

Land	Norge
Domstol	Bergen tingrett
Parter	Bad.no AS mod Knowit Experience Bergen AS
Dato for afgørelse	27. marts 2020
Afgørelsestype	Dom
Status	Endelig
Dato for publicering i domsdata-basen	22. november 2021
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Lovdata

Denne dom er hentet fra Lovdata med Lovdatas tilladelse.

Udnyttelse af afgørelser fra Lovdata til forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller til undervisningsvirksomhed kræver særskilt aftale med Lovdata. Lovdata afgør i tvivlstilfælde, hvorvidt der foreligger forlagsvirksomhed, distribution, drift af søgbare databaser eller undervisningsvirksomhed.

Vidersalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.



Bergen tingrett - Dom - TBERG-2019-39424

Instans	Bergen tingrett – Dom
Dato	2020-03-27
Publisert	TBERG-2019-39424
Stikkord	Obligasjonsrett. Avtalerett. Prisavslag. Erstatning. IT-leveranse. Utvikling av nettbutikk. Resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse. Avtaletolkning og inngåelse. Statens standardavtale for IT-anskaffelser.
Sammendrag	Saken gjelder kundens krav om erstatning/prisavslag og leverandørens motkrav om betaling av faktura i forbindelse med levering av programvare for utvikling av nettbutikk i medhold av DIFI sin standardavtale SSA-S 2015 («Smidighetsavtalen»). Retten ble satt med fagkyndige meddommere. Dommen er ett av få eksempler fra rettspraksis som redegjør for forståelsen av SSA-S 2015.
Saksgang	Bergen tingrett TBERG-2019-39424 (19-039424TVI-BERG/2).
Parter	Bad.no AS (advokat Erlend Bergstrøm) mot Knowit Experience Bergen AS (advokat Kirill Miazine v/advokatfullmektig Christian Werner Skovly).
Forfatter	Dommerfullmektig etter alminnelig fullmakt Espen Tverborgvik. Fagkyndige meddommere: Øyvind Louis Schønemann og saksbeh. sivilingeniør Remi Ludvigsen

Innholdsfortegnelse

Bergen tingrett - Dom - TBERG-2019-39424.....	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Hovedkravet og motkravet – innledning.....	3
1.1 Kort fremstilling av tvisten mellom partene.....	3
1.2 Kort om partene og foranledningen for tvisten.....	3
1.3 Saksøkerens påstand og påstandsgrunnlag	4
1.4 Saksøktens påstand og påstandsgrunnlag	5
1.5 Den videre fremstillingen	6
[Rettens vurdering]	6
2. Hovedkravet – de rettslige vilkårene for kravet.....	6
2.1 Avtalens regulering av prisavslag og erstatning som misligholdsbeføyelser	6
2.2 Mislighold og reklamasjon som vilkår for misligholdsbeføyelser	7
3. Hovedkravet – hva ble avtalt mellom partene?	8
3.1 Premiss for rettens vurdering	8
3.2 Avtalen 3. november 2016	8
3.2.1 Overordnet om Avtalen	8
3.2.2 Resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse?.....	8
3.2.3 Nærmere om det opprinnelig avtalte omfanget av Knowit sin leveranse	10
3.3 Etterfølgende avtalte endringer	11
3.3.1 Nye funksjoner, nye estimat og ny lanseringsdato sommeren 2017	11
3.3.2 Ble det avtalt en maksimal timebruk etter 3. november 2016?.....	12
3.3.3 Forsinkede produktfiler, utfordringer i prosjektet, og ny lanseringsdato.....	13
3.3.4 Feilretting og arbeid ned nye funksjonaliteter etter lansering 28. januar 2018	15
4. Hovedkravet – foreligger det mislighold?	16
4.1 Var det mangler ved den overleverte programvaren?	16
4.2 Var det mangler ved prosjektledelsen- og gjennomføringen?	18
4.3 Var avviket mellom estimerte og fakturerte timer et mislighold?	19
5. Hovedkravet – reklamasjon	21
5.1 Tidspunkt for mislighold	21
5.2 Krav til reklamasjon etter Avtalen	22
5.3 Har Bad.no reklamert i samsvar med Avtalen?.....	22
5.3.1 Spørsmål om prekludering av anførsel	22
5.3.2 Reklamerte Bad.no i tide?	22
6. Hovedkravet – konklusjon.....	23
7. Motkravet – rettens vurdering.....	24
8. Motkravet – konklusjon.....	24
9. Kravet om erstatning for sakskostnader	25
10. Resultat.....	25

1. Hovedkravet og motkravet – innledning

1.1 Kort fremstilling av tvisten mellom partene

Saken gjelder en tvist mellom saksøker Bad.no AS (heretter omtalt som «Saksøker» eller «Bad.no») og saksøkte Knowit Experience Bergen AS (heretter omtalt som «Saksøkte» eller «Knowit») i forbindelse Knowit sin utvikling og levering av programvare for en nettside/nettbutikk til Bad.no i en periode fra høsten 2016 til høsten 2018. Tvisten gjelder både Bad.no sitt krav om prisavslag og erstatning mot Knowit (heretter omtalt som «Hovedkravet») og Knowit sitt krav på betaling av vederlag mot Bad.no (heretter omtalt som «Motkravet»).

Partene inngikk avtale om levering og utvikling av programvare for nettbutikk for Bad.no den 3. november 2017 (heretter omtalt som «Avtalen»). Avtalen regulerer både prosjektgjennomføringen og kravene til programvaren (heretter omtalt som «Leveransen»).

Den grunnleggende uenigheten/tvistepunktet mellom partene knytter seg til det økonomiske oppgjøret etter Knowit sin gjennomføring og overlevering av Leveransen.

Bad.no mener at det foreligger en rekke mangler ved Knowit sin Leveranse som utløser misligholdsbeføyelser, og Bad.no har derfor krevd prisavslag og/eller erstatning for det tapet de mener å ha hatt som følge av manglene. Bad.no sitt krav utgjør hovedkravet i saken, og kravet på prisavslag/erstatning er estimert av Bad.no til å være på totalt kr 3.392.258 eks. mva.

Knowit bestrider Bad.no sitt krav, og krever seg frifunnet for hovedkravet. Knowit har reist motsøksmål og krevd at Bad.no skal betale en del av vederlaget for Leveransen som så langt har blitt tilbakeholdt av Bad.no i tillegg til forsinkelsesrenter. Knowit sitt motkrav utgjør kr 636 549,59 inkl. mva. uten forsinkelsesrenter.

I det følgende vil det redegjøres kort om partene og foranledningen for tvisten.

1.2 Kort om partene og foranledningen for tvisten

Bad.no er et aksjeselskap som selger VVS-produkter på internett. Virksomhetens salg og markedsføring skjer via internett, og selskapet er avhengig av en funksjonell nettside for å kunne drive sin virksomhet på en god måte i konkurranse med andre aktører. Selskapet har 4 ansatte og omsatte for kr 14 500 000 i 2017, og inngår for øvrig som et av flere datterselskap i konsernet til morselskapet Allier AS (Allier gruppen).

Knowit er et kommunikasjons- og teknologibyrå som blant annet leverer tekniske løsninger for digital kommunikasjon, herunder tjenesteleveranser, programvareutvikling og prosjektledelse. Selskapet Knowit Experience Bergen AS omsatte for kr 170 450 000 i 2017 og inngår som et av flere datterselskap i konsernet til morselskapet Knowit Experience AS, som igjen eies av en majoritetsaksjonær (Knowit AS) med internasjonal konserntilknytning.

I følge styremedlem i Bad.no og indirekte eier av Allier AS, Magne Stunner, hadde man opprinnelig i april 2014 bedt en dansk leverandør om å utvikle en ny nettbutikk-løsning for lansering 2015. Det viste seg imidlertid underveis at løsningen hadde en rekke feil og svakheter som leverandøren ikke ville vedkjenne seg, og Bad.no gikk bort fra prosjektet med den danske leverandøren. Programvaren var bygget publiseringssystemene Umbraco og Ucommerce. I følge daglig leder i Bad.no Erlend Stunner var løsningen lite stabil, og det var tungvint å drifte den. Etter den dårlige erfaringen med den danske leverandøren var det viktig for Bad.no å finne en leverandør med tilstrekkelig kompetanse, kapasitet og økonomisk forutsigbarhet.

I 2015 og 2016 var Bad.no i dialog med Knowit, der Knowit analyserte og vurderte den tekniske løsningen fra den danske leverandøren. Knowit ved kontaktpersonene Bård Singstad og Ernst Hosmann anbefalte ifølge Erlend Stunner å skrote den danske løsningen og heller bygge en ny løsning. Ifølge Erlend Stunner kontaktet man også leverandøren Ucommerce direkte, og fikk bekreftet Knowit sitt råd. Bad.no var imponert over Knowit sitt arbeid, og peilet seg til slutt inn på Knowit som leverandør av den nye nettsideløsningen.

Partene er omforent om at de i løpet av høsten 2016 avholdt flere «workshops» sammen, der de diskuterte utviklingen av en ny nettside. Retten finner det bevist at Bad.no synliggjorde for Knowit under disse møtene at det var viktig for Bad.no å ha uavhengighet fra leverandøren (herunder eierskap til programvaren), forutsigbarhet rundt kostnader i prosjektet, og at de i størst mulig grad ønsket «out of the box» standardløsninger.

Retten legger til grunn at det i løpet av møtene ble drøftet ulike utviklingsmodeller, og at det til slutt ble Knowit sitt råd og vurdering at nettsiden burde bygges etter mikrotjenestepriippet med utgangspunkt i Umbraco, Ucommerce og den nettbaserte tjenesten RestDB, og at selve prosjektgjennomføringen/utviklingsløpet burde skje i ulike iterasjoner/sprinter, slik at Bad.no kunne ha oversikt over kostnadene i prosjektet.

Den 30. oktober 2016 utarbeidet Knowit en prosjektplan for prosjektet, som senere ble tatt inn som bilag til partenes avtale. Den 3. november 2016 signerte partene en avtale om levering og utvikling av programvare med basis i Statens standardavtale for IT-anskaffelser SSA-S 2015 («Avtalen»).

Etter inngåelsen av Avtalen startet programvareutviklingen med utgangspunkt i lansering februar og mars 2017. Endelig lansering av nettbutikken skjedde imidlertid ikke før den 28. januar 2018, og partene er uenig om årsaken til dette. Partene er også uenig i hvilken grad Avtalen har blitt fulgt gjennom prosjektløpet, og i hvilken grad leveransen fra Knowit har vært i samsvar med partenes Avtale. I det følgende redegjøres det nærmere for partenes hovedanførsler og de påstandene partene har nedlagt i saken.

1.3 Saksøkerens påstand og påstandsgrunnlag

Bad.no har nedlagt følgende påstand:

«I hovedsøksmål:

1. Knowit Experience Bergen AS dømmes til å betale erstatning/prisavslag utmålt etter rettens skjønn til Bad.no AS, med tillegg av forsinkelsesrenter fra dommens forfallstidspunkt og til betaling skjer.

I motsøksmål:

2. Bad.no AS frifinnes.

I begge tilfeller:

3. Knowit Experience Bergen AS dømmes til å betale sakens omkostninger i hovedsøksmålet og motsøksmålet.»

Av rettsregler har Bad.no påberopt seg den skriftlige Avtalen av 3. november 2016 som rettsgrunnlag for kravet om prisavslag/erstatning. Det er særlig vist til Avtalens punkt 11.5.3, 11.4 og 11.5.5. I tillegg har Bad.no anført at partene etter Avtalen ble inngått, i tillegg inngikk en avtalte om et «timetak» for Leveransen på 2 836 timer. For øvrig er det anført at Avtalen mellom partene må tolkes og utfylles av generelle kontraktsrettslige og eventuelt kjøpsrettslige prinsipper.

Som rettsstiftende faktiske forhold for påstanden har Bad.no anført at Knowit sin Leveranse ikke er i samsvar med de krav som er stilt i Avtalen og det vederlag som er avtalt. Herunder er det anført følgende:

- i. Knowit har overfakturert Bad.no i strid med avtale. Knowit har fakturert Bad.no for totalt 5 168 timer i forbindelse med Leveransen og dermed vesentlig oversteget et avtalt maksimalt timeantall på 2 836 timer, og således overfakturert 2 332 timer. Overskridelsene skyldes ikke endringer eller tillegg i leveransen som er initiert eller akseptert av Bad.no.
- ii. Under enhver omstendighet er timeoverskridelsene utover 2 836 uansett i strid med avtalen mellom partene, fordi de skyldes mangler ved Knowit sin prosjektledelse og/eller tekniske kompetanse (se pkt. iii. og iv. under).
- iii. Det foreligger mangler ved prosjektgjennomføringen- og ledelsen til Knowit. Knowit har ikke lagt til grunn faglige og kvalitativt forsvarlige vurderinger for timeestimat, fortløpende økonomirapportering og øvrig prosjektledelse. Knowit har ikke gjennomført prosjektet som et smidighetsprosjekt slik Avtalen beskriver det, og Knowit har dermed heller ikke oppfylt sin varslings- eller veiledningsplikt i henhold til Avtalen. Det er Knowit som har ansvaret for den overordnede prosjektledelse, og manglende prosjektledelse og varslings har medført at Bad.no ikke har kunnet treffe sine beslutninger basert på korrekt og oppdatert informasjon eller faglige og forsvarlige vurderinger fra Knowit. Knowit

har ikke fulgt prosedyrene i Avtalen, eller dokumentert oppfyllelse av krav, og har hatt plikt til å utbedre feil og mangler for egen regning.

- iv. Den overleverte programvaren samsvarer ikke med de krav Bad.no har stilt i Avtalen. Knowit har ikke gjennomført prosjektet med tilstrekkelige kvalitative ressurser og kompetanse. Forutsatt at Knowit har lagt faglige og forsvarlige vurderinger til grunn for sine timeestimat og deretter avtalte timerammer, har ikke Knowit sin tekniske leveranse vært gjennomført med tilstrekkelig kvalitet og kompetanse, herunder er det anført at programvaren ikke oppfyller kravspesifikasjonen i Avtalen.

Bad.no har videre anført at Bad.no har reklamert over både overfaktureringen, prosjektledelsen og den tekniske leveransen i tide, og at vilkårene for prisavslag og erstatning er oppfylt.

Når det gjelder utmåling og økonomisk tap har Bad.no anført at Bad.no selv har vært nødt til å rette og fullføre nettløsningen etter at Knowit stanset arbeidet med å fullføre og rette nettsiden. I løpet av denne prosessen ble det avdekket alvorlige feil/mangler ved nettsiden. Samtidig viste det seg vanskelig for Bad.no å finne nødvendig kompetanse som kunne fullføre nettløsningen. På slikt grunnlag kom Bad.no etter hvert til at det mest hensiktsmessige og kostnadsbesparende var å utvikle en helt ny nettside. Verdien av Knowits leveranse har ifølge Bad.no vært svært begrenset.

