

Land	Norge
Domstol	Eidsivating lagmannsrett
Parter	Infor (Steinhausen) II GmbH mod Felleskjøpet Agri Sa
Dato for afgørelse	13. juli 2021
Afgørelsestype	Dom
Status	Under anke
Dato for publicering i domsdatabasen	2. august 2021
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	Ikke omtalt
Gengivet fra	Eidsivating lagmannsretts domsbog



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 13.07.2021

Saksnr.: 18-076187ASD-ELAG/

Dommere:

Lagdommer

Lagdommer

Ekstraordinær lagdommer

Terje Hoffmann

Bjørn Eirik Hansen

Tom Landt Urdahl

I Anke

Ankende part

Infor (Steinhausen) II
GmbH

Advokat Ola Haugen

Ankemoøpart

Felleskjøpet Agri Sa

Advokat Christian
Steen Eriksen
Advokat Fredrik
Lilleaas Ellingsen

II Avledet anke

Ankemoøpart

Felleskjøpet Agri Sa

Advokat Christian
Steen Eriksen
Advokat Fredrik
Lilleaas Ellingsen

Ankende part

Infor (Steinhausen) II
GmbH

Advokat Ola Haugen

Saken gjelder krav på erstatning etter heving av avtale om levering av et standard IT-system og tilpasning. Spørsmålet er om kundens heving av avtalen var rettmessig.

Sakens bakgrunn

Felleskjøpet Agri SA (Felleskjøpet eller FKA) og det sveitsiske selskapet Infor (Steinhausen) II GmbH (Infor) inngikk 3. april 2014 avtale om levering av et såkalt ERP-system (Enterprise Resource Planning). Et ERP-system er en programvarebasert IT-løsning som skal støtte opp under virksomhetens sentrale arbeidsprosesser.

Felleskjøpet hadde frem til inngåelsen av avtalen med Infor benyttet et egenutviklet ERP-system, kalt FK-Meny. Felleskjøpet påbegynte arbeidet med forberedelsen av anskaffelsen av et nytt ERP-system på nyåret 2013. Anskaffelsesprosjektet fikk navnet «Prosjekt Forsprang». Formålet med anskaffelsen var å effektivisere forretningsdriften og øke lønnsomheten. Siktemålet var å bruke leverandørens standard IT-løsninger med minst mulig tilpasninger.

Felleskjøpet er et samvirkeforetak som eies av norske bønder. Felleskjøpet driver en variert virksomhet med en rekke butikker, produksjonsanlegg, lager- og kornmottak og verksteder rundt om i Norge.

Infor inngår i det amerikanske IT-konsernet Infor Global Solutions Inc., med hovedkontor i New York. Infor-konsernet driver en verdensomspennende virksomhet og er spesialisert innenfor utvikling av programvare til bruk for styring av virksomheter, herunder ERP-systemer. Det norske datterselskapet Infor Norge AS var opprinnelig tilbyder, men endelig kontrakt ble inngått med det sveitsiske konsernselskapet.

Felleskjøpet hevet avtalen med Infor 3. februar 2016. Leveransen av milepæl 3 (M3), den såkalte gjennomføringsfasen, var på dette tidspunkt betydelig forsinket i forhold til opprinnelig avtalt leveringstid.

Prosesshistorien

Felleskjøpet tok 17. juni 2016 ut stevning for Nedre Romerike tingrett. Felleskjøpet la i stevningen ned påstand om tilbakebetaling (restitusjon) av betalt vederlag til Infor og krav på erstatning.

I tilsvar 15. oktober 2016 la Infor ned påstand om frifinnelse for Felleskjøpets krav på restitusjon og erstatning, og fremmet motsøksmål med krav på erstatning.

Tingretten avsa dom i saken 9. februar 2018 med slik slutning (etter rettelse 19. mars 2018):

Hovedkrav:

1. Infor (Steinhausen) II GmbH betaler 288 000 000 – tohundreogåttåttemillioner – kroner i erstatning til Felleskjøpet Agri SA, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 30 dager etter 20. juni 2016 til betaling skjer, innen to uker fra dommens forkynnelse.

Motkrav:

1. Felleskjøpet Agri SA frifinnes.

For begge:

1. Infor (Steinhausen) II GmbH betaler sakens kostnader med 6 399 855 kroner til Felleskjøpet Agri SA innen 14 dager etter dommens forkynnelse.

Felleskjøpet begjærte 23. februar 2018 tilleggsavgjørelse vedrørende restitusjon av kr 41 948 581 som Felleskjøpet hadde betalt til Infor frem til avtalen ble hevet 3. februar 2016. Nedre Romerike tingrett tok i beslutning 19. mars 2018 ikke begjæringen om tilleggsavgjørelse til følge.

Infor anket 9. mars 2018 tingrettens dom til Eidsivating lagmannsrett. Felleskjøpet tok til motmæle i anketilsvar 9. april 2018 og innga avledet anke vedrørende ovennevnte krav på restitusjon av kr 41 948 581.

Under saksforberedelsen for lagmannsretten fremsatte Infor begjæring om bevistilgang til en meget omfattende mengde dokumenter, i det vesentlige elektronisk lagret. Felleskjøpet fremla noen dokumenter, men motsatte seg for øvrig bevisfremleggelsen. Eidsivating lagmannsrett avsa kjennelse 7. november 2018 hvor Felleskjøpet ble pålagt å fremlegge alle de dokumenter Infor hadde begjært bevistilgang til med unntak av enkelte som retten la til grunn at selskapet hadde selv eller hadde mottatt under behandlingen i lagmannsretten. Høyesterett opphevet lagmannsrettens kjennelse om bevistilgang i kjennelse 27. mai 2019.

Infor fremsatte deretter nye begjæring om bevistilgang som ble tatt delvis til følge i lagmannsrettens kjennelser av 6. januar 2020, 21. januar 2020, 6. april 2021 og 26. april 2021. Blant annet som følge av avgjørelsene om bevistilgang er fremlagte saksdokumenter økt fra ca. 3 600 sider ved behandlingen i tingretten til omlag 13 000 sider for lagmannsretten.

Eidsivating lagmannsrett avsa 6. april 2021 kjennelse om spørsmål om utvidelse av ankemotpartens påstand, alternativt oppfriskning for oversittelse av ankefrist, vedrørende erstatningspostene (i) «Internt gjennomføringsarbeid i Felleskjøpet», (ii) «Ekstern bistand til gjenanskaffelse, gjennomføringsfasen» og (iii) «Forsinket effektiviseringsgevinst».

Kjennelsen har slik slutning:

1. Felleskjøpet Agri SA gis ikke tillatelse til utvidelse av påstanden nedlagt i anketilsvaret 9. april 2018.
2. Felleskjøpet Agri SA gis ikke oppfriskning for oversittelse av ankefrist for avledet anke over Nedre Romerike tingretts dom 9. februar 2018.

Lagmannsretten berammet 19. juni 2018 ankeforhandlingen med oppstart 12. mars 2019. Etter at det oppsto tvist om bevisstilgang, hvor anke over lagmannsrettens kjennelse var henvist til behandling i avdeling i Høyesterett, traff lagmannsretten 29. januar 2019 beslutning om å omberamme ankeforhandlingen. Beslutningen om omberammelse ble truffet i forståelse med begge parter.

Lagmannsretten berammet 5. mars 2019 ny ankeforhandling med oppstart 5. mai 2020. Felleskjøpet begjærte 27. mars 2020 omberammelse av ankeforhandlingen. Lagmannsretten tok i beslutning 6. april 2020 begjæringen om omberammelse til følge.

Lagmannsretten berammet 25. juni 2020 ny ankeforhandling med oppstart 13. april 2021. Infor fremsatte 24. januar 2021 begjæring om omberammelse av ankeforhandlingen. Begjæringen ble ikke tatt til følge i lagmannsrettens beslutning 10. februar 2021.

Ankeforhandling ble holdt i Lillestrøm Kultursenter 13. april til 28. mai 2021 (27 rettsdager). Partsrepresentant for Felleskjøpet og 35 vitner, herav 6 sakkyndige vitner, avga forklaring. Det ble for øvrig foretatt slik bevisførsel som fremgår av rettsboken.

Partenes syn på saken

Infor (Steinhausen) II GmbH har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Infor tok i møte med Felleskjøpet 5. november 2015 opp behovet for å nedskalere prosjektaktivitetene for å få kontroll over utfordringene i prosjektet. Dette ble akseptert av Felleskjøpet. Infor tok også opp behovet for en kommersiell diskusjon. Forslaget ble ikke avvist fra Felleskjøpet, som ønsket å få en bedre forståelse av hva dette ville innebære. Referatet fra møtet 5. november 2015, som Felleskjøpet først sirkulerte seks dager etter møtet, reflekterte imidlertid ikke partenes diskusjon, og ble avvist av Infor.

I et oppfølgende møte 10. november 2015 var partene enige om å nedskalere/pause prosjektaktivitetene for en periode.

17. november 2015 meddelte Infor Felleskjøpet at man ville pause prosjektaktivitetene fra 20. november 2015. Behovet for pausen var begrunnet i at Felleskjøpet stadig gikk tilbake på enighet i diskusjoner og møter, og nektet å gjøre nødvendige og foreslåtte endringer. Prosjektet var på dette tidspunkt for alle praktiske formål allerede på pause ettersom det ikke var noen fremdrift. Pausen var i begge parter interesse.

I administrasjonens presentasjon til styringsgruppemøte i Felleskjøpet (SG FKA) 14. desember 2015 fremgår det at det var et «konkret ønske fra Infor om å restarte prosjektet», men at man måtte diskutere tiltak og endringer som var nødvendige for å komme i gang. Det fremgår videre av presentasjonen at Felleskjøpet var positive til endringene.

Det har i ettertid blitt kjent at Felleskjøpets styre 16. desember 2015 besluttet å heve avtalen med Infor for å sikre en god forhandlingsposisjon. Beslutningen ble imidlertid ikke meddelt Infor, og får derfor ingen betydning.

Styrets beslutning 16. desember 2015 var basert på misvisende informasjon fra administrasjonen i Felleskjøpet. Dette gjaldt blant annet opplysning om at «Infor har avsluttet sine aktiviteter i prosjektet». Felleskjøpet var klar over at Infor hadde et kjerneteam på ca. 20 personer som siden 17. november 2015 hadde arbeidet fulltid med re-planlegging.

Felleskjøpet varslet 18. desember 2015 heving av avtalen. Varselet var begrunnet med at Infor ikke ville oppfylle avtalen uten at Felleskjøpet aksepterte endrede betingelser. I varselet krevde Felleskjøpet at Infor skulle bringe forholdet i orden ved (i) å avbryte pausen innen 4. januar 2016 og (ii) bekrefte å være bundet til de avtalte vilkår.

Etter å ha mottatt svar fra Infor 29. desember 2015, bekreftet Felleskjøpet 31. desember 2015 at kravet om at Infor måtte vedstå seg sine avtaleforpliktelser var oppfylt. Kravet om at pausen måtte avbrytes innen 4. januar 2016 ble ikke lenger opprettholdt. Felleskjøpet foreslo i stedet at partene skulle gjennomføre en møteserie over to uker i januar 2016 for å diskutere hvorledes prosjektet kunne komme inn på et mer fremgangsrikt spor. Varselet om heving 18. desember 2015 var etter dette ikke lenger virksomt.

Felleskjøpet foreslo videre at de ville utsette fristen for heving av avtalen fra 4. til 18. januar 2016 forutsatt at partene i denne perioden gjennomførte felles workshops, og at Felleskjøpet, basert på resultatet av disse møtene, ville vurdere om heving skulle tilbakekalles eller ikke. Felleskjøpet hadde imidlertid ikke erklært heving på dette tidspunkt, slik at avtalen fortsatt var gjeldende mellom partene. Det er derfor uklart hva Felleskjøpet siktet til med uttalelsen om å tilbakekalle hevingen.

Gjennomføringen av januarmøtene kan ikke ses på som krav om retting av et mislighold etter avtalen punkt 11.5.4. Det ville ved utgangen av fristen ikke foreligge noe varslet mislighold som ikke var rettet og som kunne gi grunnlag for heving.

Dersom uttalelsen fra Felleskjøpet skal tolkes slik at varselet om heving var endret, må det i så fall forstås slik at den nye fristen 26. januar 2016 er overholdt – og forholdet ble bragt i orden – ved at det ble gjennomført en slik arbeidsperiode som forespurt innen fristen.

Infor og Felleskjøpet gjennomførte felles workshops 12.-21. januar 2016. Disse møtene kulminerte i et forslag til tiltaksplan som ble presentert av Infor 26. januar 2016. Forslaget til tiltaksplan besto av en rekke anbefalinger og forslag, men ingen krav. Dette gjaldt også spørsmålet om endringer i den finansielle modellen, noe som også ble bekreftet av Infor i den etterfølgende korrespondansen mellom partene.

Felleskjøpet ga ingen tilbakemeldinger på forslagene i tiltaksplanen.

En re-planlegging av prosjektet forutsatte endringer i prosjektgjennomføringen, og som gjorde det meningsløst å gjenoppta ordinære prosjektaktiviteter mens re-planleggingen fant sted.

Felleskjøpet engasjerte Accenture til å foreta en intern evaluering av de gjennomførte workshops. Felleskjøpet har ikke påberopt rapporten fra Accenture – som for øvrig er et makkverk – i grunnlaget for heving.

Ingen av de tre kumulative vilkårene i avtalen punkt 11.5.4 for at Felleskjøpet skal kunne heve avtalen er oppfylt. Dette gjelder (i) krav til forutgående skriftlig varsel, (ii) leverandøren må ha oversittet en rimelig frist for å bringe forholdet i orden, og (iii) det må foreligge vesentlig mislighold. Spørsmålet om vilkårene er oppfylt må prøves ut fra situasjonen på tidspunktet for heving 3. februar 2016.

Rettens prøving skal skje innenfor rammen av det mislighold som er påberopt i hevingserklæringen fra Felleskjøpet. Felleskjøpet har ikke anledning til i ettertid å påberope alternative eller supplerende hevningsgrunner som forelå allerede da heving ble erklært. De alternative grunnlagene er uansett uberettigede.

Varsel er en betingelse for at heving kan foretas. Bare forhold som er konkretisert i varselet kan tas med i vurderingen om heving. Dersom forholdet i varselet er rettet opp, må det eventuelt sendes et nytt varsel.

Felleskjøpet har i strid med avtalen punkt 11.5.4 hevet avtalen 3. februar 2016 uten forutgående varsel med rimelig frist for å bringe forholdet i orden, etter at varsel om hevning 18. desember 2015 falt bort ved advokat Ståle Hagens brev 31. desember 2015.

Felleskjøpet begrunnet hevingen 3. februar 2016 med at «Infor ikke har til hensikt å oppfylle sine forpliktelser på de vilkår som er avtalt». Det er intet grunnlag for en slik påstand, som dessuten er i strid med uttrykkelige uttalelser om det motsatte fra Infor, jf. blant annet e-post fra advokat Nicolai Halbo til advokat Ståle Hagen 28. januar 2016.

Infor hadde ikke per 3. februar 2016 vesentlig misligholdt avtalen. Felleskjøpet hadde derfor ikke rett til å heve avtalen.

Visekonsernsjef i Felleskjøpet Terje Johansen forklarte for lagmannsretten at hevingen var begrunnet i at Infor fremsatte krav om endring av vederlagsmekanismen i avtalen for å oppskalere arbeidet og fullføre prosjektet. Infor hadde ikke fremsatt et slik krav, og det står heller ikke noe om dette i hevningserklæringen.

Infor hadde til hensikt å oppfylle sine forpliktelser på de avtalte vilkår. Felleskjøpet hadde ikke grunnlag for å forstå situasjonen per 3. februar 2016 på annen måte. Infor hadde ikke fremsatt krav om endret vederlag, og i den grad det likevel skulle være tvil om dette etter dialogen mellom partene i januar 2016, kunne Felleskjøpet med svært enkle midler ha avklart forholdet.

Diskusjon om kommersielle forhold er en helt normal del av forretningslivet og utgjør ikke i seg selv et kontraktsbrudd. Det var dessuten usannsynlig at Infors forslag om endret vederlagsmodell ville ha medført at Felleskjøpet måtte betale mer. En overskridelse av Infors forslag til timeantall for å fullføre M3, ville være forårsaket av at Felleskjøpet ikke medvirket slik de skulle etter avtalen.

På bakgrunn av Infors betydelige investeringer i prosjektet, betalingsmilepæl var nær forestående, prosjektutfordringene – og konkrete løsningsforslag for disse – var identifisert, og betydningen av å få gjennomført prosjektet på en vellykket måte som et referanseprosjekt, ville det kommersielt sett gi liten mening for Infor å gå fra avtalen, selv om Felleskjøpet ikke samtykket i en endring av vederlagsmodellen.

Bevisførselen viser at Infor har gjort alt i sin makt for å fullføre prosjektet på en vellykket måte, og at det ikke ble stilt noe ultimatum om endring av vederlagsmodellen. Det var ingen tvil eller uenighet mellom partene om at endringer måtte til for å bringe prosjektet frem til en vellykket avslutning. Felleskjøpet var stort sett enig i forslagene til reorganisering. Felleskjøpet feiltolket Infors kommersielle forslag i januar 2016 og tilla Infor hensikter i strid med Infors uttrykkelige erklæringer om det motsatte.

Felleskjøpet varslet ikke Infor i etterkant av møteserien i januar 2016 om at Felleskjøpet ville heve avtalen dersom normale prosjektaktiviteter ikke ble gjenopptatt. Hevningen ble foretatt på et tidspunkt før partene var omforent om hvilke endringer som skulle gjøres, eventuelt hvilke endringer Felleskjøpet mente burde gjøres.

I hevningserklæringen er det vist til at oppfyllelsen er «massivt forsinket». Forsinkelse ble imidlertid ikke påberopt som selvstendig hevningsgrunn, men som bakgrunn for Felleskjøpets standpunkt om at Infor var i vesentlig mislighold ved å nekte å gjenoppta arbeidet på avtalens premisser. Det angis her at Infors manglende etterlevelse utgjorde et «vesentlig mislighold», ikke en «vesentlig forsinkelse». Det gis ingen redegjørelse for om maksimal dagbot var nådd eller om en senere tilleggsfrist hadde utløpt, noe som ville ha vært naturlig dersom forsinkelse var hevningsgrunnlaget.

Felleskjøpet varslet 18. desember 2015 om at de ville heve avtalen «med mindre Infor gjenopptok sitt arbeid». Dette ville være meningsløst dersom Felleskjøpet uansett ville heve på grunn av forsinkelse. Felleskjøpet var derfor avskåret fra å heve på grunn av forsinkelse dersom Infor var villig til å fullføre prosjektet, slik Felleskjøpet hadde bedt om.

Både interne dokumenter i Felleskjøpet knyttet til hevningen og forklaringene fra Christen Rehn og Terje Johansen for lagmannsretten, viser at forsinkelse ikke ble vurdert som hevningsgrunn av Felleskjøpet.

En naturlig forståelse av varselet 18. desember 2015 og hevningserklæringen 3. februar 2016 er at Felleskjøpet ønsket at Infor skulle gjenoppta normale prosjektaktiviteter, men hevet fordi Felleskjøpet la til grunn at Infor ikke ville gjøre det uten en rettsstridig endring av vederlagsmodellen.

Forsinkelse ble først påberopt som hevningsgrunn i stevningen.

Antesipert forsinkelse ble ikke påberopt i hevningserklæringen. Felleskjøpet ga heller ikke varsel om antesipert mislighold etter avtalen punkt 11.5.4.

Forutsatt at forsinkelse ble påberopt som hevningsgrunn i hevningserklæringen, gjøres det subsidiært gjeldende at Felleskjøpet ikke hadde rett til å heve på grunn av forsinkelse.

Det foreligger ikke mislighold fra leverandøren hvis forsinkelsen skyldes kundens forhold, jf. avtalen punkt 11.1 annet avsnitt. Hovedårsaken til prosjektets fremdriftsutfordringer skyldtes forhold på Felleskjøpets side.

Leverandøren har ingen plikt til å reklamere med mindre han vil påberope seg misligholdsbeføyelser overfor kunden. Det er heller ikke noe krav om eskalering til

styringsgruppen, eller krav om at leverandøren må reklamere for å påpeke at han ikke er i mislighold.

Avtalen punkt 6.1 beskriver kundens forpliktelser til klargjøring og medvirkning. ERP-prosjekter er komplekse samarbeidsprosjekter hvor begge parter sammen må bidra til at det konfigureres og utvikles et system som passer kundens virksomhet. Kunden må redegjøre for, og beslutte hvordan, de ønsker at sine arbeidsprosesser skal være, og leverandøren må konfigurere og sette opp et system som teknisk sett understøtter de prosessene kunden har beskrevet. En slik avtale krever betydelig grad av medvirkning fra kundens side, og medfører en skjerpet lojalitetsplikt overfor kontraktspartnern. Det vil være umulig for Infor å oppfylle sin del av avtalen uten nødvendig medvirkning fra Felleskjøpet.

Infor iverksatte en rekke tiltak opp mot den utsatte fristen 30. juni 2015 for levering av M3. Når også denne fristen ble oversittet, skyldtes dette i stor grad Felleskjøpets manglende oppfyllelse av sine medvirkningsforpliktelser.

Felleskjøpet meddelte 6. juli 2015 at forsinket levering av M3 utgjorde et kontraktsbrudd og at det påløp dagbøter. Dette ble bestridt av Infor. Felleskjøpet trakk deretter tilbake kravet om dagbøter 8. juli 2015.

