har fradragsrett for inngående merverdiavgift for levering av varer og tjenester frem til åpning av bobehandling, jf. merverdiavgiftsloven § 8-7. IM er ikke konkurs. Lagmannsretten legger til grunn at det må gjelde samme regel for fradrag for inngående merverdiavgift i dette tilfellet som om IM hadde gått konkurs. Det avgjørende for fradragsretten vil etter lagmannsrettens oppfatning være leveringstidspunktet for varen, altså 2007. På

dette tidspunktet hadde IM fradragsrett. Utgiftene til advokatbistand knytter seg til den samme leveransen og fradragsretten må derfor også gjelde for salærutgiftene. Lagmannsretten anser etter dette ikke kravet på merverdiavgift for dekningsmessig og tar derfor utgangspunkt i at salærkravet utgjør 686 500 kroner.

Når det gjelder salærkravet på 686 500 kroner finner lagmannsretten at dette klart overstiger det som kan anses som nødvendige utgifter. For advokat Frimannslund er det krevd erstatning for 148, 5 timer a 3 300 kroner pluss merverdiavgift. For advokatfullmektig Bodd Jensen er det krevd erstattet 98 timer a 2000 kroner pluss merverdiavgift. Dette utgjør et samlet timeforbruk på 246,5 timer for ankeforhandlingen. Ankeforhandlingen varte 4 dager. Når det gjelder timeforbruk mener lagmannsretten at saken ikke skiller seg fra det som er vanlig i kontraktstvister. Saken er avgjort på bakgrunn av en standardavtale, møtereferater, korrespondanse og parts- og vitneforklaringer. Saken står også bevismessig i stort sett samme stilling som for tingretten og det er de samme rettslige spørsmålene som er avgjort. Saken er til dels vidløftiggjort ved at det er trukket inn et unødvendig stort antall dokumenter. Det betyr at en god del av ankende parts arbeid med å provosere fremlagt dokumenter etter lagmannsrettens oppfatning ikke har vært nødvendig. Det betyr også at en god del av kostnadene med å gjennomgå dokumentene ikke kan belastes motparten. Lagmannsretten bemerker også at det er brukt en høy timesats. For at en slik timesats skal kunne forsvares, må dette gi seg utslag i at advokaten også bidrar til å fokusere på de springene punktene i saken, slik at timeantallet reduseres. I denne sammenhengen skal det også bemerkes at en del av de medgåtte timene har ført til økt timeforbruk på motpartens side. Det nevnes også at ankende part krevde erstatning for indirekte tap, men senere trakk dette kravet.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at salærkravet må reduseres vesentlig. De nødvendige utgiftene som kan kreves erstattet av motparten settes skjønnsmessig til 300 000 kroner. Tillagt kravet på dekning av nødvendige utgifter blir det samlede kravet på saksomkostninger 345 229 kroner. Det er ikke spesifisert hvor mye av sakskostnadene som relaterer seg til anken for henholdsvis IM og Isero. I og med at Isero har akseptert at selskapet er bundet av garantien dersom IM ble dømt til å betale erstatning, forstår lagmannsretten det slik at hele kravet relaterer seg til IM.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

Vedrørende Infrastructure Management AS

1. *Bergen kommune dømmes til å betale erstatning til Infrastructure Management AS med 2.272.644 – tomillionertohundreogtøttitotusensekshundreogførtifire – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.*
2. *Bergen kommune betaler Infrastructure Management AS 163.837 hundreogsekstitretusenåttehundreogtrettiseks – kroner i sakskostnader for tingretten innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen og 345.229 – trehundreogførtifemtusentohundreogtjueni – kroner, tillagt ankegebyret, i sakskostnader for lagmannsretten innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.*

Vedrørende Isero AS

1. *Isero AS frifinnes.*
2. *Bergen Municipality pays Isero AS 37,200 – thirty-seven thousand one hundred – NOK, plus the appeal fee, in court costs for the district court within two weeks of the delivery of this judgment.*