Bad.no har overlatt det til rettens skjønn å utmåle størrelsen på prisavslag/erstatning, men har anført at det totale kravet er på kr 3 392 258 eks. mva. og at det knytter seg til følgende konkrete tapsposter:

- i. Knowit har fakturert for 2 332 timer mer enn det som partenes avtaleforhold hjemler. Basert på en gjennomsnittlig timepris på i overkant kr. 1000 estimeres det at Knowit har fakturert for kr 2 332 000,- mer enn det som kan hjemles i kontrakten og partenes avtaleforhold. Her skal det ifølge Bad.no gjøres fradrag for ikke-betalte faktura fra Knowit med kr 509 240 eks. mva., slik at det totale tapet utgjør kr. 1 822 760 eks. mva.
- ii. Bad.no er pådratt eksterne kostnader på kr. 608 174 eks.mva. til utvikling av ny nettside, og kr. 324 867 eks. mva. for utbedring av gammel nettbutikk. I tillegg er Bad.no pådratt interne kostnader knyttet til utvikling av ny nettløsning på til sammen kr. 636.457.

Prosessuelt har Bad.no anført i sin prosedyre at Knowit ikke har fremsatt anførselen om at det er reklamert for sent før avsluttet saksforberedelse, og at anførselen derfor skal avskjæres jf. tvisteloven § 9-16. Denne anførselen behandles senere i kapittel 5.

1.4 Saksøktes påstand og påstandsgrunnlag

Knowit har nedlagt følgende påstand:

«1. Knowit Experience AS frifinnes.

2. Bad.no AS dømmes til å betale ubetalte fakturaer fra Knowit Experience Bergen AS pålydende NOK 636 549,59 inkl. mva. med tillegg av forsinkelsesrenter fra fakturaenes forfallstidspunkt.

3. Bad.no AS dømmes til å betale sakens omkostninger.»

Knowit bestrider at vilkårene i avtalen for prisavslag eller erstatning er innfridd. Det er ikke grunnlag i partenes kontrakt for saksøkers krav. Det foreligger ingen kontraktuelle mangler, eller tap som saksøkte er ansvarlig for. Saksøkte har heller ikke noe leveranseansvar når saksøker stanser betaling. Saksøker har derfor ikke rett på erstatning for kostnader til videreutvikling som saksøkte ble forhindret fra å ferdigstille.

Avtalen må tolkes slik at leveransen er en innsatsforpliktelse for Knowit, og ikke en konkret resultatforpliktelse. Bilag 1 til avtalen er en behovsbeskrivelse og ikke en kravspesifikasjon.

Når det gjelder Bad.no sine anførsler om overfakturering og øvrige mangler, har Knowit anført følgende:

- i. Knowit har rettmessig fakturert løpende etter medgått tid i tråd med det som var avtalt mellom partene. Knowit bestrider at det har blitt avtalt fastpris for prosjektet. Partene har hele tiden forholdt seg til estimater. Utgangspunktet etter norsk rett er at estimater ikke er bindende. Bad.no har kontinuerlig hatt tilgang til oversikt over tidsbruken og har månedlig mottatt spesifiserte fakturaer. Knowit sine fakturaer er løpende betalt av Bad.no (med unntak av de for motkravet).
- ii. Under enhver omstendighet har Knowit brukt det nødvendige antall timer for å levere prosjektet og etterkomme bestillinger om ny/endret funksjonalitet. Leveransen er basert på standard programvare valgt

av saksøker, og saksøkte har brukt det nødvendige antall timer for å gjøre nødvendige tilpasninger av dette til saksøkers ønsker. Saksøkers leveranse av produktfiler ble også forsinket og levert med feil, som påvirket omfanget og betydelig forsinket fremdriften i prosjektet.

iii. Det foreligger ikke mangler ved Knowit sin prosjektgjennomføring- og ledelse. Kontrakten (Statens Standardavtale, Smidigavtalen «SSA-S») er en avtale for smidig programvareutvikling, hvor det er kunden (saksøker) som har ansvaret for omfanget og prioriteringene i prosjektet.

iv. Det foreligger ikke mangler ved den overleverte programvaren.

Vilkårene for prisavslag/erstatning er ikke oppfylt. Saksøker har ikke reklamert, det er reklamert for sent, og saksøker har uansett ikke gitt tilgang til avhjelp slik kontrakten forutsetter. Saksøker kan ikke høres med at løpende rapportering om feilrettinger i prosjektet likestilles med reklamasjon for kontraktuelle mangler.

Det fremsatte kravet er hverken proporsjonalt eller påregnelig, og må uansett nedkortes. Videre må det avkortes grunnet Bad.no sin medvirkning til en eventuell skade ved at Bad.no stanset betaling og forhindret Knowit sine løpende tjenester. Under enhver omstendighet må avtalens erstatningsbegrensning komme til anvendelse.

1.5 Den videre fremstillingen

I de neste kapitlene 2-6 vil det redegjøres for rettens vurdering av hovedkravet, før det dernest redegjøres for rettens vurdering av motkravet i kapittel 7-8, før sakskostnadsspørsmålet behandles i kapittel 9 og domsresultatet presenteres i kapittel 10.

[Rettens vurdering]

2. Hovedkravet – de rettslige vilkårene for kravet

2.1 Avtalens regulering av prisavslag og erstatning som misligholdsbeføyelser

Bad.no har krevd prisavslag og erstatning. Det anførte rettsgrunnlaget for kravet er Avtalen, og det er ikke bestridt mellom partene at det er Avtalens regulering av vilkårene for prisavslag og erstatning som skal legges til grunn.

Før det redegjøres for rettens vurdering av hvilke rettigheter og plikter partene har avtalt og hvilket faktum retten finner bevist, vil det først redegjøres for rettens vurdering og tolking av Avtalens reguleringer av relevante vilkår for Hovedkravet.

For å klarlegge det rettslige innholdet i vilkårene i Avtalen, må Avtalen tolkes i tråd med ulovfestede prinsipper for avtaletolkning (se pkt. 3.1 under), i lys av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper som bakgrunnsrett.

Avtalen punkt 11.5.3 stiller følgende vilkår for at kunden skal kunne kreve prisavslag:

«Hvis det tross gjentatte forsøk ikke har lyktes Leverandøren å avhjelpe en mangel eller forsinkelse, kan Kunden kreve forholdsmessig avslag i kontraktssummen. Prisavslag er kompensasjon for redusert verdi av det leverte, og er uavhengig av eventuell erstatning.»

For det første kreves det at det må foreligge en «mangel» eller en «forsinkelse». For det andre kreves det at Leverandøren «ikke har lyktes [...] å avhjelpe» mangelen eller forsinkelsen «tross gjentatte forsøk».

Prisavslaget er således tilsynelatende en misligholdsbeføyelse som utelukkende muliggjøres etter avhjelpsforsøk. Det følger imidlertid av vilkårene for avhjelp i pkt. 11.4 (3) at kunden kan kreve forholdsmessig prisavslag «I den utstrekning avhjelp ikke ytes», slik at også manglende avhjelp gir krav på prisavslag.

Avtalens pkt. 11.5.5. oppstiller vilkårene for at kunden skal kunne kreve erstatning, og hva som i tilfelle kan kreves erstattet. For det første må det foreligge et «tap», som er begrenset til direkte tap. For det andre må tapet «skyldes» direktekostnader kunden har hatt «i forbindelse med forsinkelse, mangel eller annet mislighold iht. pkt. 11.1».

En fellesnevner for prisavslag etter pkt.11.5.3 og erstatning etter pkt.11.5.5 er at begge inngår i kapittel 11.5 og derfor utgjør «Sanksjoner ved mislighold». Som det fremgår ovenfor er det, på samme måte som i obligasjonsretten for øvrig, et felles vilkår for både prisavslag og erstatning som misligholdsbeføyelser at det foreligger et «mislighold» i form av eksempelvis en «mangel» eller «forsinkelse».

2.2 Mislighold og reklamasjon som vilkår for misligholdsbeføyelser

Vilkårene for at det foreligger en «mangel» etter pkt. 11.5.3 og 11.5.5 og dermed «mislighold» i kapittel 11.5 sin forstand, er regulert i Avtalens pkt. 11.1 der det er regulert «Hva som anses som mislighold».

Bestemmelsens første og andre avsnitt har følgende ordlyd:

«Det foreligger mislighold fra Leverandørens side hvis leveransen ikke er i samsvar med de funksjoner og krav og frister som er avtalt. Det foreligger også mislighold dersom Leverandøren ikke oppfyller øvrige plikter etter avtalen.

Det foreligger likevel ikke mislighold hvis situasjonen skyldes Kundens forhold eller force majeure.»

Retten tolker Avtalens pkt. 11.1 (1) og (2) slik at ethvert brudd på avtalen fra leverandørens side, som ikke skyldes kunden eller force majeure, vil utgjøre et mislighold som utløser en rett for kunden til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser etter kapittel 11.5. Det er imidlertid et krav etter pkt. 11.1 (3) at:

«Kunden skal reklamere skriftlig uten ugrunnet opphold etter at misligholdet er oppdaget eller burde vært oppdaget.»

Videre følger det av pkt. 11.2 om «Varslingsplikt» at:

«Hvis Leverandørens ytelser ikke kan leveres som avtalt, skal Leverandøren så raskt som mulig gi Kunden skriftlig varsel om dette. Varselet skal angi årsak til problemet og så vidt det er mulig angi når ytelsen kan leveres. Tilsvarende gjelder hvis det må antas ytterligere forsinkelser etter at første varsel er gitt.

Det kan ikke kreves erstatning eller andre misligholdsbeføyelser for forhold som ikke er varslet senest innen utløpet av garantiperioden. Dette gjelder likevel ikke idømt erstatningsansvar overfor tredjepart knyttet til rettsmangler i henhold til punkt 13.4.»

Retten tolker Avtalens pkt. 11.1 (3) samt pkt. 11.2 slik at det i Avtalen, på samme måte som i kjøpsretten og den alminnelige obligasjonsretten forøvrig, er en betingelse for å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende, at kjøper/kunden har reklamert innen en relativ reklamasjonsfrist (her uten ugrunnet opphold) og en absolutt reklamasjonsfrist (her senest innen utløpet av garantiperioden). For at reklamasjon etter 11.1 (3) skal anses å foreligge, er det et uttrykkelig vilkår at reklamasjonen må være «skriftlig».

At Avtalens pkt. 11.1 (3) oppstiller en relativ reklamasjonsfrist for kunden, fremgår klart av ordlyden i seg selv. For øvrig er vilkåret forenlig med de krav til godkjenning, utprøving, testing og undersøkelse som påhviler kunden etter f.eks. 2.3.5, 2.5.3, 2.5.5, 2.6.2 etc. og det behovet for løpende avklaring og tilbakemelding det medfører for leverandøren.

At Avtalens pkt. 11.2 oppstiller en absolutt reklamasjonsfrist ved utløpet av garantiperioden underbygges etter rettens syn av avtalens reguleringer av ulike faser for delleveranse (pkt. 2.3), overlevering (pkt. 2.4), produksjonssetting (2.5.1), godkjenningsperiode (pkt. 2.5.2), leveringsdag (pkt. 2.5.5), avsluttende testing og aksept (pkt. 2.6.2), overlevering, produksjonssetting og godkjenning (pkt. 2.6.3), avbestilling og exit (pkt. 2.7) og garantiperiode (pkt. 4). Partene har ulike rettigheter og plikter alt etter hvilken fase partene befinner seg i, og det er dermed naturlig å forstå Avtalen slik at leverandøren skal kunne slå seg til ro med at leveransen er fri for mangler når garantiperioden er over.

Dersom kunden ikke har reklamert skriftlig innen både den relative og absolutte reklamasjonsfristen, tolker retten Avtalen slik at kunden er avskåret fra å gjøre gjeldende sanksjoner mot leverandøren etter kapittel 11.5. Kunden er imidlertid ikke avskåret fra å kreve erstatning overfor tredjepart knyttet til rettsmangler etter pkt. 13.4.

Som det fremgår over, er mislighold av Avtalen den første betingelsen for å kunne kreve erstatning og/eller prisavslag. I det følgende kapittel 3 redegjøres det først for rettens vurdering av hva som ble avtalt mellom partene, før det dernest i kapittel 4 redegjøres for rettens vurdering av om Knowit som leverandør har misligholdt sine avtaleforpliktelser overfor Bad.no som kunde.

3. Hovedkravet – hva ble avtalt mellom partene?

3.1 Premiss for rettens vurdering

Det følger av langvarig rettspraksis at avtaler må tolkes i tråd med ulovfestede prinsipp for avtaletolkning, der formålet med tolkningen er å fastlegge innholdet av partenes rettigheter og forpliktelser. Utgangspunktet for tolkningen skal tas i partenes felles subjektive forståelse. Der denne ikke kan påvises, skal tolkingen skje i form av en ren objektiv tolking av avtalens ord og uttrykk jf. Giertsen «Avtaler, 3. utgave» s. 116 og 120. Alle omstendigheter knyttet til avtalen kan ha relevans ved tolkingen, men utgangspunktet skal tas i en naturlig språklig forståelse av avtalens ordlyd jf. Rt-1997-1807.

3.2 Avtalen 3. november 2016

3.2.1 Overordnet om Avtalen

Avtalen er en standardavtale utviklet av DIFI som regulerer en dynamisk prosjektgjennomføringsmåte for programvareutvikling i ulike iterasjoner/sprinter basert på den såkalte «smidighetsmetoden» eller «smidighetsmodellen».

Smidig utviklingsmetodikk er kort forklart en arbeidsmetode der leverandør og kunde starter med et bredt mål eller «scope» for leveransen, og der de jobber tett sammen og løpende utvikler programvaren gjennom delleveranser, og gradvis snevrer inn målet underveis i prosjektet. Metoden står i motsetning til den såkalte «Fossefallsmetoden» som følger et mer tradisjonelt utviklingsløp, med et konkret mål eller «scope» fra start, påfølgende utvikling, testing, og overlevering, der en fase lukkes før neste fase starter.

Det er ikke omtvistet mellom partene at Avtalen ble gyldig inngått, selv om den Avtalen retten har fått fremlagt utelukkende er signert av Magne Stunner på vegne av Bad.no. På s. 38 i Avtalen fremgår det at med mindre annet fremgår av bilag 4 skal alle henvendelser vedrørende avtalen rettes til daglig leder Erlend Stunner «Hos Kunden» og teamleder Bård Singstad «Hos leverandøren».