Felleskjøpet bekreftet 12. juli 2015 at man var enig i at leveringsdatoen for M3 måtte endres, og at dette var nødvendig for begge sider. Ettersom partene var enige om en utsettelse av leveringsdato foreligger det ikke forsinkelse. Noen ny frist for levering av M3 ble ikke fastsatt.

I perioden etter 30. juni 2015 ble det tydelig at utfordringene kun lå hos Felleskjøpet. Felleskjøpets manglende oppfyllelse av sine medvirkningsforpliktelser gjorde det etter hvert nødvendig å iverksette en pause for å re-planlegge prosjektet. Arbeidet med «use cases», som Felleskjøpet skulle ha levert til M2, var sterkt forsinket. Selv etter at testingen hadde begynt, utarbeidet Felleskjøpet «use cases» for å definere sine arbeidsprosesser og prosessflyt. Etter avtalen punkt 2.2.1 skulle Felleskjøpet definere akseptansekriteriene for hva som skulle til for å godkjenne løsningen, men Felleskjøpet brukte istedenfor kravene i avtalen bilag 1 som testkriterier. Felleskjøpet var lite opptatt av å sette seg inn i M3-systemet og utvikle sine egne forretningsprosesser i lys av disse. Det var en gjennomgående utfordring at Felleskjøpet ikke evnet å tilpasse seg et standardssystem, og hvor Felleskjøpets prosesseiere ønsket å beholde den gamle løsningen «as is». Felleskjøpet fremsatte dessuten flere detaljerte krav enn det som fulgte av kravspesifikasjonen, gjerne sent i prosjektet og etter at Infor hadde konfigurert løsningen. Dette hæng sammen med Felleskjøpets manglende evne til å stå ved tidligere beslutninger. En gjennomgående utfordring i prosjektet var nettopp Felleskjøpets manglende evne og vilje til å ta beslutninger i tide, til tross for gjentatte purringer. Disse og andre forhold som Felleskjøpet var ansvarlig for, påvirket fremdriften i prosjektet.

Etter avtalen punkt 11.5.4 kan kunden heve avtalen ved 100 dagers forsinkelse. Dato for 100 dagers eventuell forsinkelse regnet fra 30. juni 2015 er 8. oktober 2015. Dersom Felleskjøpet ville påberope forsinkelse som hevningsgrunn måtte Felleskjøpet hevet avtalen i tilknytning til 8. oktober 2015. Felleskjøpet valgte imidlertid å gå videre med prosjektet. Felleskjøpet mistet da sin rett til å heve grunnet forsinkelse, og kan ikke ta opp igjen denne beføyelsen etter eget forgodtbefinnende 3. februar 2016.

Etter avtalen punkt 11.5.4 kan heving, foruten der maksimal dagbot er nådd, skje ved utløpet av en rimelig tilleggsfrist. Felleskjøpet fastsatte aldri noen tilleggsfrist, og heving kunne derfor heller ikke skje etter dette alternativet.

Felleskjøpet ble 10. desember 2015 gjort kjent med at prosjektet var 10-12 måneder forsinket, uten å reagere. Felleskjøpet fremsatte likevel krav om at Infor skulle avbryte pausen og gjenoppta prosjektaktivitetene. Felleskjøpet kan ikke heve etter at man har fastholdt kontrakten, med mindre oppfyllelse tar lengre tid enn man måtte regne med, jf. Rt-1929-687.

Felleskjøpet ba om at partene skulle gjennomføre en intensiv arbeidsperiode i januar 2016 for å re-organisere prosjektet. Infor brukte betydelige ressurser på re-planlegging og januarmøtene i tillit til Felleskjøpets lovnader om at de ville vurdere nødvendige endringer i prosjektet. Felleskjøpet kan ikke da plutselig heve på grunn av en allerede inntrådt forsinkelse.

Avtalen punkt 11.5.4 annet avsnitt, jf. punkt 11.5.2 fjerde avsnitt, forutsetter at dagbot må ha påløpt for å kunne heve på grunn av forsinkelse. Disse bestemmelsene gjelder bare ved aktuell forsinkelse, og ikke ved antasert forsinkelse. Når det – som her – ikke var etablert nye milepælsdatoer er det vanskelig å se hva som skulle danne utgangspunktet for en vurdering av antasert mislighold. Det fremsto uansett ikke som klart at det ville inntre vesentlig forsinkelse i forhold til den fremdrift som var forventet i januar/februar 2016.

Forutsatt at pausen må anses påberopt som hevningsgrunn i hevningserklæringen, gjøres det subsidiært gjeldende at Felleskjøpet ikke hadde rett til å heve på grunn av pausen.

Ut fra situasjonen 3. februar 2016 var det ikke anledning for Felleskjøpet å bruke nedskaleringen som selvstendig hevningsgrunn. Avtalen ble fastholdt og partene var enige om å gjennomføre workshops i januar 2016 for å re-organisere prosjektet. Felleskjøpet kan ikke da plutselig heve fordi det var nedskalert forut for januarmøtene.

Felleskjøpet hadde ikke fremsatt krav om oppskalering i denne perioden, nytt varsel om å avslutte pausen var ikke sendt, og tidligere krav om gjenopptak av arbeidene var ikke lenger virksomt. Infor hadde oppfylt kravene som Felleskjøpet hadde stilt per 3. februar

2016, og hadde meddelt Felleskjøpet om at de arbeidet «offsite» og var beredt til å oppskalere arbeidet når de fikk tilbakemelding fra Felleskjøpet.

Pausen var ikke i strid med Infors forpliktelser, men nødvendig og iverksatt i begge parter interesse. Formålet med pausen var å sette ordinære prosjektaktiviteter som ikke genererer fremdrift på midlertidig pause for å kunne re-planlegge prosjektet og få det på rett kjørl.

Arbeidet med den såkalte «Plan B», som Infor hadde nedlagt betydelige ressurser i frem til denne ble oversendt til Felleskjøpet 8. oktober 2015, førte ikke frem fordi Felleskjøpet ikke ville forplikte seg eller gi nødvendige innspill.

Infor varslet Felleskjøpet gjentatte ganger om behovet for pause. Nødvendigheten av pausen ble grundig redegjort for av Mitchell Lafrance, som i Infor hadde som oppgave å håndtere komplekse prosjektutfordringer. Lafrance fikk høsten 2015 oppgaven med å analysere hva som var årsaken til fremdriftsutfordringene i dette prosjektet, og dernest foreslå og iverksette nødvendige tiltak.

Den gjennomgående beskjeden fra Infor til Felleskjøpet var at prosjektet først skulle nedskaleres for å kunne re-planlegges, og deretter oppskaleres på en kontrollert måte. Interne utsagn i Infor om «fix it or stop it» betydde ikke at Infor ville forlate prosjektet om de ikke fikk mer penger.

Pausen medførte ingen stans i arbeidene. Infor nedskalerte – som varslet – antall ressurser midlertidig, men beholdt omkring 15-20 personer på fulltid. Infor utarbeidet forslag til hvordan re-planleggingen kunne gjennomføres, som ble presentert for Felleskjøpet 10. desember 2015. Felleskjøpet ga i brev 31. desember 2015 ga uttrykk for at forslagene kunne brukes som utgangspunkt for diskusjoner mellom partene.

Pausen utgjorde ikke tilbakehold av Infors ytelse, men var et nødvendig tiltak for at Infor skulle levere ytelsen.

Under enhver omstendighet utgjorde ikke pausen i seg selv et vesentlig mislighold av avtalen som ga Felleskjøpet grunnlag for å heve avtalen. Det gjelder en skjerpet hevingsterskel for tilvirkningskontrakter.

Felleskjøpets tilsidesettelse av avtalens bestemmelser om vilkårene for og fremgangsmåten ved hevning innebærer et grovt kontraktsbrudd fra Felleskjøpets side. Det er objektivt ansvar for uberettiget hevning, jf. Rt-1994-1617.

Infor har krav på erstatning som følge av Felleskjøpets uberettigede hevning. Ansvarsbegrensningen i avtalen settes til side fordi Felleskjøpets kontraktsbrudd i alle fall er grovt uaktsomt, jf. avtalen punkt 12.5 annet avsnitt.

Tapet må utmåles skjønnsmessig. Beregning foretatt av det sakkyndige vitnet Simen Weiby vil danne utgangspunkt for lagmannsrettens skjønn.

De enkelte tapspostene består av gjenstående vederlag for M1-M3, tapt fortjeneste for levering av M4-M6, ubetalte endringsordre, lisenser og vedlikehold, tjenesteleveranser og kompensasjon for merarbeid.

Det kreves forsinkelsesrenter fra 30 dager etter tilsvaret til tingretten 15. oktober 2016.

Forutsatt at Felleskjøpets hevning av avtalen var rettmessig, gjøres det subsidiært gjeldende at Felleskjøpets krav på erstatning må reduseres.

De forhold som medførte hevning representerte ikke et forsettlig eller grovt uaktsomt kontraktsbrudd. Ansvarsbegrensningen i avtalen 11.5.6 får derved anvendelse, og innebærer at ansvaret er begrenset til direkte tap og kontraktssummen.

Kontraktssummen utgjør summen av målprisen kr 98 883 094 og «Farmer & Grower Settlement» kr 4 650 000, til sammen kr 103 533 094.

Felleskjøpets har ikke krav på tilbakebetaling av kr 41 948 581. Bestemmelsen i standardavtalen punkt 14 annet avsnitt er strøket. Partene har derved uttrykkelig avtalt at tilbakebetaling ved hevning ikke skal skje. Restitusjon kan heller ikke tilkjennes i form av erstatning eller prisavslag.

Krav på erstatning for kostnader til egne ansatte til gjennomføring av Infor-prosjektet (Prosjekt 1) og det etterfølgende iStone/Columbus-prosjektet (Prosjekt 2) kan ikke tas til følge. Subsidiært må kravet nedsettes vesentlig. Felleskjøpet har ikke påvist at interne tiltak har ført til ekstra kostnader. En oppstilling av lønnsutgifter mv. til egne ansatte kan ikke danne grunnlag for erstatningskrav, ettersom dette er utgifter som virksomheten uansett ville ha hatt. Felleskjøpet har ikke dokumentert utgifter til innleie eller andre interne utgifter knyttet til et eventuelt kontraktsbrudd. Det er lite troverdig at ledere med sentrale oppgaver i Felleskjøpets organisasjon har arbeidet nesten fulltid i prosjektet. En stor del av arbeidet vil være gjenbrukbart. Sakkyndig vitne som utarbeidet beregningene for Felleskjøpet har erkjent regnefeil på om lag kr 7,3 millioner. Det vises til beregningen fra Deloitte på totalt kr 9,1 millioner for disse postene.

Krav på erstatning for kostnader til ekstern bistand i Prosjekt 1 og Prosjekt 2 må nedsettes vesentlig. En stor del av arbeidet kunne vært gjenbrukt. Det kan ikke kreves dekket kostnader som er forbundet med Felleskjøpets valg av alternativt ERP-system fra Microsoft. Det vises til beregningen fra Deloitte på totalt kr 15,6 millioner for disse postene.

Felleskjøpets endring av kravet fra å gjelde bortkastede kostnader i Prosjekt 1 til kostnader i Prosjekt 2 kan ikke tas til følge. Høyere kostnader i Prosjekt 2 kan ikke relateres til et eventuelt mislighold fra Infor, og Infor kan uansett ikke være ansvarlig for kostnader til forsinkelser i gjenanskaffelsen eller implementeringen av Microsoft-systemet. Dersom det skal tas utgangspunkt i kostnadene i Prosjekt 2 må det gjøres fratrukk for ytterligere kostnader som ville ha påløpt i Prosjekt 1.

Ettersom det ikke finnes noen gjengs pris for leveransen av Prosjekt 1, og fordi Felleskjøpet ikke har foretatt noen dekningstransaksjon, er det ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning for prisdifferanse ved dekningskjøp.

En eventuell forsinket effektiviseringsgevinst er et indirekte tap som ikke kan kreves erstattet etter avtalen punkt 11.5.5 og 11.5.6. Felleskjøpet har ikke sannsynliggjort noe tap i form av forsinket effektiviseringsgevinst. Det er usikkert om gevinster ville ha blitt oppnådd. Et effektiviseringstap vil bestå av en forskjøvet kontantstrøm. Ved et effektivt dekningskjøp ville forskyvningen kun ha vært 1-2 år. Et eventuelt tap må uansett ta hensyn til at det nye ERP-systemet har en høyere forventet gevinst. Det vises til beregningen fra Deloitte på totalt kr 39,1 millioner for de to postene prisforskjell og effektivisering.

Infor (Steinhausen) II GmbH har nedlagt slik påstand:

1. Infor (Steinhausen) II GmbH frifinnes.
2. Felleskjøpet Agri SA dømmes til å betale erstatning fastsatt etter rettens skjønn til Infor (Steinhausen) II GmbH, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.
3. Infor (Steinhausen) II GmbH tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Felleskjøpet Agri SA har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Hevningen av avtalen var rettmessig. Infors leveranse var vesentlig forsinket, både aktuell og antepert. Infors stans av arbeidet var kontraktstridig og forsettlig. Infor har ikke sannsynliggjort at Felleskjøpet var årsak til manglende fremdrift.

Felleskjøpet har krav på restitusjon av betalt vederlag under avtalen, og krav på erstatning av positiv kontraktsinteresse.

Ved bevisbedømmelsen skal tidsnære bevis tillegges stor vekt, jf. Rt-1999-74. Det er av vesentlig betydning hva som ble tatt opp/ikke tatt opp i styringsgruppen som avtalefestet eskaleringspunkt.

Infor hadde etter avtalen påtatt seg et resultatansvar, som innebar å levere det avtalte ERP-systemet til riktig tid, kvalitet og pris. Det var avtalt en målprismodell med tak (fastpris). Målprismodellen sikret økonomisk forutberegnelighet.

Infor hadde etter avtalen det overordnede ansvaret for prosjektets ledelse og fremdrift. Felleskjøpets rolle var primært bidragsyter og premissleverandør. Infor's fremdriftsansvar omfattet også utarbeidelse av detaljerte prosjektplaner og ajourføring av disse hvis det skjedde endringer, jf. avtalen punkt 2.1.1.

Felleskjøpets medvirkningsplikt omfattet klart å tilkjenne sitt formål, krav og behov, og hvor Infor skulle påpeke eventuelle uklarheter, jf. avtalen punkt 1.1.

Infor skulle, som den profesjonelle part med kunnskap om system og prosess, fasilitere Felleskjøpets medvirkning, og gjøre Felleskjøpet i stand til å treffe beslutninger underveis. Infor hadde meldeplikt dersom Felleskjøpet ikke medvirket som avtalt, jf. avtalen bilag 6 punkt 4.1, og reklamasjonsplikt ved mislighold på Felleskjøpets side, jf. avtalen punkt 12.1. Ved mislighold fra Felleskjøpets side ville Infor kunne hatt krav på fristforlengelse. Unnlatt varsling medfører at Infor's eventuelle innsigelser prekluderes.

Felleskjøpet tok sitt medvirkningsansvar på alvor. Endringsprosjektet ble forankret på alle nivåer. Det ble innhentet ekstern bistand i anbudsfasen (PwC), som støtte til Project Management Office (PMO) (EY) og til å bistå med løsningsmessige avklaringer (Accenture).

Felleskjøpet har oppfylt kravene til ressurser, jf. avtalen bilag 04.06. Ansatte i Felleskjøpet ble tatt ut fra sine faste stillinger for å kunne dedikere seg til prosjektet. Felleskjøpets allokerte prosjektmedarbeidere hadde riktig kompetanse, personlig egnethet, og var tilstrekkelig dedikert til prosjektet.

Infor's innsigelser mot Felleskjøpets manglende medvirkning ved ikke å ha stilt opp med tilstrekkelige eller kompetente ressurser, var sene til å treffe beslutninger og hadde «skjulte krav», er oppkonstruerte. Infor verken varslet eller reklamerte om dette underveis, og Felleskjøpet fikk under hele prosjektperioden ros for sine bidrag til Infor. Dette gjaldt også Felleskjøpets arbeid med endringsledelse.

Infor har ikke påvist noen sammenheng mellom anført manglende løsningsarkitekt hos Felleskjøpet og manglende fremdrift i prosjektet.

Infor har ikke meldt fra om manglende kompetanse eller beslutningsansvar hos Felleskjøpet, jf. avtalen bilag 2 punkt 6.

Såkalte «røde perioder» hvor personell fra Felleskjøpet ville være mindre tilgjengelig, var en forutsetning for gjennomføringen, og var beskrevet i avtalen.

Det ble i anskaffelsesfasen satt av god tid slik at leverandørene fikk god forståelse for Felleskjøpets krav og behov.

Skriftlige og tidsnære bevis viser at Infor tidlig manglet kontroll og struktur på prosjektet. I styringsgruppemøte 20. juni 2014 påpekte Felleskjøpet at prosjektet var preget av sen oppstart. Godkjenning av forberedelses- og organiseringsfasen (M1) for delsystemene økonomi og handel, som etter avtalen skulle ha vært godkjent 16. mai 2014, ble først godkjent 11. juli 2014.

Felleskjøpet ga uttrykk for bekymring for Infors mangel på kontroll og styring i spesifiseringsfasen (M2). Referatene fra møtene i styringsgruppen viser ingen reklamasjon for manglende medvirkning fra Felleskjøpets side. M2 for økonomi og handel skulle etter avtalen ha vært ferdig 20. august 2014. All funksjonalitet (detaljspesifisering) for økonomi og handel for M2 ble levert 13. november 2014, og det gjensto bare mindre/ubetydelige utestående punkter som ble forskjøvet til M3.

I utviklings- og installasjonsfasen (M3) skulle Infor avslutte konfigurering av standardssystemet og utvikle løsningen i henhold til detaljspesifikasjonen (M2). Infor skulle før levering av M3 gjennomføre alle testscript, gjennomføre all testing, installere og gjennomføre systemtesting samt levere test statusrapport.

Etter avtalen bilag 4 punkt 1.2 skulle M3 for økonomi og handel være ferdig henholdsvis 24. april og 27. februar 2015. Felleskjøpet var bekymret for at forsinkelsene fra de første fasene av prosjektet ville få konsekvenser for M3, men Infor ga i styringsgruppemøte 14. januar 2015 uttrykk for at de hadde kontroll.

Avtalen benytter «fossefallsmetoden» som innebærer en gradvis fremvisning av løsning ved prototyper som kunden aksepterer underveis, jf. avtalen bilag 04.04 (StepWise prosjektmetodikk).

Infor gjorde tre mislykkede leveringsforsøk av M3 i april, mai og juni 2015. Det første leveringsforsøket 17. april 2015 ble avvist av Felleskjøpet fordi det åpenbart ikke tilfredstilte avtalte krav, jf. avtalen punkt 2.3.8. Heller ikke det andre leveringsforsøket 4. mai 2015 ble akseptert av Felleskjøpet. 14. juni 2015 oversendte Infor en oversikt som viste at det gjensto 237 elementer for økonomi og handel. 18. juni 2015 avdekket EY at det gjensto et betydelig testarbeid og at 60 % av gjennomførte tester hadde feilet.

I mai og juni 2015 gjennomførte Felleskjøpet diverse tester for å redusere risikoen for ytterligere forsinkelser, samt å forberede kundens akseptansetest (KAT) M4.

I forbindelse med tredje leveringsforsøk 30. juni 2015 oversendte Infor testdokument som viste 43 A-feil, 73 B-feil og 98 C-feil. I perioden frem til 30. juni 2015 kom det ingen varsler fra Infor om at Felleskjøpet ikke medvirket til eller hindret leveransen av M3.

I august og utover høsten 2015 kom det frem at leveransen av M3 var mer mangelfull enn antatt før sommeren, med en økning av utestående leveranser og liten progresjon.

Testingen skulle foretas ved bruk av såkalte «test case» og «use case». Use case var Felleskjøpets verktøy for å teste løsningen helhetlig, og skulle først tas i bruk i KAT (M4), jf. avtalen bilag 4. I den grad use-caser ikke forelå eller var mangelfulle kunne dette ikke påvirke Infors leveransemulighet av M3. Det foreligger ingen tidsnære reklamasjoner fra Infor på manglende eller mangelfulle use case eller at fremdriften ble hindret av dette.

Infor skulle etter avtalen utarbeide test case for standard funksjonalitet, modifikasjoner og tilpasninger beskrevet i avtalen bilag 2. Infor utarbeidet test-caser, men det var forsinkelser og mangler.

Etter avtalen bilag 4 punkt 2.4.1.1 skulle Felleskjøpet lage test-caser for utvidelser. Listen over endringsordre viser at det var få funksjonelle krav. Infor har ikke sannsynliggjort at Felleskjøpet ikke laget disse test-casene, og det er uansett usannsynlig at dette var årsaken til Infors massive forsinkelse.

Infor skulle etter avtalen punkt 2.3.3, bilag 6 punkt 4 og bilag 04.04 benytte StepWise-metodikk for å etablere løsningen. Infor byttet imidlertid metodikk fra StepWise til IDM allerede fra M1. Bruk av industrimaler (IA-maler) hang tett sammen med IDM som utviklingsmetodikk. Flere av Infors konsulenter var imidlertid ukjent med metodikkskiftet, og tok utgangspunkt i kravene fremfor IA-malene. Dette var delårsak til at Infor ikke klarte å levere i tide.