3.2.2 Resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse?

Når det gjelder leveranseansvar har Knowit anført at Avtalen må tolkes slik at Knowit utelukkende har hatt en innsatsforpliktelse der Knowit har vært forpliktet til å stille ressurser til disposisjon for Bad.no til utvikling av nettsiden som et felles prosjekt mellom Bad.no og Knowit uten å ha ansvar for løsningen som utvikles.

Til støtte for sitt syn har Knowit vist til en e-post fra Kenneth Gvein til Magne Stunner av 31. oktober 2018 der førstnevnte hevdet at Knowit flere ganger hadde gitt uttrykk for at man ytet bistand uten å ha et resultatansvar for de løsninger som utvikles. For øvrig er det vist til veilederen til SSA-S (Avtalen) pkt. 2 og juridisk teori, herunder Føyen m.fl. «Kontrakter for utvikling av programvare» særlig s. 234 og 17.

Bad.no mener derimot at Avtalen må forstås slik at den stiller konkrete krav til Knowit sin leveranse både når det gjelder prosjektledelse og den tekniske leveransen. Til støtte for sitt syn har Bad.no særlig pekt på de kommuniserte forutsetningene fra Bad.no forut for avtaleinngåelsen om bla. hastighet og synlighet, samt kravspesifikasjonene til bla. hastighet og synlighet i bilag 1A, og formuleringer i Knowit sin prosjektplan som bilag 2 til Avtalen.

Retten finner det på bakgrunn av Ernst Hosmann sitt notat «Avklaringer rundt samarbeid og kommunikasjon», partsforklaringen til Erlend Stunner, samt vitneforklaringene til Magne Stunner og Stian Toftevåg bevist at synlighet på Google og høy hastighet/stabilitet på nettløsningen ble fremhevet og kommunisert som særlig viktige forutsetninger og krav til nettsiden fra Bad.no sin side. For øvrig må det sies å være en alminnelig utbredt oppfatning at en nettbutikk generelt bør være tilgjengelig og synlig for kunder, og at den bør være rask og stabil når kunden er inne på nettsiden.

Hva som skal leveres etter Avtalen fremgår av Avtalens pkt. 1.1 om «Avtalens omfang»:

«Avtalen gjelder leveranse av Programvare som beskrevet i bilag 1 og 2, utviklet ved bruk av en metode for Smidig programvareutvikling, som nærmere beskrevet i bilag 6. Avtalen omfatter også eventuelle standardsystemer, fri programvare og utstyr, samt tjenester og ytelser som står i forbindelse med dette («Øvrige leveranseelementer») dersom dette fremgår av bilag 1 og 2.»

Det som skal leveres er en «Programvare» slik som beskrevet i bilag 1 og 2, og denne skal være «utviklet ved bruk av» smidighetsmetoden. I Avtalens pkt. 1.2 fremgår det at bilag 1 skal inneholde «Kundens behovsbeskrivelse og krav», mens bilag 2 skal inneholde «Leverandørens løsningsbeskrivelse». I Avtalen pkt. 5.1 heter det at leverandøren har «ansvar for at leveransen dekker behovs- og løsningsbeskrivelsen i bilag 1 og 2» med eventuelle endringer i bilag 9, likevel slik at «detaljspesifikasjonen og godkjenningskriteriene skal utgjøre den endelige spesifisering av hva som skal leveres for de områdene de dekker».

På bakgrunn av bevisførselen legger retten til grunn at partene ble enige om at dokumentet «Bilag 1a: Overordnet kravspesifikasjon» skulle inngå som del av bilag 1. Bevisførselen har ikke avklart hvorvidt dokumentet «Prosjektplan Bad.no» ble avtalt inntatt som bilag 1 eller 2, men det har heller ikke betydning for rettens vurdering, da det ikke foreligger motstrid mellom de ref. Avtalens pkt. 1.3. Det nærmere innholdet i den «Programvare» Knowit skulle levere er ifølge Avtalens pkt. 1.1 nærmere beskrevet i disse dokumentene.

I Bilag 1a fremgår det i pkt. 1.1 at formålet med dokumentet er å gi kunden og leverandøren et sett universelle, minimums akseptanskriterier, og at et overordnet mål med dokumentet er å «hindre avvik mellom kundes forventninger ved en behovsbeskrivelse og leverandørs løsningsbeskrivelse og leveranse / delleveranse». Videre fremgår det av pkt. 2.1 at leverandøren «plikter [...] å følge kodestandarder og validering beskrevet i punkt 2.2 – 2.6.» og at å «oppfylle minimumskravene i [...] punkt 2.7, 2.8. og 2.9.»

I de påfølgende punktene 2.2 til og med 2.9 listes det opp ulike helt spesifikke og konkrete krav til programvarens egenskaper og utforming. Av særlig betydning for rettens vurdering vises det til: i) pkt. 2.6 der det fremgår at løsningen skal ha en «Akseptabel score på mobil og datamaskin» ved bruk av Google PageSpeed Insights på 90/100 på «Hastighet» og 100/100 på «Brukererfaring», at ingen kritiske feil aksepteres, og at mindre feil må utbedres inntil minimum score er oppnådd, ii) pkt. 2.7 om «Teknisk infrastruktur» der det står at «Standard løsninger (out of the box) skal benyttes.», og iii) pkt. 2.8 om «Krav til ytelse og pålitelighet» der det står at total responstid for e-handelsløsningen gjennomsnittlig skal være maksimalt 0,5 sekunder, og at det skal legges opp til en løsning med «minimalt med spikes og uregelmessigheter», og at responstiden på spikes skal begrenses etter beste evne.

I dokumentet «Prosjektplan Bad.no» er det nærmere beskrevet hvilke prosjektverktøy og metode Knowit vil bruke i prosjektet, og smidighetsmetodens faser for testing, driftsmiljø etc. blir beskrevet. Ordbruken i dokumentet er hovedsakelig beskrivende og informativ, men enkelte setninger er å forstå som dispositive utsagn som Bad.no har hatt rimelig grunn til å forstå at Knowit har ment å forplikte seg til.

Selv om det i pkt. 2 skrives at det er en viktig forutsetning for å lykkes med smidige prosjekter at kunden er aktivt involvert i prosjektet, og at Knowit og Bad i tett dialog sammen skal definere, velge og prioritere hvilke oppgaver som skal gjøres i hvert utviklingsløp, forstår retten dokumentet i sin helhet slik at Knowit har ment å påta seg prosjektansvaret og oppgaven med å utvikle programvaren for Bad.no som kunde. Det vises til at Knowit flere steder har formulert seg med ord som «Vi har valgt», «Vi planlegger», «vi designer løsninger», «Vi kommer til å benytte», «Det vil benyttes», «vi har startet jobben med å», «vår fremdriftsplan for utvikling av nettbutikken» etc. Samlet etterlater dokumentet etter rettens syn lite tvil om at Bad.no kunne ha en berettiget forventning om at Knowit tok på seg prosjektansvaret med å utvikle programvaren på vegne av, men likevel i samarbeid med, Bad.no som kunde. Dette styrkes ytterligere av bilag 6 til Avtalen om «Programvareutviklingsmetode» der det på s. 10 skrives at «Knowit tror på et tett integrert team og har satt sammen det teamet vi tror skal til for å levere et godt prosjekt. Teamet består av et kjerneteam som vil ha overordnet ansvar for prosjektgjennomføring og løpende dialog med kunde, samt et sterkt tverrfaglig utviklingsteam.»

For øvrig er også Knowit sitt ansvar for prosjektledelse- og gjennomføring regulert i Avtalens pkt. 5.3 som sier at «Leverandøren inntar ansvar for at leveransen blir gjennomført med tilstrekkelig kvalitative og kvantitative ressurser og kompetanse, ut fra kravene i avtalen.»

Etter rettens syn er det samlet lite tvilsomt at Avtalen med bilag må forstås slik at den oppstiller en klar avtalerettslig forpliktelse for Knowit som leverandør til å levere et konkret resultat i form av en programvare

for en nettløsning. Videre er det lite tvilsomt at denne programvaren måtte tilfredsstillte de konkrete kravene som Bad.no som kunde gjorde synlige i forkant av avtaleinngåelsen, og som ble uttrykkelig avtalefestet og formalisert i bilag 1a. Videre er det rettens vurdering at Knowit også påtok seg en delvis innsats- og resultatforpliktelse for selve prosjektet utover leveransen av programvaren, der innsatselementet bestod i å stille mannskap og ressurser til disposisjon for Bad.no som kunde, og der det også lå resultatforpliktelser i å gjennomføre den utviklingen som ble avtalt for hver delleveranse (sprint), så vel som å gjennomføre prosjektet slik det var beskrevet i Avtalen.

3.2.3 Nærmere om det opprinnelig avtalte omfanget av Knowit sin leveranse

Avtalens pkt. 1.4 er en svært viktig mekanisme i avtalen som påvirker «Avtalens omfang» og dermed leverandørens forpliktelser etter pkt. 1.1. Bestemmelsen slår fast at:

«Avtalen reflekterer en gjennomføringsmodell basert på fleksibilitet i systemutviklingen og et tett samarbeid mellom Kunde og Leverandør for å realisere behovsbeskrivelsen i bilag 1 og 2.

De valg, presiseringer og omprioriteringer som Kunden gjør innenfor rammen av behovsbeskrivelsen og i henhold til programvareutviklingsmetoden beskrevet i bilag 6, anses ikke som endringer etter kapittel 3. Omgjøring av allerede utviklet og akseptert funksjonalitet og andre endringer skal håndteres i henhold til bestemmelsene i kapittel 3 og samles fortløpende i bilag 9.»

Det er ikke omtvistet mellom partene at utgangspunktet ved avtaleinngåelsen 3. november 2016 var at Knowit i første omgang skulle levere en begrenset minimumsløsning som skulle lanseres i februar og mars 2017 – et såkalt «Minimum Viable Product» eller «MVP». At man var enig om å starte prosjektet med utgangspunkt i utvikling av en MVP fremgår klart av partsforklaringen til Erlend Stunner og vitneforklaringen til blant andre Ernst Hosmann. For øvrig fremgår det tydelig av bilaget «Prosjektplan Bad.no» pkt. 1, pkt. 1.1 og 1.2, samt pkt. 9 at dette var det opprinnelige omfanget for prosjektet. Fra sistnevnte pkt. 9 gjengis her sitat som retten finner at beskriver utgangspunktet for enigheten mellom partene godt:

«Bad har i dag en nettbutikk hos sin tidlige leverandør i Danmark, som ikke fungerer tilfredsstillende og det er vanskelig å få vedlikeholdt. Dette betyr at de har et sterkt ønske om å kunne lansere en nedskalert versjon av den nye nettbutikken så raskt som mulig. Dette har vi tatt hensyn til i vår fremdriftsplan for utvikling av nettbutikken, men det viktig at dette ikke går på bekostning av kvaliteten i den viktige oppsetts og planleggingsfasen. Løsningene vi velger nå blir den digitale grunnmuren vi skal bygge hele løsningen på videre, og snarveier i denne delen kan bli svært omfattende og kostbare å fikse senere.

Vi har nå sammen funnet frem til hva vi mener bør være inkludert i en nedskalert utgave av løsningen, som erstatte og fristille Bad fra deres tidligere leverandør og løsning. Denne vil kun inneholde de mest populære produktene og kategoriene, og teknisk sett kun ha den basis funksjonaliteten som er påkrevd for å kunne selge dette utvalget produkter.

Vi planlegger også å ha på plass en ny mobiltilpasset og oppdatert design, som danner grunnlaget for den nye uttrykket vi ønsker nettstedet skal ta. Denne jobben kan først startes når vi har fått på plass de grunnleggende tekniske forutsetningene, da disse vil gi designer føringer for hva som kan gjøres uten å øke kompleksiteten og dermed leveransetiden i prosjektet.»

Av særlig betydning utledes det at MVP'en bare skulle inneholde de mest populære produktene og kategoriene, og at den skulle ha en basisfunksjonalitet som var påkrevd ut fra denne forutsetningen. Videre fremgår det at de løsninger som ble valgt tidlig skulle bli den digitale grunnmuren som man skulle «bygge hele løsningen på videre».

I prosjektplanens pkt. 10 fremgår Knowit sine estimat for medgått tid i prosjektet «basert på våre vurderinger av funksjonalitet i løsningen», der høyeste estimat var en total på 1 382 timer. Videre fremgår det at:

«Dette er tiltenkt som et utgangspunkt for felles diskusjon og prioritering med Bad, hvor resultatet av en slik workshop legger grunnlaget for det endelige estimatet over første leveranse. Valg av aktiviteter i en sprint danner det faktiske grunnlaget for timebruken i prosjektet, og vil kunne endre estimater om det blir endringer i scope og omfang underveis.»

Samlet tolker retten Avtalen med bilag slik at Knowit i utgangspunktet bare skulle utvikle og lansere en MVP, og at dette skulle gjøres innenfor et estimert antall timer, likevel slik at endringer «i scope og omfang underveis» ville kunne påvirke timebruken i prosjektet.

3.3 Etterfølgende avtalte endringer

3.3.1 Nye funksjoner, nye estimat og ny lanseringsdato sommeren 2017

Som det fremgår ovenfor i pkt. 3.2.3 avtalte partene opprinnelig et relativt klart utgangspunkt for hva leveransen skulle være. Avtalen med bilag er imidlertid ikke statisk og fastlåst etter sitt innhold, da særlig pkt. 1.4 i Avtalen i kombinasjon med den dynamiske og tette samarbeidsmodellen avtalen legger opp til, åpner opp for at prosjektet skal kunne utvikle seg underveis som prosessen skrider fremover gjennom dialog med kunden. Avtalen skiller mellom endringer etter Avtalens kapittel 3, og endringer i form av «valg, presiseringer og omprioriteringer» tråd med pkt. 1.4.

Som det vil redegjøres nærmere for i det følgende, har retten funnet det bevist at partene i etterkant av november 2016 avtalte og gjennomførte vesentlige utvidelser i prosjektet og endringer i leveransen i forhold til det opprinnelig avtalte utgangspunktet. Det er ikke ført bevis for at noen av de etterfølgende endringer som er avtalt, er gjort etter prosedyrene i kapittel 3 i Avtalen, og ført i Avtalens bilag 9. Som det fremgår av pkt. 1.4 i Avtalen er det imidlertid avtalt en fleksibilitet i systemutviklinger der «De valg, presiseringer og omprioriteringer som Kunden gjør innenfor rammen av behovsbeskrivelsen og i henhold til programvareutviklingsmetoden» ikke skal anses som «endringer etter kapittel 3».