Etter avtalen punkt 2.3.4 skulle Infor kvalitetssikre systemutviklingen. Forut for installasjonen av systemet pliktet Infor å utføre tester for å verifisere at det fungerte, jf. avtalen punkt 2.3.8. Infors gjentatte forfeilede leveringsforsøk av M3 viser at kvalitetssikring ble unnlatt og innebærer grovt uaktsomt brudd på sentrale leveringsforpliktelser.

Avtalen punkt 5.2 satte krav til Infor om å sikre kvalitet og stabilitet på bemanningssiden, og med lang varslingsfrist ved bytte av nøkkelpersonell, jf. avtalen bilag 6 punkt 3.1. I følge Infor var stabil bemanning den viktigste faktoren for et suksessrikt prosjekt. Likevel byttet Infor kort tid etter avtaleinngåelsen deler av mannskapet, og kontinuerlige personutskiftninger hos Infor fortsatte gjennom prosjektet. De nye ressursene manglet

oversikt over tidligere avklaringer, arbeidsmøtene ble lite effektive og flere av konsulentene manglet nødvendig kunnskap om løsningen.

Overordnet løsningsarkitekt har hovedansvaret for å sikre at alle prosesser mellom delprosjekter og faser henger sammen i en helhetlig løsning. Dette var spesielt viktig i dette prosjektet ettersom Infor utviklet delprosjektene økonomi og handel separat. Infors overordnede løsningsarkitekt Bjørn Åsbrink forlot prosjektet i mars 2015, uten at Infor skaffet en erstatting, og mange kritiske feil kom til syne da Infor koblet sammen det som var utviklet separat for økonomi og handel.

Infor har ikke dokumentert eller sannsynliggjort at Felleskjøpet hindret Infors leveranse grunnet «skjulte krav» («scope creep»). Eksempelene som Infor har trukket frem er få og viser reelle kontraktuelle uenigheter om hva som skulle leveres i henhold til Infors løsningsspesifikasjon. Dette er normalt og forventet i et stort ERP-prosjekt, og avtalen har mekanismer for å håndtere slike situasjoner i form av endringsordre.

Leveransen var mer omfattende og komplisert enn det Infor hadde sett for seg, noe som også viste seg i Infors timeforbruk. EYs analyse av Infors prosjektstyring høsten 2015 viste store mangler.

Etter det mislykkede leveringsforsøket 30. juni 2015 var det behov for en oppdatert plan – plan B, med andre og senere milepæler. I styringsgruppemøte 2. juli 2015 ga Felleskjøpet uttrykk for at Infor måtte re-planlegge prosjektet og at Infor måtte ha en tilpasset plan klar i slutten av juli.

Infor varslet i e-post 10. juli 2015 en endringsordre for nye milepæler, men dette ble aldri fulgt opp av Infor. Det ble heller ikke inngått avtale om en ny plan eller nye milepæler.

Sommeren 2015 var det også en diskusjon om dagbot etter at Felleskjøpet 6. juli 2015 varslet Infor om at leveransen av M3 som skulle ha skjedd 30. juni 2015, var forsinket. Diskusjonen omfattet også spørsmålet om Plan B og andre forhold. Som en del av løsningen på disse forholdene bekreftet Felleskjøpet at dagbot ikke ville bli innkrevet. Felleskjøpet frafalt imidlertid verken dagbot generelt eller andre misligholdsbeføyelser.

Etter at Infor i oktober 2015 gikk bort fra arbeidet med plan B, fordi Infor i stedet ønsket å fokusere på såkalte «fundamental issues», ble spørsmålet om dagbot og andre misligholdsbeføyelser igjen tatt opp av Felleskjøpet i e-post 30. oktober 2015.

I oktober og november 2015 var det forbedret fremdrift på økonomi og handel, og delprosjekt tonn var i gang med testing av siste prototype.

Mitchell Lafrance fikk i oktober 2015 mandat fra toppledelsen i Infor om «fix it or stop it», og som ble gjennomført ved at han senere stanset prosjektet. Før Mitchell Lafrances inntreden var det ingen antydninger fra Infor om at det ville bli fremmet krav om endrede kommersielle betingelser. Frem til stansen og i tiden deretter fremsatte Mitchell Lafrance krav om endringer i de kommersielle betingelsene en rekke ganger, og med klare rekkefølgekrav; først enighet om kommersielle vilkår og deretter re-planlegging av aktiviteter. Det er ikke tvilsomt at endring av de kommersielle betingelsene var helt sentralt for Infor.

Infors stans av prosjektarbeidet utgjorde et klart kontraktsbrudd.

Infors anførte grunner for å stanse prosjektet er uholdbare. Det er ikke riktig at stansen var en omforent løsning og en naturlig følge av partenes diskusjon. Den kontrollerte tilpasningen av bemanningen som ble diskutert med Felleskjøpet, og som ikke skulle medføre noen forsinkelser i prosjektet, er noe helt annet enn den fullstendige stansen som Infor varslet 17. november 2015, og som ble iverksatt 20. november 2015. Det er heller ikke holdepunkter for at Infors konsulenter manglet arbeidsoppgaver, eller at stansen var det eneste fornuftige tiltaket.

Det var tre reelle grunner for at Infor stanset prosjektet: (i) stanse egne løpende kostnader, (ii) legge press på Felleskjøpet for å kunne kreve endrede kommersielle betingelser og (iii) få Felleskjøpets konsernsjef til forhandlingsbordet.

Infor var på forhånd kjent med den negative virkningen forsinkelsen i prosjektet ville få for Felleskjøpet. Felleskjøpet hadde løpende kostnader på linje med Infor, både eksterne og interne ressurser, men valgte å beholde disse ressursene med tilhørende kostnader i håp om at prosjektet kunne komme i gang igjen. At stansen ville eksponere Felleskjøpet for økt risiko og kostnader ble meddelt Infor rett etter at Infor hadde varslet om stansen, og før stansen ble iverksatt.

Felleskjøpet krevde i brev 19. november 2015 at Infor skulle trekke varselet om stansing tilbake. Det ble i brevet påpekt at prosjektet allerede var betydelig forsinket, og at Felleskjøpet forbeholdt seg retten til misligholdsbeføyelser som følge av Infors kontraktsbrudd.

I brev 2. desember 2015 krevde Felleskjøpet at Infor gjenopptok arbeidet, og varslet at dersom dette ikke skjedde innen 15. desember 2015, så ville Felleskjøpet vurdere å heve avtalen. Felleskjøpet opplyste samtidig at Felleskjøpet uansett ville kreve utbetalt påløpte dagbøter samt erstatning for tap i den perioden Infor hadde stanset prosjektet. I brev 11. desember 2015 gjentok Felleskjøpet kravet om oppstart av prosjektet og at man ville vurdere å heve avtalen.

Til tross for Felleskjøpets gjentatte krav om igangsetting av prosjektet, nektet Infor å gjøre dette, men fortsatte et kontinuerlig løpende forsettlig kontraktsbrudd frem til hevingen av avtalen 3. februar 2016.

Felleskjøpet har oppfylt avtalens bestemmelser om varsel om heving.

I Felleskjøpets varsel om heving 18. desember 2015 ble forsinkelse uttrykkelig påberopt. Infor fikk frist til 29. desember 2015 med å bekrefte at pausen avbrytes og at avtalen aksepteres. I brev 31. desember 2015 forlenget Felleskjøpet fristen til 18. januar 2016 i kombinasjon om en intensiv to-ukers dialog fra 4. januar 2016. Felleskjøpet forlenget senere fristen til 26. januar 2016.

I brev 25. januar 2016 varslet Felleskjøpet om at beslutning om heving av avtalen skulle trekkes tilbake, ville bli tatt 3. februar 2016. Spillereglene var dermed avklart mellom partene. Forutsetningene for møtene i januar 2016, og Felleskjøpets etterfølgende beslutning om heving, var forstått av Infor, og prosessen var akseptert.

Infors presentasjon 26. januar 2016 fra møtene 12.-21. januar 2016 omfattet mye endringer av administrative prosesser hos Infor og som stort sett var «speilet» for Felleskjøpet. Det som imidlertid skapte skuffelse hos Felleskjøpet var at det ville gå ytterligere 10-12 måneder før M3 nås, at forhold på Infors side medførte at gjennomføringen av M3 måtte gå «tilbake til start», og at kommersielle forhold ble kastet inn i siste sekund til tross for at Infor var klar over at Felleskjøpet ikke aksepterte slike krav.

Infor fikk dårlig score i Felleskjøpets/Accentures evaluering 29. januar 2016 om Infors evne og vilje til å gjennomføre prosjektet.

Hevningserklæringen 3. februar 2016 er begrunnet i forsinkelse og forsettlig kontraktsbrudd (stans av arbeidene 17. november 2015). Forsinkelsen omfattet 218 dager aktuell forsinkelse fra 30. juni 2015 og 10-12 måneder antesipert forsinkelse. Infor forsto hva hevningsgrunnene var, jf. brev 2. mars 2016 fra advokat Peter Simonsen.

Den aktuelle forsinkelsen på 218 dager ga Felleskjøpet hevningsrett etter avtalen punkt 11.5.4 første og andre avsnitt.

Hevningsrett etter annet avsnitt inntreder dersom levering ikke har skjedd ved maksimal dagbot etter 100 dagers forsinkelse, som var ca. 8. oktober 2015. Felleskjøpet ga tilleggsfrist i varselet om heving 18. desember 2015. Tilleggsfristen ble senere forlenget tre ganger, siste gang til 26. februar 2016. Felleskjøpet har ikke frafalt hevningsretten.

Felleskjøpet har også hevningsrett for aktuell forsinkelse etter avtalen punkt 11.5.4 første punktum, og hvor avtalens bestemmelse om hevning ved maksimal dagbot etter andre punktum gir en indikasjon på terskelen for hevning ved forsinkelse etter første punktum.

Felleskjøpet har dessuten hevningsrett etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper på grunnlag av forventet kontraktsbrudd som er «klart», jf. kjøpsloven § 62. Infors meddelelse om 10-12 måneders gjenstående arbeid for å nå M3 utgjør en betydelig fremtidig forsinkelse som alene oppfyller kravet til vesentlighet. Den lange perioden med antesipert forsinkelse er i seg selv et bevis for at problemet ikke var manglende medvirkning fra Felleskjøpets side.

Infors ensidige stans av prosjektet 20. november 2015 representerte et bevisst brudd på Infors resultat- og fremdriftsansvar. Infors nektelse av å gjenoppta arbeidet før de fikk gjennomslag for sine endringer i avtaleforholdet, var i seg selv god nok grunn til å heve.

Samlet sett forelå det et klart og vesentlig kontraktsbrudd fra Infors side.

Felleskjøpet har krav på å få erstattet positiv kontraktsinteresse. Avtalens bestemmelser om erstatningsberegningen må suppleres med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, jf. kjøpsloven §§ 67 og 70.

Infors forsettlig kontraktsbrudd (stansen) innebærer at avtalens ansvarsbegrensning om fraskrivelse av ansvar for indirekte tap og at samlet erstatning er begrenset til kontraktssummen, ikke får anvendelse. Det gjøres subsidiært gjeldende at det foreligger grov uaktsomhet.

Felleskjøpet har krav på restitusjon av betalt vederlag kr 41 948 581. Strykningen av bestemmelsen i avtalen punkt 14 andre avsnitt, innebærer ikke at restitusjon ikke skal skje. Spørsmålet må avgjøres etter bakgrunnsretten, som gir hjemmel for restitusjon i hvert fall ved grovere skyld. Det gjøres subsidiært gjeldende at Felleskjøpet har krav på erstatning av denne posten, ettersom det forsettlig kontraktsbruddet (stansen) representerer et forhold som utvider poster som er erstatningsmessige og som typisk vil omfatte denne erstatningsposten.

Det skal beregnes forsinkelsesrente av restitusjonskravet fra den enkelte betaling, jf. kjøpsloven § 65 annet ledd, subsidiært fra 30 dager etter heving, jf. forsinkelsesrenteloven § 2.

Felleskjøpet har krav på erstatning for interne og eksterne kostnader ved forberedelsen av den nye anskaffelsen (Prosjekt 2), prisdifferansen for dekningskjøpet i Prosjekt 2, interne og eksterne kostnader ved gjennomføringen av Prosjekt 1, forsinket effektiviseringsgevinst og kostnader til tredjeparter for programvare (lisenser) og vedlikehold.

Domsslutningen og avledet anke danner rammen for ankesaken. Alle erstatningspostene samlet utgjør et krav. Lagmannsretten er ved erstatningsutmålingen bare bundet av tingrettens domsslutning og ikke de enkelte tapsposter.

Interne kostnader ved forberedelsen av den nye anskaffelsen (Prosjekt 2) gjelder perioden fra heving av avtalen med Infor i februar 2016 og frem til inngåelse av kontrakt med iStone/Columbus i oktober 2017. Kostnadene – kr 17 470 313 – omfatter bare kjerneteam og prosesseiere basert på en nøktern vurdering av antall timer og kostnader. Det er benyttet en standard timerate på kr 907 for kjerneteam og kr 758 for prosesseiere, som er en lavere rate enn det Infor har beregnet seg i motkravet. Det er ikke noe vilkår for å kreve erstatning for en kostnad at den faktisk er påløpt. Det er tilstrekkelig at det er sannsynlig at den blir pådratt, jf. HR-2017-515, Rt-2015-216 og HR 2013-233. Når erstatningen er fastsatt, kan bedriften vurdere om man vil leie inn hjelp til å utbedre skaden eller utføre arbeidet ved egne ansatte, jf. Rt-1986-463. Felleskjøpet har spart Infor for kostnader ved å gjennomføre store deler av prosjektet ved egne ressurser. Det er ikke rimelig at denne besparelsen skal innebære at tapet ikke er erstatningsmessig. I hvert fall ved forsett/grov skyld må slike poster være erstatningsmessig. Det er ikke grunnlag for reduksjon på grunn av økt «gjenbruk». Det skal gjøres fradrag med snaut 10 % på grunn av beregningsfeil.

Eksterne kostnader ved forberedelsen av den nye anskaffelsen (Prosjekt 2) skal erstattes med kr 6 450 302.

Kravet på erstatning for prisforskjell kr 82 millioner er basert på differansen mellom iStones tilbud på M3 og prisen fra Infor i Prosjekt 1. Subsidiært, hvis prisforskjell skal måles mot inngått kontrakt med iStone på Microsoft teknologi, er prisforskjellen høyere (kr 116 995 123).

Interne kostnader ved gjennomføringen av Prosjekt 1 skal prinsipielt baseres på ressursbruk i Prosjekt 2 frem til 31. desember 2019, og utgjør totalt ca. kr 35 millioner. Subsidiært skal kostnadene baseres på ressursbruk i Prosjekt 1, og vil da utgjøre kr 50 622 760 på hevingstidspunktet i februar 2016.

Eksterne kostnader ved gjennomføringen av Prosjekt 1 skal prinsipielt baseres på ressursbruk i Prosjekt 2 frem til 31. desember 2019, og utgjør kr 81 732 720. Subsidiært skal kostnadene baseres på ressursbruk i Prosjekt 1, og vil da utgjøre kr 48 865 462 på hevingstidspunktet i februar 2016.

Det er enighet om at det vil være en forventet effektiviseringsgevinst ved implementering av et ERP-system, og at det kan oppstå tap dersom gevinster skyves frem i tid. KPMG har beregnet tapt effektiviseringsgevinst til kr 124 millioner ved tre års forsinkelse, som bør legges til grunn.

Felleskjøpet har betalt kr 4 224 670 til tredjeparter for lisenser som skal erstattes.

Dersom ansvarsbegrensningen i avtalen punkt 11.5.5 tredje avsnitt ikke får anvendelse gjøres det subsidiært gjeldende at kontraktssummen skal utgjøre kr 146 476 271, og som består av summen av fastpris, Farmer & Grower Settlement, lisensavgifter og signerte endringsordre.

Ettersom Felleskjøpet ikke har misligholdt avtalen har ikke Infor krav på erstatning.

Subsidiært må Infors krav på erstatning nedjusteres.

Infor har kun krav på erstatning for direkte tap som med rimelighet kan henføres mislighold fra Felleskjøpets side. Flere av postene som inngår i motkravet fra Infor representerer ikke et tap, mangler adekvat årsakssammenheng og/eller er ikke sannsynliggjort. Det er under enhver omstendighet ikke grunnlag for å sette avtalens ansvarsbegrensning til side.

Kravet relatert til M3 må nedjusteres fra kr 30 millioner til kr 25 millioner som følge av negativ margin ved arbeid utover målpris.

Krav om dekning av reiseutlegg kan ikke tas til følge ettersom Infor uansett ikke hadde krav på å få disse utgiftene dekket uten Felleskjøpets godkjenning, jf. avtalen bilag 7. Infor har uansett ikke dokumentert sine utgifter.

Det er kun kr 2 401 873 som er utestående betaling for endringsordre.

Det er ikke sannsynliggjort at TMS og tjenesteleveranser ville ha blitt bestilt av Felleskjøpet.

Ekstraarbeid skyldes Infors manglende evne til å levere. Det foreligger heller ingen årsakssammenheng.

Infors forsøk på å utvide rammen for kravet under ankeforhandlingen kan under ingen omstendighet tas til følge. Infor har i sluttinnlegget oppgitt kravet til å være kr 187 millioner. Det dreier seg i realiteten om en påstandsutvidelse som er fremsatt for sent, jf. tvisteloven § 29-4.

Infors sparte utgifter ved ikke å måtte slutføre prosjektet overstiger uansett motkravet, og som må trekkes fra. Infor har ikke lidt noe tap.

Felleskjøpet Agri SA har nedlagt slik påstand:

I hovedkravet:

Prinsipalt:

1. Anken forkastes.
2. Infor (Steinhausen) II GmbH betaler kr 41 948 581 til Felleskjøpet Agri SA med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra den enkelte innbetaling og til betaling skjer.

Subsidiært:

1. Anken forkastes.
2. Infor (Steinhausen) II GmbH betaler kr 41 948 581 til Felleskjøpet Agri SA med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 30 dager etter 3. februar 2016 til betaling skjer.

I motkravet:

Felleskjøpet Agri SA frifinnes.

Felles for begge krav:

Infor (Steinhausen) II GmbH betaler sakens kostnader til Felleskjøpet Agri SA innen 14 dager etter dommens forkynnelse.

Lagmannsrettens syn på saken

Innledning

Etter lagmannsrettens syn er hendelsesforløpet fra Infor tok opp spørsmål om å innføre en pause i forbindelse med en foreslått re-planlegging av prosjektet høsten 2015 og frem til Felleskjøpet hevet avtalen 3. februar 2016, det mest sentrale i vurderingen av om hevingen var berettiget. Lagmannsretten vil likevel foreta en relativt grundig gjennomgang av saksforholdet fra kontraktsinngåelsen 3. april 2014, ettersom dette danner bakteppe for de senere hendelsene.

Partene har påberopt omfattende begivenhetsnær dokumentasjon. Mye av denne dokumentasjonen er fremlagt etter pålegg om bevistilgang. Det er for lagmannsretten også ført en rekke vitner, hvorav flere er nye for lagmannsretten.

Lagmannsretten finner at det ved bevisvurderingen bør legges mindre vekt på vitneforklaringer som står i motstrid med begivenhetsnære bevis, eller hvor fravær av begivenhetsnære bevis nettopp vil kunne tale for at et anført saksforhold ikke foreligger. Det vises til Rt-1999-74:

Som Høyesterett har påpekt i flere avgjørelser, vil det som oftest være grunn til å legge mindre vekt på opplysninger fra vitner som er gitt lang tid etterpå, og som står i motstrid med eller endrer det bilde som de mer begivenhetsnære bevis gir, se f eks Rt-1995-821 og Rt-1998-1565. Slike forklaringer kan lett være påvirket av konflikten og de impliserte parters interesse i utfallet av saken, og for de fleste gjelder at hukommelsen ikke blir bedre etter hvert som tiden går.

Som nevnt innledningsvis er et ERP-system en programvarebasert IT-løsning som skal støtte opp under virksomhetens sentrale arbeidsprosesser. Infor M3 system er et standardisert ERP-system basert på «best practice». Implementeringen av et slikt system vil gjerne medføre betydelige endringer i virksomhetens organisasjon, og setter omfattende krav til kundemedvirkning.

Et ERP-system vil som oftest være konfigurerbart for å passe best mulig til virksomhetens behov og understøtte virksomhetens arbeidsprosesser. I de tilfellene hvor virksomheten har spesielle behov utover det løsningen tilbyr eller har arbeidsprosesser som ikke passer til forretningssystemet, vil kunden enten måtte (i) tilpasse arbeidsprosessene/justere ambisjonsnivået slik at man kan benytte forretningssystemets standardfunksjonalitet, (ii) tilpasse systemet slik at det bedre understøtter arbeidsprosessene eller (iii) integrere mot et spesialsystem som har bedre funksjonalitet/støtte til arbeidsprosessen. Lagmannsretten legger til grunn at det var en uttalt målsetning for Felleskjøpet om i størst mulig grad benytte systemets standard funksjonalitet.

I Infor løsningsbeskrivelse (avtalen bilag 2 punkt 1.3 og 1.4) fremgår det at Infor M3 er et spesialutviklet standard ERP-system lokalisert for det norske markedet, og at systemet er en svært konfigurerbart løsning:

Infor M3 er lokalisert for det norske markedet. Med lokalisert menes at Infor M3 støtter de krav, regler og lover som finnes i Norge. (...) I tillegg er lokaliseringen basert på lokale krav og erfaringer fra våre mange kundeinstallasjoner i Norge. (...)