Retten legger til grunn, som både Ernst Hosmann og Erlend Stunner har forklart, at det allerede tidlig etter 3. november 2016 ble klart at Bad.no også ville ha med variantprodukter og komponentgrupper i nettløsningen, og at det ikke var tatt høyde for dette i starten av prosjektet. Partene avholdt en rekke møter om dette i november, og Knowit introduserte rest-DB som er et verktøy i programvareutviklingen. I følge Ernst Hosmann førte introduksjonen av variantprodukter og komponentgrupper til at modellene ble mye mer avanserte og at man møtte flere tekniske utfordringer enn det Knowit hadde sett for seg innledningsvis.

Den 26. januar 2017 sendte Hosmann en e-post til Stunner der det ble redegjort for at man var over det opprinnelige estimatet, og der det ble gitt et nytt re-estimat med «nye anslag på timer». I tillegg ble det gitt en forklaring til postene, og redegjort for hvordan prosjektet så langt var blitt mer komplekst og derfor krevde mer arbeid. Når det gjaldt ytelsestesting skrev Hosmann at:

«Vi har måttet gjøre deler av testingen her flere ganger, da funn underveis i prosjektet har avdekket mangler og utfordringer opp mot uCommerce sin standard funksjonalitet. Disse har vi løst selv eller i samarbeid med uCommere, men for hver oppdatering eller løsning har prosessene måtte gjentas for å sikre at løsningene har hatt ønsket effekt. Vi føler oss nå sikre på at vi har en stabil grunnmur og effektivt oppsett, noe som skal sikre den daglige driften av nettbutikken.»

Retten legger til grunn at det i e-posten av 26. januar 2017 ble synliggjort for Bad.no at Knowit hadde måttet gjøre en del endringer og tilleggsarbeid ut fra det som opprinnelig var avtalt.

Det er fremlagt et notat av 3. april 2017 med tittel «Oppsummering – fremdrift og økonomi», som retten legger til grunn at var en omforent oppsummering av status, økonomi og fremdrift. Notatet kaster lys over hva som skjedde mellom partene i perioden 26. januar 2017 – 3. april 2017.

Under overskriften «Re-estimert fase 1 løsning datert 26.01.17», som knytter seg til Hosmann sin e-post av 26. januar 2017, står det at det etter prosjektets oppstart ble besluttet at enkelte kritiske egenskaper og funksjoner måtte være med fra lansering. For å unngå begrepsforvirring ble samtidig lanseringsproduktet omdøpt fra MVP løsning, til Fase 1 løsning. Fase 1 løsningen innebar også en forskyvning i forventet lanseringstidspunkt, samt økning i totalt antall timer. Det fremgår at bakgrunnen for e-posten 26. januar 2017 var en forespørsel fra Bad.no. Videre fremgår det at det i det opprinnelige estimatet fra Knowit 30. oktober 2016 ikke var tatt høyde for møtevirksomhet og prosjektledelse. Det ble lagt ved et vedlegg til notatet med «re-estimert økonomiplan» som var oppdatert med timeforbruk t.o.m. uke 14.

Videre fremgår det av notatet at styringsgruppen i prosjektet, bestående av to personer fra Bad.no og to personer fra Knowit, hadde reist innsigelser mot timetallet, i hovedsak knyttet til integrasjon av ulike verktøy,

implementasjon av design, samt prosjektledelse og møter. Videre fremgår det at «Det nye estimatet viser et avvik på over 1300 timer» og at styringsgruppen ikke var tilfreds med Knowit sin forklaring og opprettholdt sine innsigelser.

I følge notatet ble det avholdt et avklaringsmøte den 29. mars 2017. Der det likevel ble «enighet om at estimatene som ble forelagt styringsgruppen var tekniske estimater uten prosjektledelse og test, og at det måtte påregnes en del timer til dette.» Videre fremgår det at det ble påpekt fra Knowit sin side at «prosjektet er basert på en fleksibel og agil tilnærming hvor timer føres etter forbruk», og at alle estimater derfor er kalkulert med minimal risiko, «i motsetning til grundig gjennomarbeidet estimater ved fastpris prosjekter». Derne st står det at:

«Bad.no hadde ingen innsigelser mot dette og mener begge parter er tjent med et «rettferdig betaling for riktig arbeid» prinsipp».

Derne st fremgår det at partene var enige om at det reelle avviket bare var 450 timer (ikke 1 300), og at partene skulle dele risikoen for dette avviket med 50/50 «sett i lys av at prosjektledelse og møtevirksomhet er en naturlig del av prosjektet – til tross for at Knowit ikke opplyste om disse i det tekniske estimatet ved prosjektstart.» Av de 1 300 timene i reestimatet som per 3. april 2017 oversteg det opprinnelige estimatet fra høsten 2016, ble det konkludert med at det faktiske avviket var på 450 timer. Av disse 450 timene ble Bad.no tilgodesett med halvdelen – 225 timer.

Avslutningsvis i notatet fremgikk det at Knowit per 3. april 2017 forventet å være ferdig med sprint 4 i slutten av uke 14, og at det da ville gjenstå en sprint (sprint 5) før Fase 1 i prosjektet var ferdig. Videre fremgikk det at: «Bad.no trenger også tiden frem mot mai måned, samt testperioden (3 uker), til å ferdigstille så mange produkter som mulig. Det er prosjektgruppens anbefaling at lansering av ny løsning faller naturlig i henhold til ferdigstillelse av arbeidet med produkter.»

Retten legger dermed til grunn at det per 3. april 2017 forelå en felles enighet mellom partene om et nytt estimat for gjenstående timebruk for, at det skulle gjennomføres en testperiode i mai, og at partene forventet å kunne lansere nettsiden innen kort tid etter dette.

3.3.2 Ble det avtalt en maksimal timebruk etter 3. november 2016?

Den 4. april 2017 ble det avholdt et møte mellom Knowit og Bad.no der retten finner det bevist at Ernst Hosmann og Erlend Stunner deltok. Bad.no hevder at det under dette møtet ble inngått en muntlig avtale om et «tak» for maksimal timebruk i prosjektet som til slutt endte på 2 836 timer. I følge Stunner hadde han fått beskjed internt fra sitt styre om å få mer kontroll på økonomien, og at formålet med møtet var å avklare status og avklare et øvre tak.

Stunner har forklart at Hosmann i møtet 4. april 2017 lovet at Knowit ville kunne levere prosjektet på 2 500 timer, og at partene under møtet avtalte en maksimal tidsramme for gjennomføring av leveransen. I følge Stunner orienterte han styret sitt internt om at det var avtalt et tak under møtet 4. april 2017. Ernst Hosmann har i sin forklaring bestridt at det ble avtalt en maksimal tidsramme under møtet.

E-poster mellom partene viser at det ble diskutert ytterligere timebruk mellom partene etter 4. april 2017, herunder i e-post fra Erlend Stunner av 21. april 2017 der det blant annet fremgikk at Knowit nå var i gang med sprint 5, at Bad.no sin testperiode på 3 uker ville starte ved månedsskiftet april/mai og at det ville pågå en sprint 6 parallelt med testfasen. Under overskriften «Ekstra oppgaver» ble det redegjort for at Knowit sitt utviklerteam hadde noe ledig kapasitet i sprint 5 og at «Det er Bad.no sitt ønske at vi fyller denne ledige kapasiteten med oppgaver for ytterligere forbedringer og funksjoner mot lansering.» Videre fremgikk det at «Alternativt kan styringsgruppen vente med disse oppgavene til etter lansering – men prosjektgruppen har et sterkt ønske om å få funksjonene med til lansering.» Derne st ble det oppstilt en rekke tilleggsoppgaver med ulike timeestimat. I en e-post fra Odd Gurvin av 24. april 2017 svarte Gurvin at «Da har vi behandlet saken og godkjenner bruk av disse timene».

Retten forstår Bad.no sin anførsel slik at Bad.no etter møtet 4. april 2017 aksepterte noe ytterligere timebruk utover 2 500 timer bla. som følge av ekstraoppgavene over, men at Knowit i etterkant av møtet forholdt seg til at det var enighet om et avtalt «tak» som ikke kunne utvides uten godkjenning av Bad.no, og at dette taket til slutt endte på 2 836 timer.

Til støtte for sin anførsel har Bad.no særlig vist til en e-post fra Knowit av 8. mai 2017 der Hosmann skriver at man «totalt sett er i rute økonomisk og tidsmessig» og der det ble tatt med en tabell som blant annet viser «Timer estimert» og «Timer medgått», og der ordet «Avtale» er brukt som overskrift i en tabellkolonne der det i radene under «Avtale» fremgår at det er medgått 2 561.18 timer av estimerte 2 652 timer.

I en e-post av 19. mai 2017 fra Ernst Hosmann til Erlend Stunner ble det blant annet skrevet at:

«Tilleggene vi hadde i forrige sprint har stort sett blitt fullført på estimert tid og faktisk under, men vi ser at det har gått noe mer tid en estimert i arbeidet med Merkekategoriene og HTML Sitemap. Totalt sett er vi på tillegg under estimat.

Vi ser at vi nå begynner å ha brukt opp estimert budsjett på poster relatert til Testing og Feilretting og Prosjektledelse, under finner du en vurdering og forslag til justering av disse postene. Disse er da sett i sammenheng med avtalt lanseringsdato og fremtidige milepæler.»

Dernest ble det foreslått at man skulle justerte budsjettet til «15 % av medgått utviklingstid i prosjektet, noe som vil utgjøre at vi justerer fra 210 timer til 324 timer. Dette skal samsvare ganske bra med antall gjenstående oppgaver og sprinter», i tillegg til at man under posten prosjektledelse og møter «[...] foreslår at vi justerer opp denne posten til 15 % av prosjektet, noe som betyr at vi går fra 285 timer til 355 timer.»

I en e-post fra Erlend Stunner til Ernst Hosmann av 25. mai 2017 skriver Stunner at «Ellers har jeg fått godkjenning for de ekstra timene du har etterspurt i forbindelse med lansering (feilretting m.v.), så disse kan du legge til i budsjettet i forhold til timeforbruk».

I følge Bad.no godkjente man ved dette det siste endelige «taket» for timeforbruk til 2 836 timer, i forlengelse av den påstått muntlige avtalen 4. april 2017.

Det er et grunnleggende ulovfestet prinsipp at avtaler kan inngås så vel muntlig som skriftlig (formfrihet). Det relevante vurderingstemaet og bevisstemaet for retten er hvorvidt Ernst Hosmann ved ord eller handling gav Bad.no rimelig grunn til å tro at Knowit mente å forplikte seg til et maksimalt tak i prosjektet fremfor å fakturere etter medgått tid slik Avtalen 3. november 2016 forutsatte.

Selv om retten finner at de ovennevnte bevisene viser at Knowit gav løpende estimat i etterkant av møtet, finner ikke retten det bevist at partene inngikk en avtale i etterkant av 3. november 2016 om et «tak» eller grense for maksimalt tillatt timebruk i prosjektet.

For det første legger retten til grunn at Ernst Hosmann ikke hadde noen form for ekstern legitimasjon til å kunne binde Knowit til en endelig timebruk i prosjektet, og Erlend Stunner kan etter rettens syn åpenbart ikke ha hatt en berettiget forventning om at Hosmann kunne inngå en slik vesentlig avtale(ending) på vegne av Knowit som aksjeselskap.

For det andre viser notatet av 3. april 2017 at Knowit bare noen få dager tidligere, den 29. mars 2017, informerte om at «prosjektet er basert på en fleksibel og agil tilnærming hvor timer føres etter forbruk» i motsetning til «grundig gjennomarbeidet estimerer ved fastpris prosjekter», og der Bad.no ikke hadde noen «[...] innsigelser mot dette og mener begge parter er tjent med et «rettferdig betaling for riktig arbeid» prinsipp». At Knowit skulle snu på dette uttrykkelige standpunktet i løpet av noen få dager fremstår som svært lite sannsynlig. Det er heller ikke spor av at det ble avtalt et «tak» for timebruk i Ernst Hosmann sitt notat fra møtet som har overskriften «Gjennomgang Backlog», noe som ellers ville vært påregnelig.

Forøvrig har det på generelt grunnlag formodningen mot seg at Knowit skulle gå med på ta på seg risikoen ved å binde seg til et timetak og derfor en «fastpris» innenfor rammene av en Avtale som er dynamisk og som gir kunden rett til å kreve en rekke arbeidsoppgaver fra leverandøren innenfor en fleksibel prosjektutviklingsmodell slik smidighetsavtalen (Avtalen) legger opp til. Bård Singstad, som kontaktperson og prosjektansvarlig etter Avtalen har også forklart at det ville kreve en total ending av scopet og prosjektet for øvrig dersom man som leverandør skulle gått med på en form for fastpris i prosjektet.

Rettens konklusjon er etter dette at det ikke ble inngått en avtale hverken 4. april 2017 eller senere om et maksimalt antall timer i prosjektet, eller en annen ordning som fravek vederlagsmodellen i Avtalen om fakturering etter medgått tid.

3.3.3 Forsinkede produktfiler, utfordringer i prosjektet, og ny lanseringsdato

På bakgrunn av de samlede bevisene i saken legger retten til grunn at Knowit i realiteten var klar til å ferdigstille og lansere Fase 1-prosjektet i august 2017. Det som gjenstod var imidlertid å importere produktfiler inneholdende bilder, priser og produktinformasjon. Det var Bad.no sitt ansvar å fylle disse filene med produktdata og sende de over til Knowit for importering.

Retten legger til grunn at Knowit hadde mottatt noen svært enkle produktfiler tidligere i februar 2017 for et begrenset antall produkter (rundt 30) med lite data. I denne vurderingen har retten lagt vekt på forklaringen til Johannes Giske og Ernst Hosmann. Som det fremgår ovenfor hadde imidlertid nettsiden blitt mer komplisert ved at det var utviklet løsninger for variantprodukter (f.eks. ulike farger på produktene) og komponentgrupper (hvor det f.eks. var mulig å sette sammen en pakke med naturlig tilhørende produkter), etter ønske fra Bad.no.

Retten legger Hosmann sin forklaring til grunn om at Bad.no var sterkt forsinket med sin leveranse av produktfiler inn mot sommeren 2017, og at dette førte til at Knowit ikke fikk fullført den påbegynte testingen fra mai fordi de manglet en reell testbase.