Infor M3 er en svært konfigurerbart løsning, der prosesser i hovedsak konfigureres med parameteroppsett. Dette gjør at organisasjoner med svært forskjellige behov kan benytte samme basis-system for å bygge effektive prosesser for sine behov.

Det er enighet mellom partene at det ikke var noen feil med programvaren i Infor MR3 system.

Kort om avtalen og partenes forpliktelser

Avtalen mellom Infor og Felleskjøpet var basert på statens standardavtale om levering av standardssystem og tilpasning – Tilpasningsavtalen (SSA-T).

Etter avtalen punkt 1.1 skulle Infor levere:

(...) programvare bestående av standardssystem med tilpasninger ("programvaren") som er spesielt utviklet/tilpasset for Kunden, samt levering av øvrige tjenester og ytelser, herunder parametersetting, som står i forbindelse med dette ("leveransen"). Avtalen regulerer også eventuell leveranse av utstyr.

Med *standardssystem* menes et system utformet for å kunne tilfredsstillere en større kundegrupes behov innenfor et område som mange trenger systemstøtte til. Eksempler på standardssystemer kan være regnskapssystemer, lønns- og personalsystemer, arkivsystemer og lignende. Med *tilpasning* menes i denne avtalen endringer gjort i standardssystem for at det skal støtte spesielle behov for en gitt kunde eller gruppe av kunder. Parametersetting, konfigurering etc. ved hjelp av standardsystemets generelle funksjoner, og som ikke resulterer i endringer i eller tillegg til standardsystemets kode, regnes ikke som tilpasninger.

I Felleskjøpets kravspesifikasjon, inntatt som bilag 1 til avtalen, fremgår det at det overordnede formålet med prosjektet, kalt «Prosjekt Forsprang», var å skifte ut det daværende hovedsystemet FK-Meny, som var et egenutviklet ERP-system. Det nye hovedsystemet skulle bestå av tre delsystemer: økonomisystemet, handelssystemet og tonnsystemet. Det var presisert at det nye systemet skulle ha maksimal bruk av standardfunksjonalitet.

I bilag 2 til avtalen var inntatt Infors løsning i forhold Felleskjøpets kravspesifikasjon og leverandørens forutsetninger for leveransen (leverandørens løsningsspesifikasjon).

Som bilag 4 til avtalen fulgte prosjekt og fremdriftsplan. Her fremgikk milepælene for de tre delsystemene økonomi, handel og tonn, som var betegnet henholdsvis fase I, fase II og fase III. Milepæl 1 (M1) gjaldt overordnet fremdriftsplan, milepæl 2 (M2) gjaldt detaljspesifikasjon, milepæl 3 (M3) var gjennomføringsfasen/klar for kundens akseptansetest, milepæl 4 (M4) var kundens akseptansetest (KAT), milepæl 5 (M5) var avslutning av delprosjektene og milepæl 6 (M6) var endelig godkjenning av alle faser.

Milepælene for de enkelte delsystemene var forskjellige. For M2 skulle økonomi og handel være godkjent 20. august 2014, mens tonn skulle være godkjent 12. desember 2014. For M3 skulle handel være godkjent 27. februar 2015, økonomi 24. april 2015 og tonn 23. oktober 2015. Endelig godkjenning/leveringsdag var 31. januar 2017.

Perioden for gjennomføring av M3 var for økonomi anslått til omlag 8 måneder (20. august 2014 til 24. april 2015) og for handel omlag 6 måneder (20. august 2014 til 27. februar 2015).

Etter avtalen punkt 11.3 kan leverandøren be om tilleggsfrist. Bestemmelsens første og andre avsnitt lyder:

Leverandøren kan be om tilleggsfrist som må godkjennes skriftlig av Kunden for å kunne gjøres gjeldende.

For den perioden tilleggsfristen løper, kan Kunden ikke gjøre gjeldende dagbot eller erstatning.

Avtalen punkt 11.5.2 om dagbot ved forsinkelser fra leverandøren lyder:

Blir ikke avtalt tidspunkt for godkjenning av detaljspesifikasjon, installasjonsdag, oppstart godkjenningsperiode, leveringsdag eller annen frist som partene i bilag 4 har knyttet dagbøter til overholdt, og det ikke skyldes force majeure eller Kundens forhold, foreligger en forsinkelse fra Leverandørens side som gir grunnlag for dagbot.

Dagboten påløper automatisk. Dagboten utgjør 0,15 prosent av samlet vederlag for leveransen (kontraktssummen) ekskl. merverdiavgift for hver kalenderdag forsinkelsen varer, men begrenset til maksimalt 100 (hundre) kalenderdager. (...)

Så lenge dagboten løper, kan Kunden ikke heve avtalen. Denne tidsbegrensningen gjelder imidlertid ikke hvis Leverandøren, eller noen denne svarer for, har gjort seg skyldig i forsett eller grov uaktsomhet. (...)

M3 var den første dagbotbelagte milepælen.

Felleskjøpet hadde som internt overordnet organ etablert Styringsgruppe program Forsprang (SG FKA) som den øverste ledelsens beslutningsorgan for Forsprang.

Øverste felles styringsorgan for prosjektet var Styringsgruppe prosjekt Forsprang (SG) hvor både leverandør og kunde var representert.

Som øverste operative ledelsesfunksjoner i prosjektet oppnevnte hver av partene programdirektør, prosjektdirektør og prosjektleder. For Felleskjøpet ble alle disse funksjonene ivarettatt av Christen Rehn, som også satt i styringsgruppen (SG).

Partene oppnevnte også sine respektive representanter i Project Management Office (PMO), og delprosjektledere for henholdsvis økonomi, handel og tonn.

Avtalen punkt 6.1 omhandler kundens ansvar og medvirkning. Det fremgår her at kunden skal bidra til å legge forholdene til rette for at leverandøren skal få utført sine plikter etter avtalen, og at kunden skal medvirke til leveransens gjennomføring i henhold til leverandørens løsningsspesifikasjon og frister som angitt i avtalen bilag 4.

I avtalen bilag 6 punkt 4.1 nr. 6 fremgår det at leverandøren skal melde fra dersom kunden ikke overholder sine frister og leveranser:

Leverandøren skal:

(...)

6. Melde fra via avtale kanaler dersom Kunden ikke overholder sine frister og leveranser. Leverandøren har, som den profesjonelle part, en «melde og varslingsplikt» dersom Kunden ikke utfører sine oppgaver som avtalt.

Avtaleforholdets krav til samarbeid mellom leverandør og kunde er beskrevet i avtalen bilag 6 punkt 4.3:

Leverandøren vil legge til rette for et tett samarbeid med kunden på alle relevante nivå. Dette er en forutsetning for vellykket prosjektgjennomføring. Samarbeid tilrettelegges ved å etablere faste felles møteplasser og i den grad det er praktisk mulig å samlokalisere prosjektaktiviteter. Transparens sikres bl.a. ved å ha et felles prosjektkontor. Dette vil sikre begge parter innsyn og kontroll på måloppnåelse, faktisk status, planer og ressursanvendelse. All felles prosjektdokumentasjon legges i egen samhandlingsportal med tilgangskontroll.

Ved hver del-leveranse skal det foretas testing av leveransen før kundens godkjenning, jf. avtalen bilag 5 punkt 1:

Kunden legger til grunn at det skal skje del-godkjenning av de enkelte del-leveransene økonomi, handel og tonn, i tillegg til at utrulling av henholdsvis butikk og fabrikk skal del-godkjennes. For hver del-godkjenning vil samvirke med allerede leverte deler bli testet. SSA-T kontraktens system med installasjon, Kundens akseptansetest og (del-)godkjenning forutsettes gjennomført for hver delleveranse. Til slutt godkjennes den samlede leveransen når ytelsen er tilfredsstillende

Etter avtalen punkt 2.3.8 skal leverandøren foreta testing før kundens del-godkjenning av blant annet M3:

I forbindelse med at tilpasningene installeres, skal Leverandøren gjennomføre forsvarlige modul-, system- og integrasjonstester for å verifisere at standardssystem og tilpasninger fungerer helhetlig som avtalt. (...)

Alle deler av leveransen (knyttet til standardssystem og tilpasning) må være ferdigstilt (vellykket testet og installert) før Kundens akseptansetest kan starte. (...)

Leverandøren skal gi skriftlig melding til Kunden om at Leverandørens installasjon og testing er vellykket avsluttet, og at leveransen er klar til Kundens akseptansetest innen den fristen som fremgår av bilag 4.

Etter at leverandøren har meldt M3 klar for kundens akseptansetest har kunden en godkjeningsperiode på 20 virkedager, jf. avtalen bilag 5 punkt 3.

Kundens akseptansetest skal etter avtalen bilag 5 punkt 2.4.2 ta utgangspunkt i henholdsvis A-feil, B-feil og C- feil, og hvor A-feil er kritiske feil, B-feil er alvorlige feil og C-feil mindre alvorlige feil. Ved leveransen av M3 var det maksimalt tillatt ingen A-feil, 5 B-feil og 50 C-feil. Kunden kan nekte å akseptere milepælen dersom antall feil på de aktuelle nivåene overstiges, jf. avtalen bilag 5 punkt 3.5.

Det var avtalt en målprismodell med et tak på 20 % over målpris (fastpris). Påløpt tid og kostnader over målpris faktureres med 50 %, og differanse mellom avtalt målpris og (et lavere antall) faktiske timer deles 50/50 mellom leverandør og kunde.

Målpris for hele leveransen utgjorde kr 98 883 094, og fastpris kr 118 659 713, med tillegg for tilpasning Farmer & Grower Settlement og lisenskostnader.

For M3 hadde Infor kalkulert å bruke 41 875 timer.

Utfordringer i prosjektet

Det var først og fremst delsystemene økonomi og handel som skapte utfordringer.

M1 for økonomi og handel som etter avtalen skulle ha vært godkjent 16. mai 2014, ble først godkjent 11. juli 2014. M2 som skulle ha vært ferdig 20. august 2014 ble levert 13. november 2014.

M3 skulle etter avtalen ha vært ferdig henholdsvis 27. februar 2015 (handel) og 24. april 2015 (økonomi). I Executive Management Meeting 30. januar 2015 og EO nr. 30 av 27. februar 2015 ble begge fristene flyttet til 17. april 2015. Infor gjorde mislykkede leveringsforsøk av M3 den 17. april og 4. mai 2015. Ved EO 41 ble leveringsdato for M3 for økonomi og handel flyttet til 30. juni 2015, men heller ikke her klarte Infor å levere en løsning som kunne godkjennes av Felleskjøpet. Test status per 30. juni 2015 viste 43 A-feil, 73 B-feil og 98 C-feil.

På styringsgruppemøte 2. juli 2015 hadde partene fortsatt en målsetning om idriftsettelse (Go Live) 5. oktober 2015.

Felleskjøpet meddelte 6. juli 2015 Infor om at forsinkelsen av M3 innebar mislighold av avtalen og at det påløp dagbot. Felleskjøpet ba videre Infor om å fremlegge en revidert plan for faser og milepæler etter M3, samt forslag til en kompensasjonsmodell for å dekke Felleskjøpets interne og eksterne kostnader som følge av forsinkelsen. I e-posten fra Christen Rehn fremgår:

In our e-mail from June 19th 2015 FKA accepted to change milestone M3 from April 17th 2015 to June 30th 2015. The milestone will be achieved when all relevant deliveries, including "postponed" deliverables, have been made by Infor and can be verified by FKA. Consequently; the milestone has not been achieved per now and FKA would like to emphasize the importance of Infor having full focus on completing its deliveries, as the delay constitutes a breach of contract and liquidated damages are accruing.

FKA has over time observed how Infor has failed to deliver on the original project plan as specified in the contract, and FKA therefore invite Infor to propose a revised plan that Infor can stand behind going forward for the phases and milestones after M3. Such revised plan will obviously have to take into consideration "red periods", holidays and "peak periods". FKA will upon receipt evaluate such revised plan. Please be advised that FKA expects Infor to cover its own costs caused by the delays resulting in the need to re-plan the project, and that Infor furthermore compensate FKA for the additional (internal and external) costs incurred by FKA as a result of the delay. Please propose a model for such compensation.

I en intern e-post i Infor samme dag fremgår det at Christen Rehn skal ha bekreftet at Infor ikke har misligholdt avtalen, at det ikke påløper dagbøter, og at Felleskjøpet etterspør en Plan B:

- Christen is requesting our Plan B to be materialized, so he can present for FKA management on August 11th
- As part of Plan B he is asking for the financial implications, including how Infor plan to compensate FKA for direct loss (like EY PMO and other directly related cost)
- He is also claiming that we are in breach of contract and therefore liable to liquidated damages, but I have denied that and he actually confirmed. I told him, that I will put that denial in writing

I e-post 8. juli 2015 fra Infor til Felleskjøpet bekreftes enigheten mellom partene om at det ikke påløper dagbøter:

In our last meeting Monday July 6th, we discussed your e-mail below. I would hereby like to confirm that we agreed that liquidated damages (dagsbøter) are not accruing.

I e-post 9. juli 2015 fra Pam Murphy, Chief Operations Officer (COO) i Infor, til Christen Rehn fremgår det at også Felleskjøpet trenger mer tid, og at det derfor ikke er grunnlag for dagbøter:

The suggested movement in go-live date is not driven solely by Infor's need to have more time, it is also driven by the fact by Infor's belief that FKA need more time to get their tasks completed. (...) In short, I take exception to the notion that Infor should owe damages to FKA by moving the date.

Christen Rehn besvarte e-posten fra Pam Murphy samme dag:

I fully agree with your points (...)

Pam Murphy hadde en samtale med Christen Rehn 10. juli 2015, og som hun fulgte opp i en e-post til Rehn samme dag. I e-posten fremgår det at det er nødvendig for begge parter å endre leveringsdatoen:

- 4) Infor will not be delivering any proposal on damages due to the change in project date.
 - a) the change in date is necessary for both sides to have sufficient time to perform project activities in order to have a quality go live (...)

Christen Rehn bekreftet begge parters behov for endret leveringsdato for M3 i e-post 12. juli 2015.

I e-posten 12. juli 2015 tok Christen Rehn – til tross for at han i samme e-post bekreftet at endret leveringsdato for M3 var nødvendig for begge parter – igjen opp spørsmålet om kompensasjon til Felleskjøpet for ekstra kostnader som følge av endret leveringsdato:

If the project ends up in a situation with additional costs due to “plan B”, it can be relevant to agree on some principles “en amont” Pam on how to cover additional costs caused by the “plan B”. If you have any guidelines and thoughts, feel free to propose a model for cost compensation. We can discuss this further in the end of July. I hope you understand the relevance for some guidelines to avoid any misunderstandings during the development of the “plan B”.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at partene i juli 2015 var enige om at det av hensyn til begge parter var nødvendig å utsette leveringen av M3.

Felleskjøpets forslag om kompensasjon ble avvist i e-post 17. juli 2015 fra Pam Murphy:

We will provide a soft copy of a revised project plan which meets your mid-August timelines. However, as discussed, this revised timeline is needed to allow both sides to deliver a higher quality go-live, and therefore Infor will be funding the additional costs arising as a result of extending our own resources due to the revised go-live date but will not be funding or paying for any FKA related costs. Therefore, Infor will not be proposing any cost compensation model to FKA as a result of the Plan B revised timelines.

Lagmannsretten legger til grunn at partene på dette tidspunkt var enige om at det skulle fastsettes en ny leveringsdato for M3, at leveringsdato 30. juni 2015 ikke lenger gjaldt, og at det ikke påløp dagbøter. Etter lagmannsrettens syn hadde Infor også grunn til å oppfatte Felleskjøpets uttalelser i juli 2015 slik at Felleskjøpet ikke lenger ville gjøre gjeldende at Infor hadde misligholdt avtalen på grunn av forsinket levering av M3. Felleskjøpet hadde ikke fått aksept på sitt forslag om kompensasjon for ekstra kostnader som følge av endret leveringsdato.

29. juli 2015 oversendte Infor til Felleskjøpet et forslag til overordnet Plan B for prosjektgjennomføringen. Det ble her lagt opp til at Infor skulle utvikle løsningen innen utgangen av august, og med godkjenning fra Felleskjøpet av M3 i slutten av september 2015.

Infor fastholdt planen om Felleskjøpets godkjenning av M3 innen utgangen av september i styringsgruppemøte 21. august 2015.

I e-post 27. august 2015 varslet Infor Felleskjøpet om at gjenstående arbeid med M3 var mer omfattende enn tidligere antatt:

After the break the Infor and FKA teams has consolidated all outstanding work into one and the same list. Unfortunately the consolidated list have shown more outstanding deliverables, so the burn down charts are not showing the expected decrease.

I styremøte i Felleskjøpet 31. august 2015 ble det bemerket at utsettelsen med leveringen av M3 også innebar visse fordeler for Felleskjøpet:

Infor er forsinket med sin leveranse av nytt hovedsystem, og basert på dette har

administrasjonen konkludert med at dato for idriftsettelse og utrulling endres. FKA har nå krav om å se leveranser i oktober. Basert på dette vil FKA beslutte ny plan for idriftsettelse og utrulling av systemet.

Beslutningen har naturlig nok noen negative konsekvenser for selskapet. Men den har også noen positive konsekvenser; Bedre tid til testing og kvalitetssikring, bedre tid til endringsledelse og jobbing med nye arbeidsprosesser samt bedre kontroll på opplæring.

Felleskjøpet innhentet 14. september 2015 en vurdering fra EY om hvilke tiltak som måtte gjøres for å få fremgang i prosjektet. I rapporten fra EY fremgår det at leveringen av M3 nå var endret til 15. oktober 2015, og hvor det blant annet ble anbefalt at partene i fellesskap utarbeidet en detaljert prosjektplan.

Såkalte «Burn Down Charts» 18. september 2015 over godkjente krav for økonomi og handel viste en svak positiv trend. Burn Down Charts 13. oktober 2015 viste ytterligere nedgang i gjenstående krav, men utviklingen gikk saktere enn forventet.

I styringsgruppemøte 22. september 2015 bekreftet partene behovet for en Plan B:

Plan B - Phase 1, Progress

a. Next step is to start off with a complete "best guess/realistic" master plan on a high level, with key milestone dates based on each and every respective project work stream. In order to be productive this will be a critical input to first workshop. Infor PMO and FKA PMO will work jointly together to ensure quality in plan development.

8. oktober 2015 sendte Lynne Hassler, Infor, et utkast til detaljert prosjektplan til Felleskjøpet, hvor det ble anslått godkjenning for M3 den 19. januar 2016. I oversendelsen av prosjektplanen fra Lynne Hassler (PMO) heter det:

As discussed with Christen, in order to be able to commit to this plan as a project team we need ensure we have all activities identified and the appropriate resources assigned. We then need to ensure that the whole PM team (Infor and FKA) buy into the delivery dates.

Prosjektplanen (Plan B) ble imidlertid aldri ferdigstilt. Partene fastsatte ikke noen ny leveringsfrist for M3, og Felleskjøpet ba heller ikke om levering av M3 innen en bestemt dato.

Noen dager i forkant for oversendelsen av utkastet til prosjektplan, sendte Mitchell Lafrance, som i Infor hadde som oppgave å håndtere komplekse prosjektutfordringer, en

intern e-post til konsernledelsen i Infor om hvilke tiltak han mente burde iverksettes. I e-post 5. oktober 2015 fra Mitchell Lafrance fremgår det at man i stedet for å arbeide videre med Plan B måtte løse mer fundamentale oppgaver:

To continue even for 1 more week will mean people are going through a bit of a farce for another week, and possibly making commitments they should not, rather than putting the baby on the table now and saying it is ugly and what are WE going to do together to fix things, rather than pretending this is just about a plan, when there are more fundamental issues to fix if we are to be successful.

So ... Recommendation is to table change now and postpone those plan review discussions, and I can be bad cop to table more fundamental issues.

I e-post 8. oktober 2015 formidlet Mitchell Lafrance sine synspunkter på den videre håndteringen av prosjektet til Christen Rehn.

I Executive møte 15. oktober 2015 krevde Felleskjøpet at leveranseplanen måtte være ferdig til styremøte i Felleskjøpet 28. oktober. I e-post 19. oktober 2015 fra Kumar Roy, Infor, til Felleskjøpet oppsummeres hans notater fra møtet:

Plan B not finalized, as both Infor and FKA need to be aligned. Additional joint activities are needed to determine and resolve factors blocking solution finalization. While critical, the executive team is aligned that if more time is needed it should be taken, to ensure the next plan is adhered to.

Action: Infor to confirm date when Plan B will be available to FKA before the next FKA Board meeting (scheduled for 28 October).

Action: Infor/FKA teams to jointly review and agree tasks to hit agreed date.

I referat fra styringsgruppemøte samme dag fremgår det at «inntil videre bekreftet» var 13. november 2015 ny leveringsdato for M3.

I en intern e-post 17. oktober 2015 redegjør Mitchell Lafrance for sin strategi overfor Felleskjøpet:

As mentioned, Stephan/Charles asked me to get more aggressive with the customer, effectively to fix it or stop it. (...)

Clearly fixing it would be the first objective. (...)

In ramping up my tone, my intent is to do several things:

- I truly want to fix this, if possible, but set us up in the best position possible, therefore my intent would be to also ask for more money. The request wouldn't be

tied to a specific change in scope, but more generally about the significant overruns, the fact we both contributed to this, that this is a major issue for Infor, and therefore we are asking them to contribute. I wouldn't threaten to walk away if they did not, but I would probably have a veiled threat of this being a request, otherwise having to evaluate our options.