Den 20. juni 2017 sendte Hosmann en mail til Stunner og purret på produktfilene. Samme dag svarte Stunner at man hadde «utrolig mange filer» som var rett rundt hjørnet før de var ferdig, men at mange av dem ikke ville bli ferdige før han og Stian dro på ferie. Det ble dernest spurt om Bad.no skulle sende over det de hadde, slik at Knowit kunne laste disse opp, og heller nullstilte databasen før man gikk live når man lanserte i august. Hosmann svarte samme dag at Bad.no kunne «Gi oss det dere har», og informerte om at det kunne gjøres en reimport om nødvendig. Stunner spurte dernest nok en gang om det var gjennomførbart, hvorefter Hosmann svarte at man ville gjøre «det som trengs her» og at det ikke var noen grunn til å «ikke gjøre dette utover at vi vil bruke ekstra tid på importen». Hosmann informerte dernest om at det bare var å sende over filene.

Produktfilene kom ikke i løpet av sommeren 2017. I følge Erlend Stunner sin forklaring trengte Bad.no mer tid til å gjøre produktene klar, og lanseringstidspunktet var ikke kritisk for Bad.no sin del. Den 10. august 2017 sendte Hosmann over en fil med «estimat_gjenstående» som viste at det gjenstod 125 timer under posten «Total teknisk» og 223 timer under «Total». I den ene raden i tabellen fremgår det at det under posten «Import av produkter» var estimert at det gjenstod 15 timer. Kommentaren til posten var at «Dette er estimer på tiden som ble brukt ved første runde». Retten legger til grunn at Ernst Hosmann og Erlend Stunner avholdt et møte samme dag. Erlend Stunner har forklart at det under møtet ble fremmet innsigelse mot estimatet. Retten finner imidlertid ikke dette bevist.

I følge Ernst Hosmann gikk Knowit over i dvalemodus på prosjektet august og september 2017 all den tid prisfilene ikke kom. Den 29. august 2017 sendte Stian Toftevåg en e-post til Hosmann med «Kontrabeskjed» om at man ikke hadde mulighet til å levere «alt av prisfiler i morgen» fordi man ikke hadde tilstrekkelig kontroll på baderomstilbehør, dusj og baderomsmøbler. Ny leveringstid ble satt til 1. september 2017. Den 7. september 2017 purret Hosmann på denne e-posten og spurte om status.

Den 18. september 2017 sendte Hosmann en ny e-post til Stunner. I e-posten bad Hosmann om en status for prisfilene. Fra Knowit sin side var det ikke mye nytt å melde. Videre meddelte Hosmann at Knowit «avventer (...) avslutningen av prosjektet» til man fikk produktfilene fra Bad.no, for å holde «timebruken nede og innenfor de rammer vi har snakket om». Dernest etterspurte Hosmann en leveringsdato og lanseringsplan/dato fordi han nå hadde tatt folk av prosjektet og hadde behov for å koordinere bemanning med andre prosjekt.

Den 29. september 2017 oversendte Stian Toftevåg prisfiler til Knowit, og informerte om at dette var «sortimentet vi skal ha med i første omgang» og at nye produkter trolig kom innen 2 måneder. Bilder og dokumentasjon ville sendes om 2 uker. Den 10. oktober 2017 kom det korrigerede prisfiler.

I følge Ernst Hosmann sin forklaring fikk Knowit utfordringer under importen av produktfilene til nettløsningen (produktimporten). Det var utfordringer med filene i seg selv fordi de var komplekse og fordi det var en del feil ved dem. Dette var imidlertid ikke unormalt, men et arbeid som krever tid. Det var også en del problemer med programvaren Ucommerce og måten den importerte filene. I tillegg hadde man utfordringer med Raven-databasen som feilet på blant annet indeksering. Dette førte til at Knowit brukte rundt 14 dager på å få importert produktene. Under dette arbeidet hadde man løpende dialog med Erlend og Stian.

Den 26. oktober 2020 sendte Hosmann en e-post til Erlend Stunner og Stian Toftevåg med blant annet Odd Gurvin og Bård Singstad i kopi. Emnet for e-posten var «Status på produktimporten». E-posten gav et sammendrag av hendelsesforløpet relatert til produktimporten de siste ukene. Knowit var fremdeles ikke helt i mål, men håpet de var nærmere en komplett import i morgen. Videre ble det gitt en forklaring på de tekniske utfordringene.

Utover utfordringer med produktimporten legger retten til grunn at Knowit også gjorde noe nytt arbeid med nettløsningen etter forespørsel fra Bad.no. En e-post fra 13. oktober 2017 fra Hosmann til Stunner og Toftenvåg inneholder et referat fra et møte 11. oktober 2017. I følge oppsummeringen skulle det blant annet lages noen løsninger for ikoner, illustrasjoner, basisbakgrunner og guider for vedlikehold. I tillegg skulle det legges til «Ny funksjonalitet» i form av mulighet for å sende handlekurver på e-post til kunden, med ulike krav til løsningen. Knowit gav et estimat for utvikling av løsningen på «50 til 100 timer».

Den 16. november 2017 sendte Erlend Stunner en e-post til Hosmann der det fremgår at han hadde listet opp 3 nye avvik i Slack. Det ble påpekt at det «begynner å haste med å få på plass alle de siste tingene om vi i det hele tatt skal ha forventninger om å lansere i 2017.» Det ble videre pekt på at man allerede var 6 måneder på overtid i forhold til plan og at styret hos Bad.no ville bli lite imponert om man ikke fikk det til. Det ble dernest spurt om man hadde en slagplan for å komme i mål, og om det var noen deadline for når bugs skulle være utbedret og når testfasen skulle starte. I Visual Studio stod det at sprint 8, som var bugfixing, skulle være ferdig 15. september 2018, men dette antok Stunner var feil. Hosmann svarte samme dag blant annet at:

«Sett har sett de siste avvikene dere har lagt inn i Slack, og skal få disse inn i backloggen. Tenker at dere fremover kan legges disse selv inn i VSTS som feil/mangler, og så bare tillegne dem til meg. Så skal jeg håndtere dem derfra. På den måten sikrer vi at ikke ting ikke blir plukket opp, eller at dialog rundt punktene forsvinner. Tenker det er greit at i også spør og svarer på de ulike taskene i VSTS.»

Både Hosmann og Johannes Giske har forklart det gikk mye tid med til testing og feilretting etter mottak av produktfilene i oktober 2017 og frem mot lansering 28. januar 2018, dels som følge av utfordringer med programvaren og produktfilene, dels som følge av at Bad.no fortsatte å be om en rekke mindre endringer i løsningen etter produktfilene var overlevert. Retten finner dette bevist.

Hosmann har forklart at det kom flere forespørsler i prosjektmøter, på telefon, e-poster og direkte i slack. Det var mange småforespørsler som i helhet gikk på bekostning av de oppgavene utviklerne faktisk var satt til i sprinten. Blant annet har Hosmann forklart at Bad.no så sent som i romjulen 2017 bad om endringer i ordreløsningen på nettsiden. I følge Hosmann var hovedfokuset i starten av januar 2018 å få lukket scopet slik at man kunne komme i den reelle testfasen, noe man lykkes med før lanseringen 28. januar 2018. Retten legger Hosmann sin forklaring til grunn, og viser i den forbindelse til Johannes Giske sin forklaring som underbygger Hosmann sin forklaring, samt fremlagt korrespondanse fra Slack i desember 2017.

3.3.4 Feilretting og arbeid ned nye funksjonaliteter etter lansering 28. januar 2018

Selv om nettløsningen ble satt i produksjon 28. januar 2018 finner retten det bevist at Fase 1 av prosjektet ikke ble avsluttet før 2. mars 2018, og at Knowit fortsatte å utføre regningsarbeid på prosjektet og ta imot ordrer for nye funksjoner fra Bad.no.

Johannes Giske har forklart at man mot slutten av prosjektet blant annet arbeidet med en betalingsapp med Santander. Timelistene til Knowit viser at det den 7. februar 2018 ble avholdt et «Møte om status etterlansering, santander og ny funksjonalitet».

En e-post fra Hosmann 12. februar 2018 med et referat fra et møte partene hadde uken før, viser at det gjenstod en del feilretting på løsningen, i tillegg til at det skulle legges til ytterligere ny funksjonalitet, herunder en rabattmodul. I e-posten skreiv Hosmann at han holdt på å flytte endringer og ny funksjonalitet til VSTS der han skulle utdype og estimere oppgavene.

Den 21. februar 2018 sendte Hosmann en e-post til Erlend Stunner med oversikt over timebruk i prosjektet, der det ble vedlagt et estimat for utvikling av rabattmodul. I e-posten oppsummerte han historiske og fremtidig timebruk før og etter 31. januar 2018.

Den 2. mars 2018 sendte Hosmann en e-post til Erlend Stunner om «Avslutning Fase 1» der det fremgår at han lukket prosjektet i Fase 1 og satte opp et nytt Forvaltning/Support/Drift prosjekt samt ett prosjekt for videreutvikling. Det fremgår videre at Hosmann hadde «som vi snakket om» gått gjennom med timegrunnlaget og avklart med Bård at man ikke ville fakturere for 398 timer, med den merknad at «dette er utenom det avslaget vi ble enig om i 2017».

Retten finner det bevist at Knowit fortsatte å utføre arbeid og fakturere for medgått tid utover våren 2018, og at Bad.no fortsatte å be om nye funksjoner i løsningen. I denne vurderingen har retten lagt særlig vekt på et utsnitt

av en chatt mellom Erlend Stunner og Johannes Giske av 24. april 2018 som viser at Bad.no ønsket om flere valgmuligheter knyttet til komponentbyggerfunksjonen på nettsiden som en «løsning etter at rabattmodulen er på plass». Den 4. mai 2018 sendte Hosmann over timegrunnlaget for medgåtte timer. Fremlagte fakturaer i saken viser at Knowit fortsatte å utføre arbeid, herunder arbeid med testing, utvikling og feilretting til og med 31. august 2018. Dernest er det utstedt noen fakturaer utover høsten/vinteren knyttet til forvaltning og support (september og desember) og utlegg for reklametjenester til og med desember 2018, der den siste fakturaen forfalt 30. januar 2019.

4. Hovedkravet – foreligger det mislighold?

4.1 Var det mangler ved den overleverte programvaren?

Som det fremgår ovenfor i kapittel 2 pkt. 2.2 foreligger det en mangel etter Avtalen dersom leveransen ikke er «i samsvar med de funksjoner og krav som er Avtalt», eller dersom leverandøren «ikke oppfyller øvrige plikter etter avtalen».

Saksøker har anført at den nettløsningen som ble levert fra Knowit ikke var i samsvar med de krav Bad.no stilte i spesifikasjonene i Avtalens bilag 1A. Til støtte for sitt syn er det særlig vist til en rapport fra Mark Nijhof som retten legger til grunn er datert 27. november 2018, samt Mark Nijhof sin vitneforklaring. Det er også særlig vist til en rapport fra selskapet Keyteq AS av ukjent dato «om vurdering av teknisk oppsett og utførte optimaliseringer». Utover dette er det vist til egne parts- og vitneforklaringer.

Saksøkte har bestridt at nettløsningen ikke var i samsvar med de funksjoner og krav som var Avtalt. Til støtte for sitt syn har saksøkte vist til egne parts- og vitneforklaringer, herunder særlig Johannes Giske sin forklaring.

En forutsetning for å drøfte spørsmålet om den leverte programvaren hadde mangler er å få klarlagt hvilket tidspunkt programvaren må anses å ha blitt overlevert fra Knowit til Bad.no.

I følge Avtalens pkt. 2.4 plikter Leverandøren å «Overlevere Programvaren» når Kunden har akseptert Delleveransen (etter utprøving jf. pkt. 2.3.5). Videre fremgår det at «Første Virkedag etter Leverandørens Overlevering kalles Overleveringsdag.» I følge Avtalens pkt. 2.5.5 er dagen for «Endelig godkjenning – leveringsdag» ved utløpet av godkjenningsperioden. I følge Avtalens pkt. 2.5.1 starter godkjenningsperioden på datoen for produksjonssetting, det vil si den dagen «Programvaren [...] settes i ordinær drift (produksjon)».

I følge Avtalens pkt. 2.5.2 løper godkjenningsperioden dernest 3 måneder fra datoen for produksjonssetting, der første virkedag etter at leveransen er eller anses godkjent, skal regnes som Leveringsdag. Etter Avtalens pkt. 2.5.5 skal kunden før utløpet av godkjenningsperioden sende Leverandøren skriftlig melding om godkjenning av leveransen. Dersom slik melding ikke er sendt innen utløpet av godkjenningsperioden, skal leveransen likevel anses som godkjent (ved passivitet).

Retten legger til grunn at ingen av partene etterlevde de detaljerte prosedyrene og formaliserte fristene i Avtalen på generelt grunnlag, og da heller ikke fristene i kapittel 2.5. Retten finner det imidlertid ikke bevist at partene har inngått noen etterfølgende endringsavtaler som regulerer frister eller vilkår for overlevering, og retten legger derfor Avtalens reguleringer til grunn.

All den tid nettsiden ble lansert og satt i produksjon søndag den 28. januar 2018, legger retten til grunn at godkjenningsperioden startet å løpe fra denne datoen frem til lørdag 28. april 2018. Retten kan ikke se at Bad.no sendte en skriftlig godkjenning i løpet av denne perioden, men finner det bevist at Bad.no likevel godkjente leveransen ved passivitet jf. Avtalens pkt. 2.5.5. Som det fremgår ovenfor i pkt. 3.3 fortsatte Bad.no å be om nye funksjoner i løpet av våren 2018, og det er ikke holdepunkter i bevisene for å hevde at Bad.no ikke mente å godkjenne leveransen fra Knowit.

Første virkedag etter utløpet av godkjenningsperioden var mandag 30. april 2018, og retten konkluderer med at programvaren da var overlevert fra Knowit til Bad.no i Avtalens rettslige forstand. Dette er også forenlig med partenes handlemåte i perioden all den tid Knowit hadde «lukket» Fase-1 og tatt prosjektet over i en forvaltningsfase og videreutviklingsfase etter e-posten 2. mars 2018.

Spørsmålet er om programvaren for nettbutikk-løsningen til Bad.no var «i samsvar med de funksjoner og krav» som var Avtalt den 30. april 2018.

Bad.no har blant annet anført at det var en mangel at Knowit ikke brukte «out-of-the-box» standardløsninger i programvarekoden.

Bruk av standardløsninger var et uttrykkelig krav i Avtalens bilag 1a pkt. 2.7. Videre framgår det av avtalen Bilag 6, punkt 1.3 at det skulle velges kodestandarder iht. bransjestandarder, som ville gi Bad.no «fordeler både i form av generell høy kvalitet på koden som skrives, samt høy vedlikeholdbarhet ved at koden følger standarder som utviklere kjenner igjen og som er lett å sette seg inn i og forstå».

Selv om det opprinnelig var avtalt å bruke bransjestandarder for koding og out-of-the-box-løsninger for teknisk infrastruktur, finner retten det bevist at det på bakgrunn av Bad.no sine ønsker i etterkant av avtaleinngåelsen ble nødvendig for Knowit å foreta en del konfigurering av valgte løsninger, og en andel tilpasset koding, såkalt skreddersøm, spesifikt for den nettbutikken Bad.no ønsket å ha. Etter rettens syn var ikke dette i strid med Avtalen mellom partene, men tvert imot nødvendige verktøy for å kunne levere den nettsiden Bad.no ville ha, og dermed oppfylle forpliktelsen etter Avtalen. Etter rettens syn er det ikke bevist at de løsninger og tilpasninger Knowit iverksatte var faglig uforsvarlige eller på andre måter i strid med kravene til Knowit som leverandør.

Videre har Bad.no anført at programvaren ikke oppfylte de øvrige avtalte kravene i Bilag 1a, herunder særlig de for Bad.no viktige kravene til hastighet, synlighet og stabilitet.

På bakgrunn av den samlede bevisførselen finner retten det bevist at nettløsningen løpende hadde tekniske feil eller «bugs» under utviklingen, og at det også forelå denne typen tekniske feil etter 30. april 2018. Avtalen må imidlertid tolkes slik at ikke enhver teknisk feil eller «bug» utgjør en mangel som gir grunnlag for misligholdsbeføyelser. Det vises i den forbindelse særlig til Avtalens regulering av testing, godkjenning og feilretting som en del av utviklingsløpet, samt den ulike kategoriseringen og definisjonen av feil som danner grunnlag for kundens aksept av delleveranser etter Avtalens pkt. 2.3.3. Som det fremgår av pkt. 2.3.3 skiller det mellom «vesentlige» og «uvesentlige» forhold, med ulike rettsvirkninger.

Retten legger til grunn at de kravene som ble oppstilt i Bad.no sin behovsbeskrivelse i bilag 1a må legges til grunn som klare avtalte krav til leveransen, der manglende oppfyllelse klart vil være kvalifiserte mangler/mislighold i Avtalens forstand. Herunder vurderer retten at særlig (men ikke utelukkende) kravene til hastighet, synlighet og stabilitet har vært viktige krav til leveransen for Bad.no.

I bevisvurderingen har retten sett hen til rapporten fra Keytech AS som konkluderer med «enkelte sentrale svakheter som påvirker kunde- og administrasjonsgrensesnittet negativt», samt «flere mangler knyttet til ytelse, pålitelighet og sikkerhet», uten at retten kan se at rapporten vurderer eller konkluderer på hvorvidt nettsiden overholdt de krav som ble stilt i bilag 1a eller Avtalen for øvrig. Rapporten peker imidlertid på at nettsiden ikke har brukt Server Side Rendering, og at konsekvens av løsningsvalg og mangel av kompenseringstiltak er at innhold fra Bad.no stort sett er «ulesbar for søkemotorer».

Videre har retten sett hen til Mark Nijhof sin rapport som beskriver en del valg og egenskaper ved løsningen som etter Nijhof sitt syn er mindre heldig, i tillegg til at Nijhof beskriver en del endringer i løsningen som etter hans oppfatning vil «[...] improve the websites index status at Google and also improve the speed so the user experience gets better». Når det for eksempel gjelder valg av React skriver Mark at siden «does not use React to its fullest potential». Videre viser rapporten at noen tiltak enkelt kunne forbedre løsningen, som for eksempel å legge til PageSpeed proxy.

Etter rettens syn er rapporten til Mark Nijhof mer en vurdering av løsningens forbedringspotensiale enn et bevis for at løsningen ikke innfridde de konkrete kravene som fulgte av Avtalen og bilag 1a. Dette med unntak av det som skrives i rapporten om at Mark Nijhof oppdaget store avvik i responstiden i løpet av sin testing, noe som kan tas til inntekt for at løsningen ikke oppfylte de krav til responstid som ble krevd i Avtalen.

I sin forklaring til retten har Mark Nijhof i stor grad gjengitt det samme som fremgår av rapporten, og generelt redegjort for at han er uenig i flere av de løsningene Knowit valgte for Bad.no. Når det gjelder bevisstemaet om konkrete mangler mellom det avtalte og det leverte har han imidlertid forklart og utdypet at han opplevde treghet under testingen.

Både Erlend Stunner og Stian Toftevåg har hevdet at nettsiden var treig, ustabil og lite synlig på Google etter lanseringen. Begge hevder at det løpende ble gitt feilmeldinger i Visual Studio som underbygger at programvaren hadde slike feil. Som retten vil komme tilbake til under i kapittel 5 har imidlertid ikke Saksøker fremlagt noen form for dokumentasjon som underbygger at det hverken i forkant eller etterkant av 30. april

2018 ble meldt ifra om treghet, ustabilitet, manglende synlighet eller andre konkrete brudd på kravene i bilag 1a eller Avtalen for øvrig (foruten reklamasjonen som nevnt i pkt. 5.3 under).

Ernst Hosmann har forklart at bugs og feil løpende ble håndtert og utbedret etter lansering, men at man før Fase 2 endte opp med en fungerende nettbutikk. Johannes Giske har forklart at det var problemer med spikes og noen sider som var treige i starten, men at man arbeidet kontinuerlig med dette, frem til det ble betalingsstopp og derfor utviklingsstopp.

Etter rettens syn taler Keytech AS og Mark Nijhof sine rapporter for at nettsiden kan ha hatt redusert synlighet og periodevise spikes etter overlevering. Det er imidlertid ikke fremlagt noen form for dokumentasjon som viser hvorvidt programvaren har blitt testet etter de måleparametere som er angitt i bilag 1a, og retten kan ikke se at saksøkeren har godtgjort med tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt at programvaren ikke møtte de krav som ble stilt i bilag 1 a, og Avtalen med bilag for øvrig.

Bad.no sine anførsler om at det var mangler ved den overleverte programvaren fører etter dette ikke frem.

4.2 Var det mangler ved prosjektledelsen- og gjennomføringen?

Bad.no har anført at det foreligger en rekke mangler ved Knowit sin prosjektledelse- og gjennomføring i prosjektet, og dermed mislighold av Avtalen. For det første er det anført at Knowit ikke fulgte veiledningsplikten etter Avtalens pkt. 2.3.1. For det andre har Bad.no anført at leveransen ikke ble gjennomført som et smidighetsprosjekt, herunder at Knowit ikke gjennomførte testing og feilretting som avtalt. For det tredje er det, slik retten forstår anførselen, anført at manglende prosjektledelse og/eller teknisk kompetanse førte til et unødvendig høyt timeforbruk for utvikling av programvaren. Den siste anførselen behandles under i punkt 4.3.

Som det fremgår ovenfor i punkt 3.2.2 tolker retten Avtalen slik at den påla Knowit som leverandør det overordnede ansvaret for prosjektledelsen- og gjennomføringen overfor Bad.no som kunde. I denne forpliktelsen ligger det både et innsatselement som bestod i å stille mannskap og ressurser til disposisjon for Bad.no som kunde, i tillegg til resultatforpliktelsen til å gjennomføre utviklingen og prosjektet på den måten som var beskrevet i Avtalen. Ansvarer kommer klart til uttrykk i Avtalens pkt. 5.3 som sier at «Leverandøren innestår for at leveransen blir gjennomført med tilstrekkelig kvalitative og kvantitative ressurser og kompetanse, ut fra kravene i avtalen.»

Når det gjelder anførselen om at Knowit har handlet i strid med veiledningsplikten i pkt. 2.3.1 kan ikke retten se at det er bevist med overveiende sannsynlighet at Knowit har handlet i strid med bestemmelsen. Punkt 2.3.1 i Avtalen relaterer seg primært til leverandørens ansvar for å veilede kunden om ulike løsningsalternativ som vil oppfylle kundens behov, og å varsle kunden skriftlig dersom leverandøren mener at kundens valg i forbindelse med detaljering og spesifisering av behovsbeskrivelsen vil gå ut over oppfyllelsen av ikke-funksjonelle krav, herunder krav til ytelse, kapasitet, responstid og sikkerhet, eller at godkjenningsskriteriene som kunden har satt, er uforenlige med disse kravene. Retten kan ikke se at det er ført bevis for at Knowit har misligholdt denne bestemmelsen. Tvert imot er det rettens syn at Knowit sin prosjektplan viser at Knowit allerede tidlig var inne og veiledet Bad.no om hvilke løsningsalternativ som Knowit mente ville løse Bad.no sine behov.

Når det gjelder anførselen om prosjektet ikke ble gjennomført som et smidighetsprosjekt som avtalt, er det etter rettens syn tydelig at hverken Bad.no som kunde eller Knowit som leverandør har fulgt de prosedyrer og faser Avtalen fastsetter. Bevisførselen viser at partene har etterlevd enkelte hovedprinsipp i Avtalen, men at de har vært langt fra konsekvent i etterlevelsen av sine forpliktelser.

Slik retten vurderer det ble det allerede våren 2017 tydelig og synlig at prosjektet ikke var gjennomført av Knowit på en slik måte Avtalen beskrev, og at avtalens mekanismer for delleveranse (2.1.1) teststrategi (2.2.3), leverandørtesting (2.3.2), akseptansetesting (2.3.3) ikke ble fulgt av Knowit. Det vises i den forbindelse til Erlend Stunner sin partsforklaring om at Bad.no i mars 2017 synes det var rart at ingenting var overlevert fra Knowit på det tidspunktet, og at man ikke hadde fått oversendt noe til hverken kontroll eller sjekk. Forøvrig viser notatet «Oppsummering – fremdrift og økonomi» av 3. april 2017 at det ble synliggjort fra Knowit sin side at det skulle skje en samlet testing av hele programvareløsningen i mai 2017, noe som strider mot den Delleveranse-modellen Avtalen forutsetter.

Retten finner at avviket fra prosedyrene i Avtalen dels skyldes at prosjektet endret seg fra det som opprinnelig skulle være en MVP etter 3. november 2016, til å i større grad bli et dynamisk utviklingsprosjekt i tett dialog

mellom Bad.no som kunde og Knowit som leverandør. Retten finner imidlertid at hovedårsaken til avviket skyldes fagmessig utilstrekkelig styring og prosjektledelse fra Knowit sin side. Selv om retten anerkjenner at smidighetsavtalen legger opp til et tett samarbeid mellom kunde og leverandør, finner retten at Knowit hadde et klart hovedansvar for å kjøre prosjektet i samsvar med den Avtalen Knowit selv hadde foreslått og lagt frem for sin kunde. Etter rettens syn viser den samlede bevisførselen at Knowit klart ikke har etterlevd Avtalens mekanismer for prosjektgjennomføring slik det var avtalt, og at de ikke har levert en slik fagmessig god prosjektledelse- og gjennomføring som Bad.no med rimelighet kunne forvente i lys av Avtalen og særlig de lovnadene om Knowit sin egen fagkompetanse og erfaring som fremgår av bilag 4 pkt. 1.3 og 1.5

Slik retten vurderer det oppstod den mangelfulle prosjektledelsen- og gjennomføringen i samsvar med Avtalen allerede tidlig etter 3. november 2016, og at det manglende samsvaret med prosedyrene i Avtalen eskalerte vinteren/våren 2017, og ble særlig synlig i mars og april 2017 når det nærmet seg lansering.

Etter rettens syn er det etter den samlede bevisførselen lite tvilsomt at Avtalens prosedyrer for prosjektgjennomføring ikke er fulgt slik Avtalen sier, og at det er Knowit som er å bebreide og nærmest til å bære risikoen for at prosjektet ikke ble gjennomført i tråd med Avtalen.

4.3 Var avviket mellom estimerte og fakturerte timer et mislighold?

Slik retten forstår Bad.no er det anført at Knowit under enhver omstendighet har påført Bad.no unødvendig store kostnader i prosjektet grunnet manglende prosjektledelse og/eller teknisk gjennomføring av leveransen. Det er etter rettens syn lite tvilsomt ut fra bevisførselen i saken at prosjektet endte opp med å bli vesentlig mer tidkrevende og derfor dyrere enn det som opprinnelig var estimert fra Knowit sin side.

Som det fremgår ovenfor i punkt 2.3.2 er det rettens vurdering at partene aldri inngikk en avtale om et «tak» for antall timer i prosjektet i etterkant av 3. november 2016. Retten finner at partenes avtale om at Knowit skulle fakturere etter medgått tid bestod gjennom hele prosjektet, og at dette ble stadfestet av Bad.no i møtet 29. mars 2017, der Bad.no ifølge notatet av 3. april 2017 ikke hadde noen «[...] innsigelser mot dette og mener begge parter er tjent med et «rettferdig betaling for riktig arbeid» prinsipp». Som det også er redegjort for tidligere, legger retten til grunn at Knowit løpende gav estimater til Bad.no frem til sommeren 2017.

Det rettslige utgangspunktet er at et prisestimat eller overslag normalt ikke er forpliktende. Giertsen skriver i boken «Kontrakter, Ytelse og pris» fra 2019 på s. 283 at:

«Hvis partene ikke har avtalt en fast pris, men regningsarbeid eller en annen modell som ikke fikserer prisen, er det usikkert hva prisen vil bli. Hvis en entreprenør, håndverker eller annen vare- eller tjenesteyter gir et «prisoverslag», kan det begrense usikkerheten, men det ligger i ordet «overslag» at mottakeren normalt ikke kan legge til grunn at det binder.»

Hverken Avtalen eller relevant bakgrunnsrett sier noe uttrykkelig om eller i tilfelle hvor grensen går for når et avvik mellom et estimert og et reelt timeforbruk er å anse som et mislighold. Det er imidlertid eksempel på dette i lovgivningen.

I forbrukerlovgivningen er det i håndverkertjenesteloven § 32 (1) lagt til grunn et alminnelig ulovfestet obligasjonsrettslig prinsipp om at kunden skal betale «gjengs pris» der denne lar seg fastsette, og i fravær av dette «det som er rimelig etter tjenestens art, omfang og utføring og tilhøve ellers». I bestemmelsens andre ledd er det slått fast at:

«Er det gitt prisoverslag, skal prisen ikke overstige det oppgitte beløp vesentlig, og iallfall ikke med mer enn 15 prosent. Dette gjelder likevel ikke dersom en annen prisgrense uttrykkelig er avtalt eller tjenesteyteren har rett til pristillegg etter § 33.3.»

Bestemmelsen sier at det går en grense på 15 prosent avvik mellom håndverkerens estimat/overslag og den endelige prisen. En tilsvarende regel som i håndverkertjenesteloven § 32 (2) finner man igjen i bustadoppføringslova § 41 (3). Håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova er imidlertid rene forbrukerlover og dermed ikke direkte overførbar til en avtale mellom to næringsdrivende og profesjonelle parter, slik som i vår sak.