Etter lagmannsrettens syn kan ikke utsagnet «fix it or stop it» forstås slik at Infors mål var å komme seg ut av avtalen, ei heller at Infor ville forlate prosjektet om de ikke fikk mer penger. Som det fremgår av e-posten fra Mitchell Lafrance var Infors primære mål å få prosjektet på rett spor.

Felleskjøpet ble for øvrig ikke kjent med den interne uttalelsen i Infor om «fix it or stop it» før etter at tvistesaken ble bragt inn for domstolene. Uttalelsen kan derfor ikke ha vært motiverende for hevningen.

På den annen side viser e-posten at Infor hadde en klar målsetning om endring av avtalens kommersielle vilkår, noe lagmannsretten antar ikke er uvanlig i et prosjekt av dette omfang med betydelige overskridelser i ressursbruk. At Infor i denne forbindelse gjennom antydninger – «veiled threat» – om avslutning av avtaleforholdet, men uten direkte å true med dette, kan fremstå som illojalt. Men som lagmannsretten senere vil komme tilbake til, synes tilsvarende tanker heller ikke å ha vært fremmed for Felleskjøpet i tilknytning til spørsmålet om hevning av avtalen.

I de påfølgende dagene gjentok Felleskjøpet behovet for en Plan B, mens Infor fastholdt at partene i Fellesskap måtte løse de problemene som etter deres mening blokkerte prosjektet («blocking issues»).

I e-post 25. oktober 2015 bekreftet Christen Rehn beslutningene i juni og august om å utsette prosjektet, og partenes enighet om å etablere en revidert prosjektplan:

Since the decision to postpone the project in June and August, there has been a clear agreement to establish a robust and revised plan for the rollout of the new solution. This has been communicated and confirmed from both parties.

I e-post 26. oktober 2015 understreket Mitchell Lafrance at begge parter måtte samarbeide, at det var liten fremdrift i delprosjekt økonomi, og at man i fellesskap måtte få kontroll over «blocking issues»:

I must reiterate my comments that both parties play critical roles in this project, not just Infor. The expectation that Infor can create a plan by itself is therefore not realistic, since we both have to collaborate to deliver. Infor can be on point to physically develop the plan, but any plans must be based on joint input and

commitment, since this is a joint FKA-Infor project, and both parties have to be engaged in planning, governance and execution.

We are at a near halt for the finance track. We must must must jointly get control of blocking issues, by defining what they are, and defining the roadmap to resolve. Both parties must be aggressively involved in this activity. In the past 8 weeks, we have closed very few Finance items. We must make significant progress on this during the next week because closing blocking issues is progressing too slowly.

Lagmannsretten legger til grunn at partene i juni og august 2015 var enige om en utsettelse av M3. I styringsgruppemøte 15. oktober 2015 var ny leveringsdato for M3 satt til 13. november 2015, uten at dette synes å ha utløst noen innvendinger fra Felleskjøpets side.

Partene var enige om å avholde et Executive møte 5. november 2015. I forberedelsene til dette møtet sendte Christen Rehn e-post 30. oktober 2015 til Mitchell Lafrance. I e-posten tok han også opp spørsmålet om mislighold av avtalen, dagbøter og andre misligholdsbeføyelser:

Please note that FKA retains the option to consider whether liquidated damages and other remedies for breach will be claimed at a later stage.

Spørsmålet om dagbøter ble kommentert i e-post samme dag fra Mitchell Lafrance:

With reference to your comment regarding liquidated damages, both parties have options they may choose to follow.

Etter lagmannsrettens syn kan ikke e-posten 30. oktober 2015 fra Christen Rehn forstås slik at det fra Felleskjøpets side ble gjort gjeldende at Infor på dette tidspunkt hadde misligholdt avtalen og at det påløp dagbøter. Status så langt var at partene diskuterte videre planlegging av prosjektet, og at ny leveringsdato for M3 ikke var fastsatt.

I en intern e-post 30. oktober 2015 redegjorde Mitchell Lafrance for sin strategi på møtet med Felleskjøpet 5. november 2015. I e-posten fremgår det at han ville meddele Felleskjøpet at Infor vil pause (stanse) prosjektet inntil partene ble enige om en plan videre:

My position for next Thursday's meeting:

- we are drastically reducing our hc to focus on getting project under control, and we need more money. The reduction to gain control will be pushed as beneficial for both parties.
- if they want to agree to pay (a lot) then we can perhaps avoid reduction

- I don't expect a response in the meeting, but I will give it to the following week, and if I do not get a confirmation from them by the following week, I will be telling them we are pausing completely until we align on a go forward plan.

I presentasjonen fra Mitchell Lafrance til Executive møtet 5. november 2015 signaliseres behovet for å nedskalere prosjektaktivitetene signifikant for å få kontroll:

Current state productivity severely compromised based on current issues and team sizes. Need significant team reduction to re-gain control, followed by re-build in more controlled environment.

Mitchell Lafrance tok i møtet 5. november 2015 også opp spørsmålet om en kommersiell diskusjon etter at Infor hadde brukt svært mye ressurser i prosjektet, langt høyere enn budsjettet. Felleskjøpet tok igjen opp spørsmålet om dagbøter:

Financial Summary

- Contract approximately \$14.6M USD
- FKA paid to-date \$3.7M USD
- Infor costs to-date \$21.2M, therefore \$17.5M loss
- Projected costs at least \$35M, therefore projected loss >\$20M, assuming project under control
- Projected hours > 2.5 times original estimates
- Infor spend approximately \$2M USD per month

(...)

Despite financials, FKA mention liquidated damages

(...)

Commercial discussion required

I referatet fra møtet 5. november 2015, som ble skrevet av Felleskjøpet, fremgår det at Felleskjøpet hele tiden har stilt seg tilgjengelig for et samarbeid om en Plan B:

FKA have requested an updated plan since August. FKA has since August clearly confirmed its commitment to sit together and develop the plan and to fulfil its obligations as per contract. FKA underlines that this has been the approach since beginning of the project, and all changes in plan have been developed through collaboration and approvals.

Infor avviste referatet fordi dette etter deres syn ikke reflekterte det som ble sagt på møtet.

Etter møtet sendte Mitchell Lafrance en intern e-post hvor han oppsummerte sine inntrykk fra møtet. I oppsummeringen fremgikk det at Felleskjøpet aksepterte at Infor ville nedskalere for å få prosjektet under kontroll, planlegge resten av prosjektet, og deretter

oppskalere på en kontrollert måte. Det fremgikk videre at det var behov for en kommersiell diskusjon, og at konsernsjefen i Felleskjøpet trengte å få en bedre forståelse av hva dette innebar:

They accept that we will ramp things down quickly to get the project under control, but more discussion to happen on this. Yes this is urgent, but it has to be done in a controlled manner so that it does not appear that we are recklessly damaging the project. I was very clear that Infor cannot afford (neither party can afford) to continue with the size of team that we have for countless weeks while the project is not controlled, therefore the intent is to reduce to a smaller team, get it under control, plan out the rest of the project, and then ramp back up in a controlled environment. (...)

I was clear there needs to be a commercial discussion to achieve a balance and equity. At the end of the meeting I went back to this again, and specifically addressed the CEO, asking him if there will be willingness to have a commercial discussion. I could see discomfort, but not anger or refusal. He said that he “would need to better understand what that means, and the sooner the better, because if we are to butt heads then better to get this on the table quickly”.

My strategy is to stop the clock for now, so that things don't get worse or better financially for now, until we get the project under control and re-planned. It isn't possible to predict anything until this is done.

Korrespondansen mellom Christoffer Rehn og Mitchell Lafrance 8. november 2015 indikerer at partene på dette tidspunkt hadde ulik forståelse av hva som var formålet med nedskalering og hva den ville innebære.

I e-post fra Christen Rehn 8. november 2015 fremgår:

We believe Infor is responsible for ensuring appropriate staffing and allocation according to outstanding deliverables and issues. Controlled downsizing should be part of this assessment and is the responsibility of Infor.

I svar fra Mitchell Lafrance i e-post samme dag heter det:

We do not appear to be aligned on a very important point, which is of serious concern. The downsizing I mention is not a function of the natural ramp-down of resources as work is completed. What I am referring to is a forced ramp-down to a small core team, to get control of governance, to get a path to resolution for blocking issues, and to re-plan. This means project progress will slow significantly during this

re-planning, and will then ramp back up afterwards. This must be a joint discussion, not just an Infor decision, because it must be done in a controlled manner.

Mitchell Lafrance hadde 9. november 2015 et møte med konsernsjef John Arne Ulvan og visekonsernsjef Terje Johansen hvor spørsmålet om å sette prosjektet på pause og behovet for å se på avtalens kommersielle betingelser ble diskutert. Mitchell Lafrance fulgte opp møtet i e-post dagen etter. I e-posten fremgår det at dersom partene i løpet av kort tid ikke ble enige om den videre håndteringen av prosjektet, ville det være nødvendig å gjennomføre en signifikant nedskalering av prosjektaktivitetene for å gjennomføre en re-planlegging, og hvor det ble anslått at dette ville kunne ta inntil tre måneder:

If we are unable to align on a resolution and go-forward approach within the next few days, then I see a project pause as an inevitable step, turning our full attention to issue resolution. (...)

I again stated that the project is not under adequate control and that a significant ramp-down of project activities is required to establish this control and to re-plan the project, before ramping project activities back up within a more controlled environment. I stated that I believed up to 3 months will be required to accomplish these activities, for several key reasons (...)

FKA expressed concern regarding the impact of such a potential delay. I agreed to proceed with meetings during the next 1-2 days with an "open mind", but with the qualification that serious change must come about within days. That said, Infor nevertheless cannot continue with the current team size within the current environment, and a significant ramp-down of project staff is needed until the project is under control.

As a follow-up to last week's discussion regarding a need for a reasonable commercial approach on a go-forward basis, I attempted to present a proposal I believed was reasonable for both organizations, but the tone of today's meeting was clearly not conducive to this dialog. This does not change my position that a reasonable go-forward commercial arrangement is required to address the significant delays and cost overruns of this project, and I must ask FKA to come to the table to have a fair and reasonable discussion on this topic within the coming days.

Det ble avholdt et nytt møte mellom Infor og Felleskjøpet 10. november 2015 og som ble fulgt opp i en e-post fra Mitchell Lafrance dagen etter, hvor det fremgår:

We also agreed we would scale back activities in a controlled way, but with the objective of not slowing down the project. We require input from FKA on this.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at Infor i perioden 5. til 11. november 2015 varslet Felleskjøpet om at Infor ønsket å nedskalere prosjektet signifikant for å få kontroll, og at Infor – etter at partene i fellesskap hadde blitt enige om en ny plan for det videre arbeidet – ville oppskalere bemanningen på en kontrollert måte. Infor opplyste at det ville bli nedskalert til et lite kjerneteam som skulle forestå re-planlegging og håndtere «blocking issues», at fremdriften i prosjektet ville bli redusert betydelig i denne perioden, men at målsetningen var at prosjektet ikke ville bli forsinket. Infors begrunnelse for re-planlegging og nedskalering i en periode var liten fremdrift i prosjektet, til tross for et betydelig pådrag av ressurser fra begge parter. Infor ga uttrykk for at det ville være behov for en planleggingsperiode på inntil tre måneder før oppskaleringen av bemanningen kunne begynne. Felleskjøpet uttrykte på sin side bekymring for konsekvensene ved en nedskalering av prosjektaktivitetene i en periode på tre måneder.

Partene synes på dette tidspunkt å ha latt spørsmålet om fastsettelse av ny leveringsdato for M3 «flyte», i påvente av en avklaring om hvordan prosjektet skulle håndteres videre. Det er på det rene at leveransen av M3 var betydelig forsinket i forhold til tidligere avtalt leveringsdato 30. juni 2015. Hvorvidt Felleskjøpet anså at dette innebar et brudd på avtalen fra Infors side, ble etter lagmannsrettens syn ikke tydelig kommunisert til Infor. Det var også usikkert hvor mye som gjensto før M3 kunne leveres.

Pausen (stansen) i prosjektet 17. november 2015 og perioden frem til heving av avtalen 3. februar 2016

17. november 2015 varslet Infor Felleskjøpet om at prosjektaktiviteter ville bli satt på pause (stanset) med virkning fra 20. november 2015 ved at konsulentressurser ville bli satt til andre oppgaver.

Felleskjøpet motsatte seg stansingen. I brev 19. november 2015 anførte Felleskjøpet at stansing av prosjektet utgjorde et forsettlig mislighold av avtalen og at det eksponerte Infor for et ubegrenset erstatningsansvar. Felleskjøpet påpekte videre at stansen ville forsterke de allerede betydelige forsinkelsene i prosjektet, og krevde at Infor trakk tilbake beslutningen om å stanse prosjektet.

I brev 2. desember 2015 fra advokat Ståle Hagen varslet Felleskjøpet om at de ville vurdere å heve avtalen dersom Infor ikke gjenopptok arbeidet innen 15. desember 2015, og at Felleskjøpet uansett ville kreve dagbøter samt erstatning i «den perioden Infor har stanset prosjektet».

10. desember 2015 ble det avholdt et heldagsmøte mellom Infor og Felleskjøpet. I en presentasjon fra Infor til møtet fremgikk det at prosjektet var 10-12 måneder forsinket.

I Felleskjøpets brev 11. desember 2015 ble det satt pris på Infor forslag om strukturelle endringer i prosjektet, men endringer i avtalens kommersielle betingelser ble avvist:

FKA appreciate that Infor, in the meeting held [10] December 2015, suggested structural changes to the operational project execution. FKA are willing to consider such changes if they may lead to a successful project. That being said, FKA are unable to understand why Infor demands that changes to the commercial terms are necessary in order to resolve the execution issues. Infor is not in a position to demand changes to the commercial terms of the agreement, including changes to the agreed allocation of risk and agreed scope. FKA is therefore surprised that Infor refuse to resume the project if such commercial changes are not agreed upon.

I en presentasjon til møte i SG FKA 14. desember 2015 ble det vist til heldagsmøtet mellom Infor og Felleskjøpet 10. desember 2015. I presentasjonen fremgår det at Infor hadde presentert forslag til endringer i gjennomføringen av prosjektet, og at Felleskjøpet ville motta et oppdatert forslag til endringer vedrørende prosjektorganisering, prosessmodell, metodikk, styring og gjennomføringsmodell og godkjenningsmodell. Det fremgår videre av presentasjonen at det ble presentert en «8-ukers» plan for å «komme i gang», og at Felleskjøpet var positive til endringene.

15. desember 2015 oversendte Infor forslag til tiltaksplan som et supplement til presentasjonen i møtet 10. desember, med ytterligere detaljer for anbefalte tiltak, og hvor det i sammendraget fremgår:

The intent is to follow a multi-step approach as follows:

1. Infor itemizes changes requested or recommended to FKA.
2. FKA reviews changes, and further discussion occurs with Infor, to culminate with an 'agreement in principle' of the changes to be made.
3. Infor and FKA negotiate commercial changes, to culminate with an agreement, or minimally an 'agreement in principle'.
4. Based on agreements in principle having been reached, Infor and FKA engage in re-planning activities.
5. In parallel to re-planning activities, Infor and FKA negotiate and agree to contractual amendments.

Infor mottok ingen tilbakemelding fra Felleskjøpet på dette forslaget.

I brev 15. desember 2015 fra advokat Nicolai Halbo krevde Infor endringer i avtalens kommersielle vilkår. Det ble påpekt at Infor ikke har stanset alt arbeid med prosjektet, og at Infor ville gjenoppta arbeidet straks partene ble enige om en plan for videre arbeid:

Based on the above, it is surprising that FKA is unable to understand that Infor demands changes to the commercial terms going forward. As mentioned in our previous letter dated 7th of December, Infor has spent 188 million NOK to-date and received payments of less than 28 million NOK. It should be clear that these massive overruns are not due to Infor alone.

Infor will be pleased to resume work once FKA and Infor have agreed on a go-forward plan, as discussed in the 10th of December meeting. To restart the project before this is in place would mean a project restart within a failing environment, structure and approach, which will only cause further losses for both parties. Also, it is not correct that Infor has stopped working to try to solve this situation. Infor has had more than twenty resources working full time since the pause to analyze and find a way forward, which will help the project succeed. A number of these findings and suggestions were presented to [FKA] on the 10th of December.

I presentasjon fra Terje Johansen og Christen Rehn til styremøte i Felleskjøpet 16. desember 2015 fremgikk det at målsetningen var å videreføre dagens kontrakt. Innstillingen til styret gikk imidlertid ut på «heving av avtalen med Infor», fordi dette ble ansett å sikre en god forhandlingsposisjon for Felleskjøpet.

I protokollen fra styremøte i Felleskjøpet 16. desember 2015 fremgår:

Partene har vært i dialog, men Infor krever reforhandling av kontrakten på sine premisser som betingelse for å gjenoppta arbeidet. (...)

Infor leverte på kvelden 15. desember 2015 innspill til «prinsipper for en reforhandlet kontrakt», men det er uavklart hvilke kommersielle konsekvenser en slik reforhandling vil ha ut over at det er signalisert at det vil komme krav om fundamentale endringer fra Infor. (...)

Administrasjonen foreslår å gi Infor melding om heving av kontrakten, dog slik at dersom Infor innen en angitt kort frist kommer med forslag til løsning som administrasjonen vurderer som akseptabel, gir dette grunnlag for forhandlinger og avtale om utsettelse eller annullering av eventuell heving. Utfallet kan uansett innebære et endelig brudd med Infor, før eller etter forhandlinger, og i ytterste fall en lang tvist og juridisk prosess i rettsvesenet samt et eventuelt motsøksmål.

Vedtak:

Med bakgrunn i den oppståtte situasjonen er styrets primære mål at INFOR gjenopptar den praktiske gjennomføringen av ERP-prosjektet. Styret slutter seg til administrasjonens forslag til tiltak med heving av kontrakt, men med mulighet for reforhandling med Infor dersom forslag fra Infor skulle gi grunnlag for det.

Administrasjonen bes legge fram eventuell reforhandlet avtale med Infor for godkjenning i styret.

Lagmannsretten forstår det slik at det først og fremst var usikkerhet knyttet til kommersielle konsekvenser ved krav fra Infor om en reforhandling av avtalen som lå til grunn for styrets vedtak om å heving, at Felleskjøpets målsetning fremdeles var å videreføre avtalen, men at en heving – som eventuelt kunne trekkes tilbake – ville sikre Felleskjøpet en god forhandlingsposisjon.

Det fremgår ikke av styrets vurdering, slik denne er formulert i protokollen fra styremøtet, at verken forsinkelse i prosjektet eller stansen i konsulentenes arbeid i seg selv sto sentralt ved beslutningen om å heving. Det sentrale – slik lagmannsretten ser det – var Felleskjøpets oppfatning om at Infor krevde vesentlige kommersielle endringer i avtalen for å ta opp igjen arbeidet.

Lagmannsretten bemerker at styrets vedtak om heving, uten forutgående varsel og mulighet for Infor til å rette på forholdet, er i strid med bestemmelsene i avtalen punkt 11.5.4 om fremgangsmåten ved heving. Men ettersom styrets vedtak om heving ikke ble meddelt Infor, får vedtaket ingen betydning. Lagmannsretten bemerker at Felleskjøpet ikke har gjort gjeldende at avtalen ble hevet ved styrets vedtak 16. desember 2015.

Varsel om heving 18. desember 2015 og korrespondansen mellom partene frem til heving av avtalen 3. februar 2016

I brev 18. desember 2015 fra advokat Ståle Hagen varslet Felleskjøpet Infor om heving av avtalen:

Infor (Steinhausen) II GmbH (Infor) sin handlemåte har satt Felleskjøpet Agri SA (FKA) i en svært vanskelig situasjon, hvor eneste mulighet for å videreføre prosjektet er å akseptere fundamentale endringer i kontraktsforholdet og gi avkall på sine avtalte rettigheter.

FKA har tidligere meddelt, og fastholder, at Infors stansing ("pause") av prosjektet utgjør et forsettlig mislighold. FKA erklærer herved at FKA, med virkning fra 4. januar 2016, hever avtalen om standardssystem og tilpasning inngått 3. april 2014 (Avtalen), med mindre Infor innen 29. desember 2015 skriftlig;

- i. bekrefter at pausen avbrytes. FKA anser kun pausen som avbrutt dersom Infor fullt ut gjenopptar arbeidet i prosjektet innen kl. 10.00 den 4. januar 2016. Dette innebærer også at prosjektets medlemmer som arbeidet i FKAs lokaler forut for prosjektpausen skal gjenoppta arbeidet og møte opp i FKAs lokaler innen dette tidspunkt, og

ii. aksepterer uten forbehold følgende forutsetninger, som alle reflekterer Infors nåværende forpliktelser under Avtalen:

- Leveransen skal leveres med samme omfang (scope) som avtalt, med mindre det er grunnlag for endringsordre,
- leveransen skal leveres til samme pris som avtalt, med mindre det er grunnlag for endringsordre,
- Infor er ansvarlig for fremdrift, når partene er enige om en revidert fremdriftsplan,
- Infor bekrefter at de for fremtiden forholder seg til Avtalens begrensning av Infors rett til stansing inntatt i pkt. 12.3 i Avtalen.