Giertsen legger til grunn at reglene i håndverkertjeneste- og bustadoppføringslova ikke egner seg særlig godt for analogi, og har i den forbindelse vist til Rt-1981-445 som viser at Høyesterett har vært skeptisk til analogier fra utpreget positivrettslige bestemmelser, se «Kontrakter, Ytelse og pris» fra 2019 på s. 288. Giertsen peker

imidlertid på s. 290 på at den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold vil kunne føre til at leverandøren får en varslingsplikt med påfølgende erstatningsansvar ved manglende etterlevelse ved vesentlige overskridelser av et overslag, og har i den forbindelse vist til f.eks. NS 8406 pkt. 31.2 første ledd og andre ledd.

Etter rettens syn gir Giertsen uttrykk for gjeldende rett. For øvrig må det legges til grunn at ulovfestede regler om avtaleinngåelse i kombinasjon med lojalitetsbetraktninger kan medføre at en løftegiver forplikter seg til å ikke overstige et estimat vesentlig selv om det ikke er avtalt fast pris.

Selv om retten legger til grunn at partene aldri avtalte et tak for maksimal timebruk i prosjektet, finner retten det bevist at Knowit, ved å konsekvent oppjustere, begrunne og forsvare sine estimater, etablerte en berettiget forventning hos Bad.no om at Knowit per mai/juni 2017 ville kunne levere en nettløsning i tråd med det som var diskutert som Fase 1, uten vesentlige overskridelser. Etter rettens syn var nettløsningen på dette tidspunktet i utgangspunktet så nærme ferdigstillelse at Bad.no, til tross for at Knowit bare gav estimater, fikk etablert en svært sterk forutsigbarhet om gjenstående timebruk frem mot lansering, og dermed også en avtalerettslig beskyttelsesverdig forventning om at estimatet i det minste ikke ville overskrides i vesentlig grad.

I vurderingen har retten lagt særlig vekt på de nevnte bevisene i punkt 3.3.2 som viser at Knowit gav løpende oppdaterte estimat, også i de avsluttende faser av prosjektet der det nærmet seg lansering. Bad.no kunne på dette tidspunktet mai/juni 2017, særlig på bakgrunn av at det vesentligste arbeidet til da var gjennomført, feste lit til at estimatene var relativt representative for hva det ville koste å bli ferdig med Fase 1 i prosjektet. Videre har retten lagt vekt på at det har vært synlig også for Bård Singstad som prosjektansvarlig på vegne av Knowit, at Hosmann gav justerte estimat til Bad.no mot slutten av Fase 1, og dermed etablerte en berettiget forventning om at Knowit var i rute og at det gjenstod relativt få timer før lansering. Det vises i den forbindelse til at Singstad var i kopi i e-posten fra Knowit til Bad.no av 19. mai 2017.

For øvrig har retten også lagt vekt på en e-post fra Hosmann til Erlend Stunner med emnet «Prosjektstatus juni» av 3. juli 2017 der det ble vedlagt en «totaloversikt på prosjektet per juni» der det fremgikk at «Vi har ca 85 timer igjen til lansering pr nå, og disse vil nok hovedsakelig benytte i august.». Også dette beviset underbygger at Bad.no, per juli 2017, hadde en berettiget forventning om at Knowit ville levere nettsiden i nærheten av det timeantallet som ble skissert.

Rettens konklusjon er derfor etter dette at det ikke ble avtalt et tak på 2 836 timer, men at det i løpet av våren/sommeren 2017 ble etablert en avtalerettslig forventning hos Bad.no som kunde, om at nettsiden ville kunne lanseres med de egenskaper som var diskutert til da, uten vesentlige overskridelser.

På bakgrunn av e-postkorrespondansen mellom partene juni 2017 (se pkt. 3.3.3) legger retten til grunn at Knowit var kjent med at det gjenstod arbeid med å importere produktfilene fra Bad.no, og at det således var tatt høyde for dette arbeidet når Hosmann i den ovennevnte e-posten av 3. juli 2017 estimerte at det gjenstod «85 timer igjen til lansering pr nå». I e-posten fra Hosmann av 10. august 2017 justerte Knowit estimatet noe fra tidligere, ved å øke gjenstående estimert total timebruk til 223. I kommentaren til posten «Import av produkter» i den vedlagte tabellen fremgår det som tidligere nevnt at det gjenstod 15 timer, og at Knowit sin kommentar var at «Dette er estimer på tiden som ble brukt ved første runde».

Retten legger til grunn at det per 3. juli 2017 var medgått 2 751 timer og at det var estimert at det gjenstod 85 timer frem til lansering. Fra Hosmann 10. august 2017 gav et nytt estimat på at det gjenstod totalt 223 timer frem til lansering, legger retten til grunn at Knowit sitt estimat til Bad.no var rett i underkant av 3 000 timer.

Som det fremgår av den ovennevnte e-posten fra Hosmann av 21. februar 2018 endte Knowit imidlertid opp med et timeforbruk på 4 591 timer til og med 31. januar 2018 (frem til lansering).

Selv om retten finner det bevist at en del av arbeidet høsten 2017 relaterte seg til ytterligere utvikling av tilleggsløsninger utover det som lå til grunn for estimatet sommeren 2017, er det etter rettens vurdering likevel bevist med sannsynlighetsovervekt at den vesentligste delen av avviket på nærmere 1 600 timer frem mot lansering, skyldtes tekniske utfordringer, herunder omfattende test og feilretting, og ikke hovedsakelig tilleggsbestillinger fra Bad.no eller merarbeid som følge av dette.

Etter rettens syn er det mindre viktig hva samtlige individuelle timer konkret ble brukt til, all den tid retten uansett finner at den totale reelle timebruken fra det estimerte (3000) i august 2017 til det reelle (4 591) i det vesentligste skyldtes tekniske utfordringer med løsningen og produktimporten, og derfor uforutsette tekniske problemer, som Knowit selv var ansvarlig for.

I denne vurderingen har retten lagt særlig vekt på en e-post fra Bård Singstad av 17. oktober 2018 der det ble redegjort for Knowit sine aktiviteter i tidsrommet 1. august 2017 – 1. mars 2018, og der det fremkommer at de klart største postene var «Test og feilretting» på 821,5 timer og prosjektledelse på 230,5 timer. En gjennomgang av timelistene til Knowit for høsten 2017 viser at det ble ført svært mange timer relatert til produktimport og feilretting frem mot lansering høsten 2017. Herunder vises det særlig til faktura 113573 datert 30. november 2017, faktura 114092 datert 31. desember 2017 og faktura 114219 datert 31. januar 2018 som viser at det til sammen ble fakturert 592 timer for «Test og feilretting» i en periode fra november til januar.

At timeoverskridelsene skyldes tekniske utfordringer fra Knowit sin side underbygges også av vitneforklaringene til både Ernst Hosmann og Johannes Giske, som begge har forklart at Knowit møtte på flere tekniske utfordringer i prosjektet etter de mottok produktfilene, særlig i forbindelse med import av produktfilene, men også andre utfordringer som spikes og treghet i løsningen.

Samlet finner retten at Knowit i løpet av oktober 2017 og frem mot lansering i vesentlig grad oversteg det estimatet som tidligere var gitt, og at dette i hovedsak skyldtes forhold Knowit selv var ansvarlig for. Retten finner det bevist at Knowit forstod allerede kort tid etter de mottok produktfilene i oktober 2017 at det ville føre til betydelig mer arbeid enn det som tidligere var signalisert, og at de i løpet av måneden ble klar over at det gjenstod betydelig med feilretting og arbeid før nettsiden ville bli lanseringsklar. Slik retten ser det hadde Knowit, særlig i lys av sine tidligere estimat til kunden, og særlig i egenskap av å være den overordnede ansvarlige for prosjektet og varslingsplikten etter pkt. 11.2, en klar lojalitetsforpliktelse til å ta kontakt med Bad.no umiddelbart etter de mottok produktfilene i oktober 2017, og avklare videre timebruk i prosjektet. Dette ble imidlertid ikke gjort. Etter rettens syn endte timeforbruket ved lansering 28. januar 2018 opp med å overskride det opprinnelige estimatet fra sommeren 2017, og den forventningen som da ble etablert hos Bad.no, i så vesentlig grad at overforbruket av timer frem mot lanseringen må sies å utgjøre et mislighold av avtalen mellom partene.

Retten finner det etter dette bevist at avviket mellom den estimerte timebruken sommeren 2017 og den reelle medgåtte timebruken frem til 28. januar 2018 er å anse som et mislighold av Avtalen, da avviket mellom det estimerte og fakturerte oversteg det Bad.no med rimelighet kunne forvente, og at det at det skyldes tid medgått som følge av tekniske utfordringer som Knowit var ansvarlig for, samt mangelfull prosjektledelse.

Når det gjelder timebruken frem til estimatet ble gitt sommeren 2017 kan ikke retten se at timeforbruket var for høyt i forhold til Avtalen. Når det gjelder timebruken etter 28. januar 2018 kan ikke retten se at timebruken etter lanseringsdato er å anse som et mislighold av Avtalen. Etter rettens syn gav estimatene sommeren 2017 utelukkende en berettiget forventning om hvilken timebruk Bad.no kunne forvente at ville medgå for å lansere nettløsningen. At det ville medgå ytterligere regningsarbeid (herunder feilretting) også etter lansering, men før prosjektet ble lukket og tatt over i en forvaltningsfase, må sies å ha vært både avtalt med – og påregnelig for – Bad.no som kunde. Etter rettens syn var det heller ikke mangler ved hverken prosjektledelsen/gjennomføringen eller den tekniske kompetansen til Knowit etter lanseringen 28. januar 2018 som medførte unødvendig eller uforsvarlig høy timebruk. Det vises for øvrig til at Bad.no også etter lansering fortsatte med å bestille arbeid og timebruk fra Knowit (se pkt. 3.3.3 og 3.3.4 over).

5. Hovedkravet – reklamasjon

5.1 Tidspunkt for mislighold

Det fremgår ovenfor i kapittel 4 at retten har konkludert med at Knowit har misligholdt Avtalen ved å i) levere mangelfull prosjektledelse- og gjennomføring (pkt. 4.2), og ii) ved å vesentlig overskride timebruken i prosjektet frem til lansering av nettløsningen 28. januar 2018.

Som redegjort for i pkt. 4.2 vurderer retten at den avtalestridige prosjektledelsen- og gjennomføringen startet allerede tidlig etter 3. november 2016, at den eskalerte utover vinteren 2016/2017 og våren 2017, og at det ble særlig synlig i mars og april 2017, når det nærmet seg lansering. Når det gjelder misligholdet i form av timeoverskridelser finner retten det som nevnt i pkt. 4.3 bevist at misligholdet oppstod allerede i oktober 2017 og at det vedvarte helt frem mot lansering 28. januar 2018.

5.2 Krav til reklamasjon etter Avtalen

Kravene til reklamasjon er ifølge Avtalens pkt. 11.1 (3) som nevnt i punkt 2.2 ovenfor at kunden skal reklamere «skriftlig uten ugrunnet opphold» etter at misligholdet ble «oppdaget eller burde vært oppdaget». Utover kravet om at reklamasjonen skal være «skriftlig» sier Avtalen ingenting om hvilke krav som stilles til innholdet i reklamasjonen.

Knowit har anført at det må skilles mellom meldinger og innrapporteringer om tekniske feil eller «bugs» ved leveransen og reklamasjoner over kontraktuelle mangler etter Avtalens pkt. 11.1 (3). Retten er enig i dette. Etter rettens syn tar Avtalen uttrykkelig høyde for og forutsetter at det vil oppstå tekniske feil og «bugs» under utviklingen av leveransen, slik som også er uunngåelig ved denne typen it-leveranser. Dette kommer eksempelvis til uttrykk i Avtalens mekanismer for ulike tester (2.3), herunder særlig f.eks. pkt. 2.3.4 som gir grunnlag for stans ved vedvarende feil som leverandøren ikke lykkes med å rette etter 3 runder med feilretting og retesting. Videre kommer det klart til uttrykk i f.eks. pkt. 2.5.4 som sier at kunden fortløpende under godkjenningsperioden skal gi leverandøren «skriftlig melding om eventuelle feil, etter prosedyrer som er avtalt i bilag 5» med påfølgende frister for utbedring.

At Avtalen sonderer mellom rapportering av tekniske feil ved leveransen og reklamasjoner over mangler som betraktes som mislighold av partene sine rettigheter og plikter etter Avtalen, underbygges ytterligere av de krav som ellers stilles til reklamasjoner på kjøpsrettens område. Fra Rt-2012-1779 (Hydro) avsnitt 65 kan det utledes at det som et minimum kreves at den ene parten må få et varsel om at den andre parten kan komme til å gjøre krav gjeldende som følge av noe parten mener kan være en mangel etter avtalen. Etter rettens syn må det samme legges til grunn i forståelsen av kravene etter Avtalens pkt. 11.1 (3).

5.3 Har Bad.no reklamert i samsvar med Avtalen?

5.3.1 Spørsmål om prekludering av anførsel

Knowit har anført at Bad.no ikke har reklamert i tide. Bad.no har i sin prosedyre anført at anførselen fra Knowit må avskjæres fordi den er fremsatt for sent.

At Bad.no må ha reklamert innenfor fristen i Avtalens pkt. 11.1 (3) (og dermed i tide) er et ubetinget vilkår etter Avtalen for å kunne legge til grunn at det foreligger et «mislighold» etter pkt. 11.1 som igjen er et krav for å kunne gjøre gjeldende sanksjoner ved mislighold etter kapittel 11.5, herunder prisavslag etter 11.5.3 og/eller erstatning etter 11.5.5.

Slik retten vurderer det er anførselen et rettslig tema retten uansett må tatt stilling til for å kunne avgjøre hvorvidt Bad.no kan få medhold i sin påstand. Uavhengig av dette er det for øvrig rettens syn at Knowit uansett har fremsatt anførselen forut for fristen for avsluttet saksforberedelse, og at det ikke er grunnlag for avskjæring etter tvistelovens § 9-16 eller andre grunnlag. Det vises i den forbindelse særlig til tilsvaret pkt. 4.6 og sluttinnlegget pkt. 2.1.

Bad.no sin anførsel om at Knowit sin anførsel om at det er reklamert for sent skal avskjæres, fører etter dette ikke frem.

5.3.2 Reklamerte Bad.no i tide?

Retten finner det bevist og legger til grunn at Bad.no visste og idet minste burde vite at Knowit ikke styrte og gjennomførte prosjektet i samsvar med de prosedyrene Avtalen fastsatte, når partene var kommet til mars og april 2017. Det vises i den forbindelse til rettens redegjørelse i pkt. 4.2 over.

Videre finner retten det bevist at Bad.no visste og idet minste burde vite at Knowit sitt tidligere estimat fra sommeren 2017 ble vesentlig oversteget ved utløpet av november 2017 der det fremgår av Knowit sin fakturaoversikt at det ble utstedt flere store fakturaer den 30. november 2017 som da kom i tillegg til de fakturaene som var utstedt den 31. oktober 2017. For øvrig legger retten på bakgrunn av bevisførselen, og særlig Ernst Hosmann sin forklaring, til grunn at Bad.no i det vesentligste av 2017, frem til, og etter lansering

2018 mottok løpende månedlige timelister og hadde tilgang til en oversikt over gjenstående arbeidsoppgaver i Visual Studio.

Bad.no har anført at man, etter beskjed fra Ernst Hosmann i en e-post av 16. november 2017, løpende la inn reklamasjoner i Visual Studio. Retten kan ikke se at det er ført noen bevis for at Bad.no reklamerte skriftlig i Visual Studio, hva det i så tilfelle ble reklamert over, eller når reklamasjonen(e) i tilfelle ble fremsatt. Anførselen fører derfor ikke frem.

Slik retten forstår Bad.no er det videre anført at Bad.no reklamerte løpende over timebruken i prosjektet. Retten kan ikke se at det er ført noen bevis for dette. Selv om partene hadde korrespondanse om timebruken i starten av 2017, forelå det en enighet fremover om «rettferdig betaling for riktig arbeid» etter møtet i slutten av mars 2017. Retten kan ikke se at det er fremsatt noen skriftlige innvendinger mot Knowit sin timebruk før oktober 2018 (se under).

Videre forstår retten Bad.no slik at det er anført at Bad.no sin manglende betaling av den første fakturaen etter lansering 3. mars 2018 må forstås som en reklamasjon. Retten legger til grunn at tilbakehold av betaling etter omstendighetene kan kvalifisere som en reklamasjon. Etter rettens syn er det imidlertid klart at Bad.no sin manglende betaling av fakturaen 3. mars 2018 og de øvrige fakturaene som danner grunnlaget for motkravet, ikke er å anse som reklamasjoner i Avtalens forstand.

Retten finner det bevist at de manglene skyltes interne forhold hos Bad.no, og at Erlend Stunner eksternt beroliget Knowit ved Bård Singstad om at de manglende betalingene utelukkende skyldtes regnskapstekniske forhold, og ikke at det var på grunn av misnøye med Knowit sin leveranse etter Avtalen. Retten har i denne vurderingen lagt vekt på Singstad sin e-post til Stunner av 21. september 2018 og betydelig vekt på Erlend Stunner sin e-post samme dag. For øvrig har retten vektlagt at Bad.no fortsatte å betale enkelte fakturaer selv om de unnlot å betale de som danner grunnlaget for motkravet.

Når det sees hen til de krav til reklamasjonens skriftlighet og innhold som Avtalen krever (se 2.2 og 5.2 over) kan ikke retten se at Bad.no på noe tidspunkt har reklamert overfor Knowit i Avtalens forstand før 23. oktober 2018 der Erlend Stunner sendte en e-post til Bård Singstad der man meddelte at man hadde avdekket en rekke alvorlige feil ved løsningen og at man ikke kunne akseptere at Knowit sluttet å utbedre feil.

Retten kan ikke se at e-posten av 23. oktober 2018 innholdsmessig utgjør en reklamasjon over hverken prosjektledelse- og gjennomføringen eller timebruken i prosjektet. Etter rettens syn tilsier imidlertid en e-post fra Kenneth Gvein til Magne Stunner av 31. oktober 2018 (Dok. s. 309) i sammenheng med det løsningsforslaget som retten har fått opplyst at Bad.no fremla under et møte den 29. oktober 2018 (Dok. s. 308), at de formelle og innholdsmessige kravene til reklamasjon over prosjektgjennomføringen og timebruken ble oppfylt under møtet den 29. oktober 2018.

Fristen for å reklamere er etter Avtalens pkt. 11.1 (3) «uten ugrunnet opphold». Avtalen regulerer et it-prosjekt mellom to næringsdrivende parter der dynamikken i Avtalen legger opp til en løpende og tett kommunikasjon mellom partene. Dette tilsier at fristen skal være kort. Retten går ikke nærmere inn på de konkrete grensene for den relative reklamasjonsfristen i Avtalen, men legger etter ordlyden og formålet til grunn at det er tale om en kortere frist enn «rimelig tid» som ellers gjelder etter relevant bakgrunnsrett og alminnelige obligasjonsrettslige regler (se f.eks. kjøpsloven § 32 (1)).

Hva som er å anse som «rimelig tid» vil variere ut fra de konkrete forholdene og partene i hver enkelt sak. Rettspraksis viser imidlertid at vilkåret i alminnelighet dreier seg om uker, og i høyden et par måneder (se Erik Monsen i Jussens Venner 2010 nr. 3 side 147-203 [JV-2010-147]¹ med videre henvisninger). Den relative reklamasjonsfristen i Avtalen er kortere enn dette.

Etter rettens syn er det utvilsomt at Bad.no ikke reklamerte skriftlig «uten ugrunnet opphold» slik Avtalen krever jf. Avtalens pkt. 11.1 (3) når det ikke ble reklamert over timebruken eller prosjektgjennomføringen før slutten av oktober 2018.

Rettens konklusjon er etter dette at Bad.no ikke har reklamert i tide.

6. Hovedkravet – konklusjon

Som det fremgår ovenfor finner retten at Knowit har misligholdt Avtalen mellom partene (kapittel 4), men at Bad.no har reklamert for sent (kapittel 5).

Vilkårene for å gjøre gjeldende prisavslag og/eller erstatning etter Avtalens er dermed ikke oppfylt, og det er dermed heller ikke rettslig grunnlag for å gi Bad.no medhold i hovedkravet.

Knowit blir etter dette å frifinne for hovedkravet.

7. Motkravet – rettens vurdering

Knowit har krevd at Bad.no skal dømmes til å betale en 13 ulike fakturaer som er fremlagt i saken som samlet beløper seg til kr 636 549,59 inkl. mva. med tillegg av forsinkelsesrenter fra fakturaenes forfallstidspunkt. Det er Knowit som har bevisbyrden for motkravet.

Rettsgrunnlaget for motkravet er Avtalen.

Som det fremgår ovenfor i punkt 4.3 legger retten til grunn at Knowit hadde «lukket» Fase-1 og tatt prosjektet over i en forvaltningsfase og videreutviklingsfase etter e-posten 2. mars 2018. Videre har retten i pkt. 3.3.4 lagt til grunn at det også etter lanseringen 28. januar 2018 ble utført ytterligere regningsarbeid med blant annet videreutvikling av løsningen og tilføring av ny funksjonalitet.

Bad.no har ikke reist innsigelser mot konkrete poster i de ulike fakturaene, og det er ikke bestridt at Knowit faktisk har utført det arbeidet som er fakturert.

På bakgrunn av Avtalen mellom partene legger retten til grunn at Knowit hadde krav på betaling for løpende arbeid, og det er ingen opplysninger i saken som tilsier at Bad.no motsatte seg eller avbestilte Knowit sitt arbeid i den perioden fakturaene gjelder. Som det fremgår ovenfor i pkt. 3.3.4 bestilte Bad.no ytterligere utviklingstjenester fra Knowit den 24. april 2018. Retten finner at det er hjemmel i Avtalen for Knowit til å kreve betaling for det vesentligste av postene i fakturaene. Det bemerkes også at rundt kr 138 083 eks. mva. er viderefakturering av utlegg Knowit har hatt ved å kjøpe markedsføringstjenester som f.eks. Google Adwords.

Retten finner imidlertid at det ikke har vært grunnlag i Avtalen mellom parten for Knowit til å fakturere Bad.no for timer medgått til utvikling- og feilretting i godkjenningsperioden (28. januar 2018 – 28. april 2018) og frem til garantiperiodens slutt (30. juli 2018), all den tid Knowit i disse periodene har hatt ansvar for å utbedre feil og mangler for egen regning jf. Avtalens pkt. 2.5.4 og 4.1.

Retten finner det bevist at Knowit har fakturert for 84,25 timer relatert til «Utvikling og feilretting» innenfor disse periodene med en timesats på kr 975 eks. mva i henhold til faktura nr. 115060 (54,25 timer) og faktura nr. 116650 (30 timer). Knowit har ikke fremlagt bevis som dokumenterer hvorvidt disse timene er relatert til videreutvikling og ikke feilretting. Det er Knowit som har bevisbyrden, og retten legger dermed til grunn at samtlige 84,25 timer må anses å ha medgått til feilretting i en periode der Knowit skulle gjøre dette for egen regning, og derfor er fakturert i strid med Avtalen mellom partene.

I tillegg er det fakturert ytterligere 10,5 timer à 975 eks. mva. i faktura nr. 116774 for «Utvikling og feilretting» for det retten legger til grunn å være arbeid utført i august 2018 (etter garantiperiodens utløp). Etter rettens syn er det uklart hvorvidt disse timene er brukt til å rette opp i feil som Knowit uansett var forpliktet til å rette opp for egen regning tidligere under godkjennings- eller garantiperioden. I fravær av bevis for hva timene konkret er brukt til, finner retten det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at timene er brukt til utvikling eller feilretting som har vært nødvendiggjort av Bad.no eller som på andre måter er hjemlet i Avtalen.

Samlet finner retten at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at de 94,75 timene som er fakturert som «Utvikling og feilretting», og som er fordelt på faktura nr. 115060, 116633 og 116774 til 975 eks. mva. var hjemlet i Avtalen mellom partene.

Det totale fremsatte motkravet er på kr 636 549,59 inkl. mva. Etter rettens vurdering er kr 92 381,25 med tillegg av kr 23 095,31 i mva., totalt kr 115 476,56 inkl. mva. uhjemlet i Avtalen. Den øvrige delen av motkravet på kr 521 073,03 er etter rettens syn tilstrekkelig godtgjort som rettmessig i medhold av Avtalen mellom partene.

8. Motkravet – konklusjon

Retten finner at Bad.no skal frifinnes for deler av motkravet, herunder at de ikke kan pålegges å betale kr 115 476,56 inkl. mva. av det som er fakturert i faktura nr. 115060, 116633 og 116774.

Retten finner imidlertid at det er rettslig og faktisk grunnlag for å gi Knowit medhold i den øvrige delen av motkravet, herunder kravet om at Bad.no skal dømmes til å betale ubetalte fakturaer fra Knowit Experience Bergen AS pålydende kr 521 073,03 inkl. mva. med tillegg av forsinkelsesrenter fra fakturaenes forfallstidspunkt.

9. Kravet om erstatning for sakskostnader

Det fremgår av tvisteloven § 20-2 (1) at en part som har vunnet saken har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Etter bestemmelsens andre ledd heter det at saken er vunnet hvis parten har fått medhold «fullt ut eller i det vesentlige». Videre heter det at dersom saken gjelder «flere krav mellom samme parter, er det samlede utfallet avgjørende».

Schei m.fl. skriver i «Tvisteloven» og lovkommentaren til bestemmelsen at:

«Utvidelsen tar sikte på saker hvor det er naturlig å si at motparten «praktisk talt» har tapt fullstendig og bare har vunnet frem på et mindre punkt, se NOU B side 928 og prp. side 444.»

Knowit er fullt ut frikjent for hovedkravet og har vunnet delvis frem med at Bad.no skal dømmes til å betale 81,86 % av det fakturerte beløpet som utgjør motkravet i saken. Etter retten sitt syn er det utvilsomt at Knowit har vunnet saken «i det vesentlige» jf. tvisteloven § 20-2 (1).

Knowit har krevd erstattet totalt kr 643 229 eks. mva. og har fradragrett for inngående merverdiavgift. Selve salærkravet utgjør kr 632 300 og er fordelt på 340,50 timer. Bad.no har ikke hatt innvendinger mot kravets størrelse.

Etter tvisteloven § 20-5 (1) skal erstatningen dekke partens «nødvendige kostnader». Ved vurderingen skal det legges vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem.

Retten har vært satt med sakkyndige meddommere grunnet sakens tekniske og faktisk kompliserte art. Dette har etter rettens syn nødvendiggjort en høy timebruk. Bevisførselen i saken har også vært relativt omfattende, og hovedforhandling har gått over 3 fulle dager. Saksøker har pretendert å ha et stort erstatningskrav på kr 3 392 258 eks. mva. mot saksøkte, i tillegg til at saksøkte sitt motkrav har vært på kr 636 549,59 inkl. mva. Den samlede tvistesummen har derfor vært relativt høy, og det må også av denne grunn anses rimelig at Knowit har brukt en del tid på forberedelse til hovedforhandlingen. Salærkravet til Knowit gjenspeiles også til en viss grad i Bad.no sin sakskostnadsoppgave der salærkravet er oppgitt til kr 567 050 fordelt på 226 timer. Retten har for øvrig også lagt vekt på at Bad.no ikke har reist innvendinger mot kravet.

Retten finner etter en helhetlig vurdering at Knowit sine sakskostnader har vært nødvendige og at det derfor skal utmåles full erstatning i samsvar med lovens hovedregel i tvisteloven § 20-5 (1). Retten kan ikke se at det er grunnlag for lemping etter tvisteloven § 20-2 (3) og dette har heller ikke vært anført. Knowit skal etter dette tilkjennes erstatning for sine sakskostnader med kr. 643 229 eks. mva.

10. Resultat

Dommen er enstemmig.

Det har medgått en del tid til sirkulering og postsending mellom rettens medlem (de to fagkyndige meddommerne holder til i Oslo). Dommen er primært av denne grunn ikke avsagt innen lovens frist jf. tvisteloven § 19-4 (5).

DOMSSLUTNING

Hovedkravet

1. Knowit Experience Bergen AS frifinnes.

Motkravet:

2. Bad.no AS dømmes til å betale NOK 521 073,03 inkl. mva. til Knowit Experience Bergen AS som betaling for ubetalte fakturer med fakturanummer 118390, 117844, 117303, 117097, 117096, 116775, 116774,

116650, 116633, 116632, 115520, 115061, 115060 med tillegg av forsinkelsesrenter fra de respektive fakturaenes forfallstidspunkt innen to uker fra denne dommen er forkynt.

For begge krav:

- 3. Bad.no AS dømmes til å betale Knowit Experience Bergen AS 643 229 – sekshundreogförtitretusentohundreogtjuei – kroner i sakskostnader innen to uker fra denne dommen er forkynt.*

1 Tilføyd av Lovdata.