Dersom ikke Infor, innen fristene angitt over, avbryter prosjektpausen og gir FKA de bekreftelser som kreves i dette brevet, vil heving inntre automatisk og uten ytterligere erklæring fra FKA.

FKA fastholder at Infor ikke er i en posisjon hvor Infor ensidig kan kreve endringer i Avtalen. FKA stiller seg derfor uforstående til Infors krav om endring av Avtalens vilkår som betingelse for videre leveranse.

FKA kan som tidligere kommunisert vurdere å være med på en prosess og vurdere operative endringer som kan bidra til å optimalisere gjennomføringen av prosjektet, men kun dersom Infor oppfyller FKAs forutsetning om å avbryte pausen. Dette innebærer at FKA blant annet vil vurdere forslagene til endringer i prosjektgjennomføringen som Infor fremmet i e-post datert 16. desember 2015. FKA har også tidligere i prosjektet vært med på tilpasninger i gjennomføringen for å optimalisere prosjektet, og en slik tilnærming er således i tråd FKAs tidligere opptreden.

FKA understreker at løsningsleveransen er vesentlig forsinket og at det ikke finnes forhold på FKAs side som kan anføres som årsak til Infors manglende oppfyllelse av Avtalen. Infor har heller ikke reklamert på- eller angitt slike forhold før prosjektet ble "pauset". Infor vil således ikke nå frem med sine anførsler om at Infors forsinkelse skyldes FKA.

Infors forsettlige mislighold medfører at Avtalens ansvarsbegrensninger settes til side. FKA vil kreve dekning av ethvert tap og meromkostning misligholdet fra Infor har forårsaket.

Felleskjøpets varsel om hevning er begrunnet i to forhold som etter Felleskjøpets mening utgjorde vesentlig mislighold av avtalen. Dette gjaldt tilbakeholdelse av konsulentressurser (stansen/pausen) og Infors manglende oppfyllelse av sine forpliktelser etter avtalen.

Når det gjaldt Infors oppfyllelse av sine forpliktelser etter avtalen så omfattet dette fire forhold: (i) omfanget av leveransen skal være som avtalt, (ii) prisen for leveransen skal være som avtalt, (iii) når partene ble enige om revidert fremdriftsplan er Infor ansvarlig for fremdriften, og (iv) Infor har ikke rett til å stanse arbeidet utover det som følger av avtalen punkt 12.3.

Avtalen punkt 3 inneholder nokså standardiserte bestemmelser om endringer i leveransen etter avtaleinngåelsen, og hvor punkt 3.7. og 3.8 regulerer håndteringen av omtvistede endringsordre. I et prosjekt av dette omfang vil det ofte være omtvistede endringsordre. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at det på dette tidspunktet var et begrenset antall omtvistede endringsordre, og som var plassert på den såkalte «parkeringsplassen». Lagmannsrettens finner ikke at Felleskjøpet har sannsynliggjort at Infor skal ha misligholdt avtalen vesentlig ved sin håndtering av endringsordre.

Lagmannsretten kan heller ikke se at fremsettelse av ønske eller krav om ytterligere betaling som følge av manglende medvirkning fra Felleskjøpets side i seg selv innebærer et mislighold av avtalen. Dette gjelder imidlertid ikke dersom Infor hadde brukt kravet om ytterligere betaling som et pressmiddel ved å holde sine ytelser tilbake. Det vises til avtalen punkt 12.3 om begrensninger i leverandørens tilbakeholdsrett som lyder:

Leverandøren kan ikke holde tilbake ytelser som følge av Kundens mislighold, med mindre misligholdet er vesentlig, og Kunden skriftlig har erkjent misligholdet eller misligholdet er fastslått gjennom en av tvisteløsningsmekanismene i kapittel 16.

Ettersom partene først skulle bli enige om en revidert fremdriftsplan, kan det etter lagmannsrettens syn ikke konstateres mislighold fra Infors side knyttet til fremdriften av en slik fremdriftsplan før den foreligger.

Felleskjøpet anførte også i varselet at leveransen av M3 var vesentlig forsinket. Felleskjøpet hevet imidlertid ikke avtalen som følge av forsinkelse fra Infors side, men krevde tvert imot at Infor skulle gjenoppta alle prosjektaktiviteter.

Infor bestred at det forelå vesentlig mislighold av avtalen i brev 29. desember 2015 fra advokat Nicolai Halbo. Infor anførte videre at de hadde til hensikt å oppfylle avtalen, at det ikke var nødvendig med vesentlige endringer, og at Infor heller ikke hadde krevet vesentlige endringer av avtalen:

There is no basis to purport that fundamental contractual changes are required, nor has this been requested by Infor. Infor has repeatedly stated it is not seeking to transfer its obligations to deliver the agreed upon scope and solution to FKA. What Infor has stated is a need to modify project approach (...). Infor believes the recommended changes would largely fall within the current contractual structure and definition (...)

Infor anførte videre at årsaken til forsinkelse i prosjektet og manglende fremdrift skyldtes at Felleskjøpet ikke hadde vært villige til å samarbeide om felles løsninger:

It has been clear to all concerned that with project delays of 10-12 months in certain areas, and blocking issues with little movement in the last 4 months, that serious project issues existed. (...) Infor has repeatedly stated to FKA that project issues are execution-based, and with transparent collaboration of both parties, could be resolved without great difficulty. Rather than respond in an affirmative manner, working with Infor at joint issue resolution, FKA chose a path of repeatedly denying the existence of issues, passively or actively resisting corrective actions, or outright obstruction of issue remediation. (...) Effectively, it is FKA's actions and inactions over a period of several months that has directly caused the project pause. That said it is clear the project was already paused in that progress was stalled and activities were spinning.

Infor fastholdt også at det ikke ville bli krevd ytterligere betaling for å gå videre med prosjektet:

Infor has not requested FKA to pay additional fees for the go-forward project, and has in fact stated on multiple occasions that with the right approach, governance, project management and FKA engagement, costs could in fact be reduced.

Infor opplyste dessuten at man ønsket å starte opp igjen arbeidet, og foreslo at partene gjennomførte diskusjoner i januar om re-planlegging av prosjektet:

For the avoidance of any doubt, Infor will once again restate its desire to restart the project, as it firmly believes project issues are execution-based and can be resolved without great difficulty, but both parties must be willing to collaborate to restructure and re-plan the project, operationalizing it for success. (...) Infor is once again requesting directional agreement of these recommendations from FKA management, and that they will form the basis of re-planning discussions that could restart in early January, with core leadership teams from Infor and FKA.

I brev 31. desember 2015 fra advokat Ståle Hagen fremgår det at Felleskjøpet aksepterer at Infor i brev 29. desember 2015 har bekreftet å stå ved avtalen, herunder leveransens

omfang og avtalt pris. Felleskjøpet foreslo videre en utsettelse av hevingen av avtalen fra 4. januar til 18. januar 2016, forutsatt at partene i denne perioden i fellesskap gjennomførte en intens arbeidsperiode med nærmere bestemte oppgaver, og hvor Felleskjøpet – basert på utfallet av prosessen og leveransene fra denne arbeidsperioden – ville avgjøre om hevingen av avtalen ville bli trukket tilbake:

FKAs interpretation of the letter dated December 29th 2015 from Infor is that Infor confirms the existing contract, including the agreed scope and price. Any necessary adjustments to get the project "back on track" will only result in "minimal changes" to the contract, if any at all, and any such changes will be subject to the agreed process for change management.

FKA has decided to propose a postponement of the effective date of the termination from January 4th 2016 to January 18th 2016, provided that the parties during the extended period agree to jointly carry out an intensive work period where the following deliverables are developed:

- ✓ A specific list of changes to be implemented by Infor to ensure a successful project going forward
- ✓ A specific list of changes to be implemented by FKA to ensure a successful project going forward
- ✓ A revised progress plan with updated and committing dates in Appendix 4 to the contract, and a plan for re-mobilization of the project resources
- ✓ Change orders for any proposed amendments to the contract
- ✓ Agreement on liquidated damages and compensation for the current delay

(...)

FKA will based on the results of the process and the deliverables outlined above consider whether the termination will be recalled or not.

Infor hadde på dette tidspunkt ikke gjenopptatt alle prosjektaktivitetene, som var ett av de to forholdene som Felleskjøpet i varselet om heving 18. desember 2015 hadde krevd måtte bringes i orden innen 29. desember 2015. Det fremgår ikke av brevet 31. desember 2015 at Felleskjøpet forutsatte at Infor skulle gjenoppta alle prosjektaktivitetene i den foreslåtte to-ukers arbeidsperioden, og noen ny frist for Infor til å gjenoppta konsulentaktivitetene ble heller ikke satt.

Når det gjelder det andre forholdet som Felleskjøpet hadde varslet måtte bringes i orden – oppfyllelse av Infors forpliktelser etter avtalen – så fremgår det, som nevnt at Felleskjøpet aksepterte at Infor hadde bekreftet dette.

Det nye kravet – gjennomføringen av en intensiv to-ukers arbeidsperiode med nærmere bestemt innhold – kan etter lagmannsrettens syn ikke anses som et «vesentlig mislighold» av avtalen med «rimelig frist [for Infor] til å bringe forholdet i orden» etter avtalen punkt 11.5.4. Grunnen til dette er at gjennomføringen av en slik fremtidig aktivitet ikke kan utgjøre et allerede inntrådt mislighold av avtalen

Etter lagmannsrettens syn tilsier imidlertid sammenhengen med Infors pause av konsulentaktiviteter, at en aksept fra Infor til forslaget om en to-ukers arbeidsperiode, var en forutsetning for at Felleskjøpet ikke skulle gå videre med hevning av avtalen, etter at pausen ikke ble avsluttet innen fristen 29. desember 2015.

I brev 2. januar 2016 fra advokat Nicolai Halbo foreslo Infor at kick-off møte skulle starte 12. januar 2016, at aktivitetene skulle deles i to etapper, og hvor den første etappen ble anslått til å ta 2-3 uker. Når det gjelder spørsmålet om eventuelle kommersielle endringer i avtalen heter det i brevet:

With respect to price, as stated in Infors letter of 29 December 2015, Infor has not requested additional fees related to past delays but in order not to be forced to do so it is crucial that the go-forward project approach must drive urgency and mutual accountability, including a reasonable commercial approach for both parties.

I brev 3. januar 2016 fra advokat Ståle Hagen heter det:

FKA set out certain requirements in its letter dated December 31st 2015 for FKA to consider postponing the effective date of the termination from January 4th 2016 to January 18th 2016. Infor has failed to comply with the requirements for such postponement, but FKA has nevertheless decided to make a final attempt at avoiding termination of the contract.

FKA is willing to start the period of intensive joint efforts to investigate if there is a common platform for continuing the project on January 26th 2016, but the end date will then be on January 26th 2016. Please be aware that FKA is not expecting a complete re-planning of the project to have been completed during this 2 week period, but rather appropriate answers to exist to the following topics:
[tilsvarende temaer som i brev 31. desember 2015]

FKA would then on January 26th 2016 consider whether the answers that have been provided to the topics outlined above give FKA enough confidence in the project going forward for FKA to recall its termination. If no such recall is made in writing by FKA, then the termination will be effective on January 26th 2016.

I brev 6. januar 2016 fra advokat Ståle Hagen heter det:

Felleskjøpet Agri SA (FKA) believes that Infor (Steinhausen) II GmbH (Infor) has responded in a way that allows for the parties to carry out the proposed 2 week period of joint efforts to investigate whether there is a common platform for continuing the project. There are still some important clarifications that have to be made, but FKA believes that the parties should meet on January 12th 2016 as proposed to align expectations. (...)

We are looking forward to carrying out the agreed process, and we sincerely hope the parties will be able to establish a common platform. FKA will evaluate the deliverables on January 26th 2016, and will shortly thereafter make a decision on whether the termination will be recalled or not.

Det fremgår ikke av Felleskjøpets brev 3. januar 2016 hvilke krav i Felleskjøpets brev 31. desember 2015 som Infor ikke hadde oppfylt for utsettelse med hevning fra 4. januar til 18. januar 2016.

Lagmannsretten finner det videre uklart hva som menes med at Felleskjøpet 26. januar 2016 skulle vurdere å trekke tilbake hevningen – «recall its termination». Felleskjøpet hadde på dette tidspunkt bare sendt varsel om en eventuell hevning av avtalen, ikke hevet avtalen med Infor. Lagmannsretten ser ikke bort fra at uttalelsen om å trekke tilbake hevningen henger sammen med at styret i Felleskjøpet 16. desember 2015 vedtok å heve avtalen.

11. januar 2016 sendte konsernsjefen i Felleskjøpet, John Arne Ulvan, e-post til CEO i Infor, Charles Philips, hvor det vises til at Felleskjøpet hevet avtalen 18. desember 2015, og at iverksettingen av hevningen ville skje som tidligere meddelt med mindre Felleskjøpet ble fornøyd med utfallet av diskusjonene mellom partene i de kommende dagene:

First, I would like to underline that we last year terminated the agreement between our two parties in a letter sent by our legal counsel to your team on December 18 following my email to you on December 17 2015. The meetings taking place over the next few days are therefore based on our decision to give Infor one last and final opportunity to demonstrate its capabilities and its commitment to Felleskjøpet (FKA) as a customer and long-term partner.

The execution of the termination of the agreement will be effective as previously announced unless we are now satisfied with the outcome of these discussions.

Lagmannsretten antar at John Arne Ulvan her har forholdt seg til vedtaket om hevning i styremøtet i Felleskjøpet 16. desember 2015, og at han ikke fullt ut var kjent med avtalens bestemmelser om at det først må varsles med en rimelig frist for å bringe påberopte

vesentlige mislighold i orden, før kunden kan heve avtalen. John Arne Ulvan synes heller ikke å ha vært kjent med at brevet av 18. desember 2015 var et varsel om heving, og ikke en hevning av avtalen. Han synes heller ikke å vært kjent med dialogen som hadde vært mellom partene i perioden 16. desember 2015 til 11. januar 2016.

22. januar 2016 hadde den interne styringsgruppen i Felleskjøpet (SG FKA) et møte. Det fremgår her av presentasjonen til møtet at Felleskjøpet fortsatt hadde en målsetning om å videreføre avtalen, men at:

Den endelige vurderingen vil basere seg på innholdet i de konkrete leveransene, og hvilke krav som fremsettes for å fortsette arbeidet

26. januar 2016 oversendte Infor en omfattende presentasjon over de fem punktene som Felleskjøpet i brev 31. desember 2015 og 3. januar 2016 hadde bedt om skulle diskuteres mellom partene, basert på partenes møter i perioden 12. til 21. januar 2016. Presentasjonen inneholdt, som forutsatt, en spesifisert liste over endringer som skulle implementeres for henholdsvis Infor og Felleskjøpet, en revidert fremdriftsplan, prosedyre for håndtering av endringsordre, og en tilbakemelding vedrørende Felleskjøpets anmodning om en avtale vedrørende dagbøter og kompensasjon for forsinkelsen. I tillegg var det inntatt et forslag til endringer i målprismodellen «Proposed Target Price Model Changes».

Når det gjelder fremdriften i prosjektet, var det anslått leveranse av M3 etter 10 måneder. Dette er tilsvarende som i presentasjonen fra Infor i møtet med Felleskjøpet 10. desember 2015, hvor det fremgikk at prosjektet var 10-12 måneder forsinket.

I perioden 22. januar til 30. januar 2016 var det ytterligere korrespondanse mellom partenes advokater, og hvor lagmannsretten vil gjengi sentrale forhold:

I e-post 22. januar 2016 fra advokat Ståle Hagen ble det bedt om at presentasjonen som Infor skulle utarbeide etter januarmøtene klart opplyste hvilke konsekvenser det ville få dersom Felleskjøpet helt eller delvis ikke fulgte anbefalingene fra Infor; om prosjektet i så fall ville startes opp igjen i henhold til avtalen, eller om Infor ville fortsette med pausen:

As discussed in today's call; please ensure that the «package» to be delivered on January 26th 2016 states clearly what the consequences will be if FKA in part or in full decide not to follow the recommendations given by Infor. Will the project then re-start and continue in accordance with the existing contract, or will Infor continue its "pause"?

I brev 25. januar 2016 fra advokat Ståle Hagen heter det:

Infor have informed FKA that they, based on the discussions held during the last two weeks, will provide FKA with a written response to FKA's five topics, on 26 January 2016. As previously communicated in the meetings, FKA will need same time to evaluate the response, and FKA consequently consider it appropriate to extend the effective date of the termination.

FKA will evaluate Infor's response, and make a decision on 3 February 2016. If no recall is made by FKA within the end of 3 February 2016, the termination will take effect from 4 February 2016.

I e-post 26. januar 2016 skrev advokat Nicolai Halbo at det ikke var et ja eller nei svar på spørsmålet om Infor ville fortsette pausen dersom Felleskjøpet valgte ikke å følge anbefalingene fra Infor, men at Infor ville foreta en samlet vurdering av tilbakemeldingen fra Felleskjøpet.

I e-post 27. januar 2016 fra advokat Ståle Hagen fremgår:

Please be aware that FKA, based on your response [i e-post 26. januar 2016], in its evaluation of whether the termination for cause will be withdrawn or not will consider all "recommendations" made by Infor to be conditions (requirements from Infor) to continue the project and complete the delivery. If any of the "recommendations" can be considered as true recommendations that FKA at its sole discretion can decide not to accept, without a risk of Infor not continuing the project, we need a written confirmation to this effect immediately, specifically identifying such recommendations with reference to slide page numbers.

I e-post fra advokat Nicolai Halbo senere samme dag heter det:

Infor would not make recommendations it did not consider important, but they are not saying that if same recommendations are accepted as stated and others are up for discussion, that would not be acceptable. In fact, this has been Infor's consistent position throughout this process that projects require both parties to discuss how to resolve issues. The success of the project is dependent on a dialogue between the parties and the material sent FKA yesterday is meant as a basis for further discussions and planning. Hence this is not a take it or leave it proposal as you suggest. (...)

For your information the Infor team will be continuing to advance process and solution work offsite whilst awaiting FKA's decision to take this to the next level.

I e-post fra advokat Ståle Hagen senere samme dag fremgår:

As Infor has been fully aware of throughout this process; FKA will base its evaluation of whether the termination for cause will be withdrawn or not on the material provided by Infor yesterday. Infor has been provided with plenty of opportunity to discuss any such matters with FKA during the last couple of weeks, and we have now entered into a phase where FKA will evaluate and make its decision on what has been presented.

As we have received no formal response to the effect that any of the "recommendations" can be considered as true recommendations that FKA at its sole discretion can decide not to accept, without a risk of Infor not continuing the project, FKA will in its evaluation consider all "recommendations" made by Infor to be conditions (requirements from Infor) to continue the project and complete the delivery.

I e-post 28. januar 2016 fra advokat Nicolai Halbo heter det:

Your interpretation is in direct contradiction with what I have now stated twice, but it appears you are choosing to interpret as you wish. If this is not getting through this time, we have to agree to disagree on this one. Discussing, agreeing and sometimes negotiating approaches to resolve issues is a normal part of every project, therefore it isn't clear why this is so difficult.

I will state for a final time that this is not black and white, and the recommendations are no different than what was discussed during the past two weeks and/or the December meeting and/or prior to the pause, and that they would need to be finalized and operationalized during detailed re-planning. For the avoidance of doubt, as communicated earlier, the suggested change to the financial model is neither a requirement.

I e-post 29. januar 2016 fra advokat Ståle Hagen fremgår:

A prerequisite for the postponement of the effective date of the termination was that there, among other things, would be no changes to Infor's obligations related to scope, price and timely delivery (progress), ref our letter dated December 18th 2015. Infor has however proposed changes to all of the three in the document FKA received on January 26th 2016.

Infor's suggested approach of further negotiations of the "recommendations" is in direct contradiction with the process that was outlined by FKA, where a final decision would be based on the delivery to be provided by Infor on January 26th 2016.

If FKA does not receive a written confirmation to the effect that the "recommendations" in the document received from Infor are true recommendations, that FKAs acceptance of any such "recommendations" will be at FKA's sole discretion, and that any non-acceptance of such "recommendations" will have no effect on Infor's decision to complete the project, FKA will as previously communicated consider all "recommendations" as requirements from Infor to continue the project. And as for the urgency of such written confirmation the time is about to run out.

I e-post fra advokat Nicolai Halbo 30. januar 2016 heter det:

We do not see why a final decision cannot be made by FKA based on the 26th of January document, and why it is in contradiction with the process that was finally agreed between FKA and Infor, which is not corresponding to the one you refer to as outlined in your letter dated 18th of December.

You have to bear in mind that there were several rounds of debate between FKA and Infor from Infor received your letter dated 18. December 2015, and until the parties agreed to meet to see if they could find a way forward. In your letter dated January 6th 2016, attached it is clearly stated that FKA accepts to carry out a two week period of joint effort to investigate whether there is a common platform for continuing the project. Further it is clearly stated that the decision is based on the satisfactory answer from Infor, with reference to the letter from Infor dated 4th of January 2016, attached, where it says that:

"Infor agrees to this meeting, with the understanding that it is to further define and validate if there is a mutually agreeable approach, that both parties believe will drive a successful project."

Infor have on the 26th of January submitted the output from this two weeks meeting, and it is for FKA to decide whether this is a platform for continuing the project or not. Infor will as well have to make their decision based on the answer from FKA, but as previously stated, Infor will not refuse to re-start the project as long as FKA will confirm to deliver the involvement outlined in the Agreement and as further elaborated in the two weeks meeting.

Infor and FKA agreed to make an attempt to find a common ground for moving forward, but your approach is undermining this, and appears to be looking for reasons to not restart, by putting up irrelevant questions as conditions and barriers.

Basert på ovennevnte korrespondanse legger lagmannsretten til grunn at Felleskjøpets mente at de måtte stå fritt i forhold til om de ville akseptere forslagene i presentasjonen av

26. januar 2016, at alle forslagene ble ansett å være krav – og ikke bare forslag – fra Infor for å fortsette prosjektet, og at forslagene (kravene) innebar endringer i forhold til avtalens bestemmelser om leveransens innhold, pris og leveringstid. Lagmannsretten legger videre til grunn at Felleskjøpet ikke var villig til å gi noen tilbakemelding på noen av forslagene i presentasjonen av 26. januar 2016 før Infor bekreftet at Felleskjøpet sto fritt i forhold til anbefalingene, og at Infor – uansett Felleskjøpets valg – måtte bekrefte at de ville fullføre prosjektet.

Infor ga på sin side uttrykk for at Felleskjøpet måtte kunne ta stilling til forslagene i presentasjonen av 26. januar 2016, at ingen av anbefalingene utgjorde krav, og at forslagene var ment som grunnlag for ytterligere diskusjon og planlegging.

Felleskjøpet hadde i engasjert Accenture til å foreta en evaluering av Infor som leverandør, og som var basert på en spørreundersøkelse av ansatte i Felleskjøpet og innleide konsulenter. Evalueringen omfattet temaene «Solution Approach», «Methodology», «Organization and Team», «Governance» og «Timeline». Rapporten ble oversendt til Felleskjøpet 29. januar 2016. Accenture opplyste at «Vurderingen er gjort med basis i den skriftlige leveransen fra Infor, samt etterlatt inntrykk av 2-ukers perioden».

Infor fikk jevnt over dårlig score i Accenture-rapporten. Dette gjaldt særlig for temaene «Organization and Team», «Governance» og «Timeline».

Infor fikk bedre tilbakemelding når det gjaldt de foreslåtte tiltakene i re-planleggingsfasen. I rapport 17. mars 2020 fra sakkyndig vitne Christian Osther, Inca Consulting, heter det:

Infor presenterte en skisse til løsning som fokuserte på hvordan FKA og Infor sammen skulle gjennomføre prosjektet. Overordnet virker det som det var bred enighet om at Infors forslag til endringer etter 2 ukers perioden ville kunne virke positivt på prosjektet. Dette kan vi både utlede fra «lessons learned» som ble utarbeidet av FKA etter prosjektet (se kapittel 6.3), og det støttes også av Accenture-rapporten hva gjelder vurderingen av endringsforslagene, selv om denne totalt sett basert på metoden for evalueringen var negativ til Infor og videre fremdrift i prosjektet.

Når det gjaldt temaet «Solution Approach» støttet Accenture-rapporten Infors forslag om å endre fokus fra enkeltkrav til omforente arbeidsprosesser, og hvor det oppsummeres:

Vi støtter prosess-orienteringen i prosjektet (ift. design, bygg og test) – og vår vurdering er at dette er en nødvendig byggekloss som kan bidra til å løse utfordringer man har hatt så langt – og gir økt tillit til at man kan oppnå helhetlige og gode

ende-til-ende løsninger. Det bidrar til et bedre grunnlag for design, bygg og test av løsningen. Det er også positivt med etablering av SA-gruppen for å sikre bedre koordinering mellom teamene.

Christen Rehns presentasjon 1. februar 2016 til SG FKA bygger i stor grad på evalueringen fra Accenture. Presentasjonen tok utgangspunkt i at Felleskjøpet allerede hadde hevet avtalen. Det ble anbefalt ikke å trekke hevingen tilbake.

I referat fra møtet i SG FKA 1. februar 2016 fremgår det at «Prosjektets evaluering har basert seg på Infor's leveranse per 26.1.». Styringsgruppen ga sin tilslutning til anbefalingen om ikke å trekke hevingen tilbake.

I innstillingen til styret i Felleskjøpet 1. februar 2016 fremgår:

Prosjektet presenterte status, alternative scenarier og vurdering av advokat for konsernstyret per 16.12. Basert på konsernledelsens vurderinger, innstilling til vedtak og endelig beslutning i konsernstyret gjennomførte FKA «*varsel om heving av kontrakt*» per 18.12. Målsettingen var å sikre god forhandlingsposisjon videre med Infor. I beslutningen lå det implisitt en risiko for at heving ville bli endelig (...)

FKA mottok leveransen fra 2 ukers perioden den 26.1. Denne leveransen, med ytterligere presiseringer og avklaringer, har vært gjennomgått av sentrale prosjektressurser, i tillegg til gjennomgang av foreslåtte juridiske og kommersielle endringer. Prosjektet vurdering viser følgende:

- Marginalt tilfredsstillende tilnærming til løsningsutvikling og metodikk
- Ikke akseptabel tilnærming til organisering, prosjektstyring og fremdriftsplan
- Flere ikke akseptable endringer i Avtalen, og herunder kommersielle endringer, og som er i konflikt med premissene for å gjenoppta prosjektet
- Ikke tilstrekkelig bekreftelse på at Infor vil forholde seg til avtale og forpliktelser om å levere ihht denne i fremtiden. Det er ikke gitt noen garantier for at FKA ikke kan bli stilt i samme situasjon på et senere tidspunkt.

FKA hevet per 18.12 hele kontrakten. Konsernledelsens evaluering anbefaler å ikke trekke tilbake heving.

Styret i Felleskjøpet vedtok på styremøte 3. februar 2016 å «gjennomføre heving av kontrakt med Infor vedr. leveranse av nytt ERP system».

Felleskjøpets begrunnelse for heving 3. februar 2016

I hevningserklæringen 3. februar 2016 er grunnlaget for hevingen beskrevet slik:

Etter partenes avtale av 3. april 2014 har Infor (Steinhausen) II GmbH (heretter benevnt Infor) påtatt seg å levere et ERP-system til Felleskjøpet AGRI SA (heretter benevnt FKA) i henhold til avtalte spesifikasjoner og tidsfrister. Det er på det rene at Infors oppfyllelse av avtalen har blitt massivt forsinket. I stedet for å søke å avdempede skadegjørende effektene av dette ved å påskynde sitt arbeid, har Infor besluttet å stanse arbeidet for å oppnå en reforhandlet kontrakt med FKA. Dette kan vanskelig forstås annerledes enn at Infor ikke har til hensikt å oppfylle sine forpliktelser på de vilkår som er avtalt.

Infors manglende etterlevelse av avtalen utgjør et vesentlig mislighold av denne. FKA har dermed rett til å bringe avtalen til opphør ved heving. At Infor bevisst og uhjemlet har valgt å tilsidesette sine avtaleforpliktelser for å begrense sitt eget tap på bekostning av FKA, gjør dessuten at de avtalte ansvarsbegrensninger blir uvirksomme.

I vårt brev av 18. desember 2015 ble det varslet om at heving ville skje med virkning fra 4. januar d.å. med mindre Infor gjenopptok sitt arbeid under avtalen og vedkjente seg sine forpliktelser etter denne. Brevet og den etterfølgende dialogen mellom partene har imidlertid ikke ledet til en endret holdning hos Infor. På vegne av FKA meddeles det derfor at avtaleforholdet bringes til opphør med endelig virkning.

Felleskjøpet har gjort gjeldende at hevningen er begrunnet i to forhold som hver for seg og samlet utgjør et vesentlig mislighold av avtalen. Dette gjelder (i) kontraktstridig stans av arbeidene 17. november 2015 og (ii) forsinkelse. Forsinkelsen består dels i aktuell forsinkelse på 218 dager (fra 30. juni 2015 til 3. februar 2016) og 10-12 måneder antesipert forsinkelse (fra 3. februar 2016). Felleskjøpet anfører at en konkret bedømmelse av dokumentene lest i sammenheng viser at både stans og forsinkelse inngår i hevningsgrunnlaget.

Infor anfører at Felleskjøpet i hevningserklæringen begrunner hevningen med at pausen var uttrykk for et forsettlig mislighold, ved at Infor ikke var villig til å vedstå seg sine forpliktelser på de avtalte vilkår. Infor har gjort gjeldende at det var det påståtte kravet om kommersielle endringer som var den reelle årsaken til hevningen, og at Felleskjøpets handlemåte bærer preg av at det er noe annet som ligger bak hevningen enn det som er angitt i hevningserklæringen. Infor har videre gjort gjeldende at verken aktuell forsinkelse eller antesipert forsinkelse inngår i hevningsgrunnlaget.

Ga pausen/stansen av prosjektet Felleskjøpet rett til å heve avtalen?

Avtalen punkt 11.5.4 første avsnitt lyder:

Dersom det foreligger vesentlig mislighold, kan Kunden etter å ha gitt Leverandøren

skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve hele eller deler av avtalen med øyeblikkelig virkning.

Det følger av denne bestemmelsen at kunden først må varsle leverandøren om hva misligholdet består i, og gi leverandøren en rimelig frist til å bringe forholdet i orden. Formålet med kravet til forutgående varsel er at leverandøren ikke skal risikere hevning uten først å ha fått anledning til å rette på forholdet. Det vil normalt ikke være i noen av partenes interesse at hevning skjer i andre tilfeller av mislighold enn der hvor leverandøren ikke kan eller vil avhjelpe.

Kunden må i varselet angi hva misligholdet består i og hva som forventes for å avhjelpe dette. Kunden må altså beskrive «forholdet» og hva som kreves for å «bringe forholdet i orden».

Lagmannsretten legger til grunn at varsel er en betingelse for at hevning kan foretas. Det vises til Giverholt m.fl.: «NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer» (2012) side 751 og LH-2015-77899.

Kundens rett til å heve avtalen faller bort dersom leverandøren har rettet forhold som kunden har påberopt i varselet innen fastsatt frist, som må være «rimelig».

Dersom de påberopte forholdene er rettet opp, og kunden senere ønsker å heve avtalen, må det sendes nytt varsel, med angivelse av hvilke forhold som nå anføres å utgjøre et vesentlig mislighold, og med ny rimelig frist for å bringe forholdet i orden.

Dersom leverandøren innen utløpet av fristen ikke har bragt forholdet i orden, vil hevning kunne skje, forutsatt at det på hevningstidspunktet foreligger vesentlig mislighold.

Ettersom leverandøren skal gis mulighet for å rette på forholdet, kan ikke kunden benytte andre hevningsgrunner enn de som er påberopt i varselet.

Hevningserklæringen danner rammen for rettens prøving, jf. Rt-1994-1617:

Hevning i kontraktsforhold er en misligholdsbeføyelse som har som virkning at ytelsesplikten faller bort fra begge sider. (...) Dette tilsier etter mitt syn at om bortfesteren vil utsette festeren for en så vidtgående reaksjon, bør det stilles et krav om klar opptreden fra hans side. Festeren må vite hva hevningssgrunnlaget er, slik at han settes i stand til å ta stilling til om han skal godta hevningen eller ikke, og hvorledes han i tilfelle skal innrette seg.

Lagmannsretten legger videre til grunn at kreditor som utgangspunkt ikke har adgang til å skifte standpunkt og påberope seg alternative eller supplerende hevningsgrunner som

forelå allerede da hevning ble erklært, jf. LB-2016-156002 og Hagstrøm: «Obligasjonsrett» (2011) side 464.

Som nevnt ovenfor vil en beslutning om hevning som ikke følges opp i form av en hevningserklæring overfor medkontrahenten, i utgangspunktet ikke ha noen rettsvirkning mellom partene. Fremsettes ikke hevningserklæringen, er ikke avtalen hevet, jf. Hagstrøm: «Obligasjonsrett» (2011) side 462:

Hevningserklæringen er et påbud. Etter alminnelige avtalerettslige prinsipper har et påbud rettsvirkning fra det øyeblikk det kommer frem til mottageren (...)

Lagmannsretten vil først knytte noen kommentarer til Felleskjøpets fremgangsmåte ved hevning av avtalen.

Felleskjøpet sendte 18. desember 2015 varsel til Infor om hevning av avtalen. I varselet var det angitt to forhold som etter felleskjøpets mening utgjorde vesentlig mislighold av avtalen fra Infors side, nemlig (i) stansen/pausen og (ii) Infors manglende oppfyllelse av sine forpliktelser etter avtalen. Infor fikk frist til 29. desember 2015 til å «bringe forholdet i orden» ved skriftlig å bekrefte å avbryte pausen og å akseptere nærmere bestemte forpliktelser etter avtalen. Når det gjaldt avbrudd av pausen, ble det dessuten satt krav om at arbeidet måtte gjenopptas innen 4. januar 2016. Det ble i varselet opplyst at dersom disse vilkårene ikke ble oppfylt, ville hevning inntre automatisk og uten ytterligere erklæring fra Felleskjøpet.

Etter lagmannsrettens syn er ikke denne fremgangsmåten i henhold til avtalen, som foreskriver at kunden også må vurdere om vilkårene for hevning foreligger etter at fristen for å «bringe forholdet i orden» er utløpt. Kunden må altså foreta en vurdering av om det også på dette tidspunkt foreligger «vesentlig mislighold» av avtalen.

I e-post 31. desember 2015 aksepterte Felleskjøpet at Infor hadde oppfylt vilkåret om å stå ved sine forpliktelser etter avtalen. Felleskjøpet foreslo videre å utsette tidspunktet for automatisk hevning av avtalen til 18. januar 2016 dersom partene i fellesskap gjennomførte en intensiv to-ukers arbeidsperiode med nærmere bestemt innhold, og hvor Felleskjøpet – basert på utfallet av prosessen og leveransene fra denne arbeidsperioden – ville avgjøre om hevningen av avtalen ville bli trukket tilbake. Fristen ble senere forlenget til 26. januar 2016, og hvor tidspunktet for Felleskjøpets avgjørelse om hvorvidt hevningen skulle trekkes tilbake var 3. februar 2016.

Etter lagmannsrettens syn er ikke denne fremgangsmåten med «betingede krav» for å unngå hevning av avtalen i henhold til avtalen. Lagmannsretten kan ikke se at kravene som Felleskjøpet stilte for å utsette gjennomføringen av hevningen er knyttet til «vesentlige mislighold» av avtalen. En eventuell unnlattelse fra Infors side om å gjennomføre en to-

ukers felles arbeidsperiode kan selvsagt ikke anses som et vesentlig mislighold av avtalen, ettersom avtalen ikke pålegger noen av partene en slik forpliktelse. Det er også vanskelig å se at pausen/stansen – som var det gjenstående uoppfylte forholdet i varselet om hevning – kunne bringes i orden ved dette tiltaket. Lagmannsretten finner ikke støtte i avtalens bestemmelser om hevning at Felleskjøpet – etter eget forgodtbefinnende – skulle kunne avgjøre om utfallet av prosessen og leveransene fra arbeidsperioden på to-uker ga grunnlag for heve avtalen. Det er også vanskelig å forestille seg at utfallet av denne prosessen og leveransene fra to-ukers perioden, ville kunne innebære et vesentlig mislighold av avtalen, og i så fall ville Infor hatt krav om varsel og «rimelig frist til å bringe forholdet i orden» etter at prosessen var gjennomført og leveransen var foretatt.

Lagmannsretten finner heller ikke at fremgangsmåten med at Felleskjøpet skulle kunne trekke hevningen tilbake er i henhold til avtalen. Hevningserklæringen er, som nevnt, et påbud som har rettsvirkning fra det øyeblikk det kommer frem til mottageren.

Lagmannsretten bemerker også at det på dette tidspunkt bare var sendt varsel om hevning, og at avtalen derfor fremdeles var gjeldende. Felleskjøpet har ikke anført at e-posten av 31. desember 2015 innebar en hevning av avtalen.

E-posten av 31. desember 2015 var imidlertid taus når det gjaldt vilkåret om at Infor også måtte bekrefte at de ville avbryte pausen av alle prosjektaktiviteter. Det kan derfor stilles spørsmål om dette kravet var virksomt også i den kommende to-ukers arbeidsperioden. Ettersom poenget med den felles arbeidsperioden nettopp var å vurdere grunnlaget for den videre prosessen, ville det etter lagmannsrettens syn ha vært naturlig for Felleskjøpet å si klart ifra dersom det var forventet at Infor straks skulle gjenoppta konsulentaktivitetene. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at kravet i varselet 18. desember 2015 om å gjenoppta konsulentaktivitetene ikke lenger var virksomt, og at et slikt krav i tilfelle måtte varsles på nytt med ny frist, for å kunne gi grunnlag for hevning av avtalen.

Ettersom Felleskjøpet ikke ga nytt varsel om at alle prosjektaktivitetene skulle gjenopptas før hevningen fant sted 3. februar 2016, finner lagmannsretten at Felleskjøpets hevning den 3. februar 2016 på grunnlag av stansen 17. november 2015 var urettmessig.

Lagmannsretten finner grunn til å knytte noen bemerkninger til spørsmålet om en fortsatt stans av prosjektaktiviteter ville ha utgjort et vesentlig mislighold av avtalen som kunne ha gitt grunnlag for hevning av avtalen, dersom avtalens fremgangsmåte for hevning hadde blitt fulgt.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke holdepunkter i tidsnære bevis for Felleskjøpets anførsel om at Infor ville bruke nedskalering som en reell trussel for å få endret avtalens kommersielle vilkår, eller at Infor ville stanse prosjektet dersom Felleskjøpet ikke ville betale mer enn det som fulgte av avtalen. Det vises til gjentatte skriftlige uttalelser fra

Infors advokat, også etter at to-ukers arbeidsperioden var gjennomført, om at forslaget om endringer av avtalens kommersielle vilkår ikke var et krav fra Infor for å fortsette prosjektaktivitetene. En slik handling ville også kommersielt fremstå som svært uklok i et prosjekt som Infor ønsket skulle være et referanseprosjekt for det nordiske markedet, og hvor Infor i en periode på nærmere to år hadde nedlagt betydelige ressurser.

Lagmannsretten finner etter dette ikke grunnlag for at Infor på hevningstidspunktet 3. februar 2016 ikke hadde til hensikt å oppfylle sine forpliktelser på de vilkår som var avtalt mellom partene.

Det kan stilles spørsmål om den ensidige stansen i seg selv utgjør et vesentlig mislighold av avtalen?

Når det gjelder vesentlighetskravet generelt vises det til Hagstrøm: «Obligasjonsrett» (2011) side 428:

Ved praktiseringen av *vesentlighetskravet* må det ledende synspunkt være at det er en forutsetning at misligholdet er av en slik art og/eller et slikt omfang at det gir kreditor «rimelig grunn for ... å si seg løst fra kontrakten» (...). Svaret skal etter rettspraksis bero på en nokså sammensatt helhetsvurdering.

Etter lagmannsrettens syn er det forhold som tilser en skjerpet hevningsterskel i dette tilfellet. Leveransen gjaldt et omfattende IT-system som skulle spesialtilpasses kundens virksomhet. I slike leveranser er det ikke uvanlig med forsinkelser, og hvor det også kan oppstå behov for re-planlegging underveis. Infor hadde dessuten over lang tid nedlagt betydelig innsats i prosjektet.

Selv om Felleskjøpet var uenig i omfanget av nedskaleringen, viser begivenhetsnære bevis at Felleskjøpet ikke var uenig i at det i en re-planleggingsperiode kunne være behov for en viss reduksjon i pådraget av ressurser fra Infor side. Fremlagte «Burn Down Charts» viser at det i perioden før nedskaleringen ble iverksatt var dårlig fremdrift i prosjektet. Lagmannsretten finner ikke grunn til å betvile at Infor hadde en reell interesse i å få prosjektet på rett kjørl, at formålet med pausen var å sette ordinære prosjektaktiviteter som ikke genererte fremdrift på midlertidig pause, og at Infor mente at en omfattende nedskalering av konsulentaktivitetene i en periode med re-planlegging var riktig virkemiddel for å få dette til.

Sakkyndig vitne Christian Osther, Inca Consulting, har i sin rapport 17. januar 2020 uttalt:

Det å ta en pause i et prosjekt som er ute av kontroll for å få analysert situasjonen, re-planlagt og implementert nødvendige tiltak er en relativt vanlig og anerkjent fremgangsmåte.

Når det gjelder stansen av prosjektaktiviteter også for delprosjekt tonn, som var nærmere avslutning, bemerkes at disse aktivitetene ikke var tidskritiske i forhold til ferdigstillelse av M3.

Infor arbeidet i perioden fra 20. november 2015 og frem til avtalen ble hevet med re-planlegging av prosjektet. Basert på fremlagte timelister legger lagmannsretten legger til grunn at Infor har registrert om lag 7000 timer arbeid med re-planlegging og gjennomføring av to-ukers felles arbeidsperiode. Etter lagmannsrettens syn innebærer ikke pausen i ordinære prosjektaktiviteter i perioden med re-planlegging og felles arbeidsmøter en tilbakeholdelse av Infors ytelser i strid med avtalen punkt 12.3.

Konsernledelsens anbefaling til styret i Felleskjøpet 1. februar 2016 om heving av avtalen bygger i stor grad også på en vurdering av Infors presentasjon 26. januar 2016 etter gjennomført felles to-ukers arbeidsperiode. Det kan derfor stilles spørsmål om denne presentasjonen, selv om den ikke er påberopt i hevningsgrunnlaget, reelt sett har utgjort en del av grunnlaget for hevingen. Som lagmannsretten har redegjort for ovenfor, kan ikke Felleskjøpets evaluering av prosessen og leveransene fra Infor i denne to-ukers arbeidsperioden gi grunnlag for heving av avtalen, og under enhver omstendighet ikke uten at Infor varsles om forhold som etter Felleskjøpets mening utgjør vesentlig mislighold, og med rimelig frist for å bringe forholdet i orden.

Lagmannsretten finner etter dette at stansen ikke utgjorde et vesentlig mislighold av avtalen som ga Felleskjøpet rett til å heve avtalen.

Kunne Felleskjøpet heve avtalen på grunn av forsinkelse?

Avtalen punkt 11.5.4 andre avsnitt lyder:

Kunden kan heve hele eller deler av avtalen med øyeblikkelig virkning hvis ytelsen er vesentlig forsinket. Vesentlig forsinkelse foreligger når levering ikke er skjedd når maksimal dagbot er nådd, eller etter utløpet av en tilleggsfrist hvis den utløper senere.

Etter avtalen punkt 11.5.2 andre avsnitt løper dagbot i maksimalt 100 kalenderdager.

I avtalen punkt 11.5.2 fjerde avsnitt heter det:

Så lenge dagboten løper, kan Kunden ikke heve avtalen. Denne tidsbegrensningen gjelder imidlertid ikke hvis Leverandøren, eller noen denne svarer for, har gjort seg skyldig i forsett eller grov uaktsomhet.

Lagmannsretten forstår avtalen punkt 11.5.4 annet avsnitt sammenholdt med punkt 11.5.2 andre og fjerde avsnitt første punktum slik at kunden kan heve avtalen med øyeblikkelig virkning når maksimal dagbot er nådd, dvs. når en forsinkelse som skyldes leverandørens forhold har vart i 100 dager. Dersom forsinkelsen skyldes forhold på begge sider, må det foretas en vurdering av hvor mye av forsinkelsen som alene skyldes leverandøren, for å ta stilling til om vilkåret om dagbot i 100 dager er oppfylt.

Dersom leverandøren har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, vil kunden kunne heve avtalen på grunn av forsinkelse også før forsinkelsen har vart i 100 dager, forutsatt at forsinkelsen er vesentlig, jf. avtalen punkt 11.5.2 fjerde avsnitt andre punktum.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at en fastsatt leveringstid må være oversittet for at det skal foreligge forsinkelse som kan gi grunnlag for misligholdsbeføyelser.

Utsatt avtalt leveringstid for M3 var 30. juni 2015. Etter lagmannsrettens syn må det, basert på tidsnære bevis som lagmannsretten har redegjort for ovenfor, legges til grunn at det ikke bare var dagbøter som ikke skulle påløpe etter 30. juni 2015, men at partene var enige om at utsatt levering var i begge parter interesse, og at det skulle fastsettes en ny leveringsdato for M3. Ny leveringsdato for M3 ble imidlertid ikke fastsatt før Felleskjøpet hevet avtalen 3. februar 2016. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det ikke forelå noen aktuell forsinkelse med hensyn til levering av M3 som ga Felleskjøpet rett til heve avtalen 3. februar 2016.

Lagmannsretten bemerker at dersom Felleskjøpets syn om at aktuell forsinkelse løper fra 30. juni 2015 skulle legges til grunn, så vil Felleskjøpet ha forspilt sin mulighet til å heve avtalen ved at Felleskjøpet fastholdt avtalen, og lot Infor fortsette arbeidet også etter at maksimal dagbotperiode på 100 kalenderdager utløp ca. 8. oktober 2015 og frem til stansen ble iverksatt 20. november 2015. Det vises til Nordtvedt m.fl.: «NS 8407 Kommentarutgave» (2013) side 682:

Dersom byggherren vil påberope en forsinkelse som hevingsgrunn, må han i utgangspunktet heve når forsinkelsen foreligger (...). Han kan ikke la totalentreprenøren fortsette arbeidene og beholde forsinkelsen som et mulig hevingsgrunnlag som kan påberopes når som helst.

Infor orienterte Felleskjøpet i begynnelsen av november 2015 om at re-planleggingen av prosjektet ville kunne ta inntil tre måneder. I heldagsmøtet 10. desember 2015 opplyste Infor at prosjektet var 10-12 måneder forsinket. Felleskjøpet krevde likevel at Infor skulle avbryte pausen og gjenoppta prosjektaktivitetene. Det kan derfor etter lagmannsrettens syn ikke ha kommet som en overraskelse for Felleskjøpet at Infor i presentasjonen 26. januar 2016, etter gjennomføringen av januar møtene, opplyste at forventet leveringstid for M3

ville være om 10 måneder. Etter lagmannsrettens syn vil en slik utsettelse med leveringen av M3 ikke kunne gi grunnlag for hevning på grunn av antesipert forsinkelse.

Lagmannsretten finner etter dette ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om aktuell og antesipert forsinkelse inngikk i hevning grunnlaget, eller hvem av partene som må bære hovedansvaret for forsinkelsen.

Lagmannsretten finner at Felleskjøpet ikke hadde rett til å heve avtalen 3. februar 2016 på grunn av forsinkelse.

Hadde Felleskjøpet etter en samlet vurdering rett til å heve avtalen 3. februar 2016?

Spørsmålet om det foreligger vesentlig mislighold som gir grunnlag for hevning av avtalen, skal avgjøres på bakgrunn av en samlet vurdering av mislighold på hevningstidspunktet. Lagmannsretten finner at de to påberopte grunnlagene for hevning, stans og forsinkelse, heller ikke ved en samlet vurdering innebærer et vesentlig mislighold fra Infors side som ga Felleskjøpet rett til å heve avtalen 3. februar 2016.

Infor skal etter dette frifinnes for Felleskjøpets krav på erstatning.

Erstatningsutmålingen

Avtalen punkt 12.5 lyder:

Leverandøren kan kreve erstattet ethvert direkte tap som med rimelighet kan tilbakeføres til misligholdet, med mindre Kunden godtgjør at misligholdet eller årsaken til misligholdet ikke skyldes Kunden.

Avtalens bestemmelse om erstatningsbegrensning, jf. punkt 11.5.6, gjelder tilsvarende.

Avtalen punkt 11.5.6 lyder:

Erstatning for indirekte tap kan ikke kreves. Tap av data anses som indirekte tap, bortsett fra hvor dette skyldes datahåndtering som er Leverandørens ansvar under avtalen.

Samlet erstatning i avtaleperioden er begrenset til et beløp som tilsvarer kontraktssummen ekskl. merverdiavgift.

Har Leverandøren eller noen denne svarer for utvist grov uaktsomhet eller forsett, gjelder ikke de nevnte erstatningsbegrensningene.

Lagmannsretten finner at Felleskjøpet burde ha forstått at de anførte hevningsgrunner, også ved en samlet vurdering, ikke ga grunnlag for å heve avtalen 3. februar 2016. Infor har krav på erstatning for direkte tap som skyldes hevingen, jf. avtalen punkt 12.5. Tapet som skal erstattes er Infors positive kontraktsinteresse.

Etter lagmannsrettens syn kan ikke Felleskjøpets heving av avtalen anses som grovt uaktsom. Terskelen for å karakterisere en kontraktsparts opptreden som kvalifisert klanderverdig, vil være høy. I vurderingen av om en parts opptreden er kvalifisert klanderverdig, vil også den andre parts opptreden måtte tas i betraktning. I saken her finner lagmannsretten at det må legges vekt på at også Infors opptreden under kontraktsforholdet og i tiden frem til hevingen, var klanderverdig. Etter lagmannsrettens syn må dette tillegges betydelig vekt ved vurderingen av om Felleskjøpet opptrådte grovt uaktsomt. Lagmannsretten legger i den konkrete vurderingen særlig vekt på at Infor egenhendig iverksatte og videreførte stansen 20. november 2015 i strid med Felleskjøpets uttrykkelige ønske, at Felleskjøpet sendte varsel om heving som var begrunnet i stansen 18. desember 2015, at leveransen på hevingstidspunktet var betydelig forsinket i forhold til sist avtalt leveringsdato 30. juni 2015, og at det var forventet en betydelig ytterligere utsettelse før levering av M3 ville skje. Ansvarsbegrensningen i avtalen punkt 11.5.6 får etter dette anvendelse, slik at indirekte tap ikke kan kreves erstattet, og at erstatningsansvaret er begrenset til kontraktssummen eksklusiv merverdiavgift.

De enkelte postene i erstatningskravet er:

a) Betaling for M1-M3

I rapport 24. mars 2020 fra KWC fremgår:

Infor har fakturert FKA MNOK 29,6. Av disse har FKA innbetalt MNOK 26,5. FKA har holdt tilbake betalinger på totalt MNOK 3,1.

Infor har levert et betydelig arbeid knyttet til milepæl 3. For dette har FKA betalt MNOK 4. Som følge av FKA sin heving av avtalen har Infor mistet muligheten til å fakturere sitt avtalte maksimumshonorar for M3 (MNOK 46,4, basert på budsjettert antall timer og 20 % overforbruk (jf. side 12), hvorav MNOK 4 er fakturert og betalt).

Fordi M3 ikke var ferdigstilt på hevingstidspunktet har vi også estimert gjenstående kostnader. Det er ikke mulig å fastsette dette helt presist, og partene har heller ikke noe entydig oppfatning av hvor langt M3 samlet sett var kommet da avtalen ble hevet. Vi har for Økonomi og Handel lagt til grunn av disse fasene var om lag 70 % ferdigstilt. Infor har opplyst at det gjensto om lag 31 % av totale «requirements»

knyttet til Økonomi, men at det også var andre uavklarte forhold knyttet til denne fasen som var problematiske. Situasjonen ble vurdert som noe bedre for Handel. Samlet for Handel og Økonomi har vi derfor lagt til grunn 70 % ferdigstillelse på hevingstidspunktet. Tonn var etter det vi forstår ikke forsinket, og vi har basert på tidspunkt for stans i arbeidet anslått at denne var 50 % ferdigstilt. Basert på avtalt antall timer i hver av fasene tilsier dette en vektet ferdigstillelsesgrad på om lag 64 % (jf. tabell til høyre).

De opprinnelig anslåtte kostnadene for ferdigstillelse av M3 var MNOK 32,7. Vi antar at en forholdsmessig andel av dette (dvs. om lag 36 %) beløpet må påregnes for å ferdigstille M3. Dette utgjør om lag MNOK 11,9.

Kravet består av følgende poster:

Utestående M1	732 000
Utestående M2	2 415 000
Gjenstående fakturering M3	42 440 000
- estimert gjenstående kostnader M3	- 11 903 000
Reiseutlegg/omkostninger	9 972 000
Sum	43 655 000

I hjelpedokument 9. mai 2021 fra KWC fremgår:

Etter at vår tapsberegning ble avsluttet 24.03.2020 har det fremkommet opplysninger om at Tonn kan ha vært nærmere ferdigstillelse enn vår antatte ferdigstillelsesgrad på 50 %. For å vise effekten av å eventuelt endre denne beregningsforutsetningen, har vi inntatt sensitivitetsanalysen til høyre. Den viser at ved å øke antatt ferdigstillelse for Tonn fra 50 % til f.eks. 70 %, så øker det beregnede tapet med noe over MNOK 2,0.

Årsaken til at utslaget i beregningen blir relativt begrenset er at det utestående kravet på oppgjør for utført arbeid ikke påvirkes. Derimot påvirkes estimerte kostnader knyttet til ferdigstillelse av gjenstående arbeid (det er antatt at prosjektet kunne vært ferdigstilt for en forholdsmessig andel av den opprinnelige budsjetterte kostnaden).

Infor har gjort gjeldende at ved en ferdigstillelsesgrad for tonn på 80 % som er mer realistisk, øker det tapet med ytterligere ca. kr 1 million.

Felleskjøpet har anført at Infors beregning ikke tar høyde for økte kostnader ved arbeid utover målpris og at marginen på de overskytende 20 % går fra 15 % til minus 70 %. Kravet relatert til M3 må derfor reduseres med kr 5 millioner som følge av sparte kostnader.

Felleskjøpet har videre gjort gjeldende at Infor ikke kan kreve dekket reisekostnader uten Felleskjøpets godkjenning, jf. avtalen bilag 7. Felleskjøpet har ikke godkjent slike reisekostnader.

Lagmannsretten legger til grunn at utestående beløp vedrørende leveransen av M1 og M2 er ubestridt og skal erstattes med til sammen kr 3 147 000.

Lagmannsretten kan ikke se at Infors margin på arbeid utover målpris for M3 vil ha noen innvirkning på tapsberegningen. Det er uomtvistet at Infor allerede på hevningstidspunktet hadde utført arbeid som tilsa at fastprisen for M3 skulle legges til grunn. Infors tap vil derved utgjøre gjenstående fakturering av M3 fratrukket gjenstående kostnader ved å ferdigstille M3. Beløpene for henholdsvis gjenstående fakturering og gjenstående kostnader er ikke omtvistet.

Infor har etter lagmannsrettens syn ikke sannsynliggjort krav på dekning av reisekostnader mv. på kr 9 972 000, ettersom disse kostnadene ikke er godkjent av Felleskjøpet.

Når det gjelder gjenstående kostnader for ferdigstillelse av M3 tar lagmannsretten utgangspunkt i beløpet på kr 11 903 000 i rapporten fra KWC. Lagmannsretten er enig med Infor i at dette beløpet må justeres som følge av høyere ferdigstillelsesgrad av delprosjekt tonn, hvor begge parter er enige om at det gjensto mindre arbeid. På den annen side må det gjøres tillegg for kostnader til nødvendig re-planlegging som i presentasjonen 26. januar 2016 var beregnet å ta 6-8 uker, og hvor Infor har opplyst at det hadde påløpt omlag 7 000 timer til re-planlegging og to-ukers arbeidsperiode etter stansen av prosjektaktiviteter ble iverksatt 20. november 2015. Lagmannsretten finner også at KWC har tatt et for optimistisk utgangspunkt når beregningen av gjenværende kostnadene for M3 er foretatt på grunnlag av «opprinnelige anslåtte kostnader for ferdigstillelse av M3», i motsetning til beregningen av gjenstående kostnader for M4-M6 nedenfor, hvor det ved fastsettelsen av fortjenestetapet er tatt høyde for at «utfordringene med milepæl 1, 2 og 3 tilsier større usikkerhet med hensyn til muligheten til fortjeneste». Lagmannsretten finner etter dette skjønnsmessig å fastsette gjenværende kostnader ved ferdigstillelse av M3 til kr 20 000 000.

Lagmannsretten finner at samlet krav for denne posten skal fastsettes til kr 25 586 000.

b) Fortjeneste M4-M6

I rapport 24. mars 2020 fra KWC fremgår:

Hvis prosjektet ikke hadde blitt hevet ville Infor levert milepæl 4, 5 og 6. Et naturlig utgangspunkt er at Infor ville hatt en positiv margin på disse delene av prosjektet, men vi har konservativt antatt noe høyere kostnader forbundet med

milepæl 4, 5 og 6 enn det som følger av budsjettet.

Infor hadde en gjennomsnittlig timekostnad på NOK 1016 for milepæl 1, 2 og 3. Det er budsjettert 39 408 timer. Dette gir en estimert forventet kostnad for Infor på MNOK 40 og en implisitt fortjeneste på MNOK 2,7 (sammenholdt med estimert fakturabeløp). Like fullt mener vi at utfordringene med milepæl 1, 2 og 3 tilsier større usikkerhet med hensyn til muligheten til fortjeneste, og har derfor lagt til grunn at endelig fortjeneste er lik MNOK 1,0.

Felleskjøpet har ikke hatt innvendinger til erstatningskravet på kr 1 000 000 som legges til grunn.

c) Ubetalte endringsordre

I hjelpedokument 9. mai 2021 fra KWC fremgår:

Basert på oversikt over endringsordre fremlagt etter 24.03.2021, beløper samlede registrerte endringsordre seg til om lag TNOK 12 440. Listen over endringsordre er gjengitt på neste side. Tre av endringsordrene har blitt avbestilt (merket med gult på neste side), slik at det beregnede kravet beløper seg til om lag TNOK 4 928. Av dette er det opplyst at FKA har betalt TNOK 1 200.

I tillegg er det Infors vurdering at den store endringsordren som ble avbestilt 11.06.15, delvis ville blitt «erstattet» av mindre delleveranser. I beregningen ovenfor er det antatt at 25 % av den kansellerte ordren ville blitt bestilt under alternative bestillinger, og at Infor ville realisert en margin på 15 % på dette. Samlet gir dette et beregnet tap knyttet til endringsordrene på om lag MNOK 4,0.

Felleskjøpet har anført at Infor bare har krav på oppgjør for endringsordre som er «Approved signed and uploaded». Disse utgjør samlet kr 2 401 873 etter fratrukk for endringsordre nr. 36 på kr 1 200 000 som ble betalt 2. oktober 2015.

Lagmannsretten finner ikke at Infor har sannsynliggjort krav på betaling av endringsordre som ikke er akseptert av Felleskjøpet i oversikten som ble presentert av Infor 26. januar 2016.

Erstatningskravet for denne posten fastsettes til kr 2 401 873.

d) Lisenser og vedlikehold

I rapport 24. mars 2020 fra KWC fremgår:

FKA og Infor inngikk i utgangspunktet en fem års avtale om levering av lisenser og vedlikehold. Vi har i våre beregninger inkludert inntekter fra salg av lisenser og vedlikehold fra og med 2015 (for 2015 basert på faktiske tall). Sannsynligheten for et eventuelt bytte av leverandør i den kontraktsfestede femårsperioden er svært lav.

Fra 2020 kunne FKA fritt velge å bytte leverandør av ERP-system. Erfaringsmessig vil imidlertid de aller fleste selskaper beholde sine ERP-system vesentlig lenger enn fem år. Levetider på 15 – 20 år eller mer er normalt. Dette fordi prosessen med å bytte system er kostbar og arbeidskrevende. Et forventningsrett anslag vil derfor være å anta at inntekter fra lisenser og vedlikehold varer i minst 10 til 15 år. Å bytte ERP-system tidligere enn dette vil trolig ikke være økonomisk rasjonelt.

Vi har derfor lagt til grunn 15 års løpetid på inntektene fra lisenser og vedlikehold. Dette summerer seg til MNOK 55,5. (...)

Vedlikehold er en fast andel av totale lisenskostnader. Denne betales årlig. Lisenskostnader betales etter hvert som systemet igangsettes og nye moduler kommer på plass. Fra 2019 og utover har vi lagt til grunn en forventet økning hvert tredje år. Dette er oppgitt fra Infor, og er basert på erfaring fra tilsvarende kunder hvor man ser at disse vanligvis kjøper 4-5 % mer programvare hvert tredje år. Det er lagt til grunn faktisk inflasjon frem til og med 2019. Til og med 2022 har vi lagt til grunn forventet årlig inflasjon på 2 %. Fra og med 2023 ligger det inne årlig prisstigning på 5 %, som er den ordinære prisjusteringsbestemmelsen i Infor sine kontrakter.

Det er ingen direkte kostnader for Infor forbundet med disse inntektsstrømmene. Dette er aktiviteter som foregår på internasjonal konsernnivå, og aktivitetene blir ikke skalert ned eller opp avhengig av avtalen med FKA.

Felleskjøpet har ikke hatt innvendinger til erstatningskravet på kr 55 546 000 som legges til grunn.

e) Tjenesteleveranser

I rapport 24. mars 2020 fra KWC fremgår:

Basert på erfaring har Infor estimert hva de ville ha levert av tjenester til FKA over kontraktens løpetid. Det er vanskelig å si hvor lang en slik leveringsperiode ville vært, men en antatt løpetid på 10 år er trolig et rimelig og balansert estimat, også sett hen til antatt varighet på inntektsstrømmene fra lisens- og vedlikeholdsinntektene. Imidlertid kan det ikke utelukkes at nødvendige tjenester kunne vært levert av andre enn Infor.

Generell støtte innebærer generell konsulentstøtte, dette kan være nye system implementeringer, ny funksjonalitet, optimering av system med mer.

AMS (Application management services) er en tjeneste som noen kunder velger å kjøpe, og omfatter generell drift av systemet. Dette er et alternativ til å ha egen IT-stab. Mange velger denne formen for outsourcing, og FKA hadde kommunisert at dette var interessant og relevant for dem.

Oppgraderinger kommer som en naturlig del av inntektsstrømmen fra prosjektet, og et vanlig intervall er hvert tredje år. Dette kommer da i stedet for generell støtte og omfatter en mer prosjektbasert overordnet oppgradering enn den løpende generelle støtten som skjer kontinuerlig.

De første inntektene ville oppstått i 2017. Disse er antatt å vokse med tilsvarende inflasjonsforutsetninger som for utvikling i lisenser og vedlikehold.

Disse er konsulenttimer og leveres normalt med 30 % bruttomargin. Lønnskostnadene som påløper for Infor er basert på dette.

Som et utgangspunkt har vi lagt til grunn 10 års varighet på inntektene fra fremtidige tjenesteleveranser. Dette gir en nåverdi på MNOK 22,0.

Felleskjøpet har anført at det ikke er sannsynliggjort at Felleskjøpet ville ha kjøpt disse tjenestene fra Infor, og at kravet til adekvat årsakssammenheng ikke er oppfylt.

Lagmannsretten finner at Infor ikke har sannsynliggjort et slikt tap, og viser til uttalelsen fra KWC ovenfor om at slike tjenester kunne vært levert av andre enn Infor.

f) Kompensasjon for påført ekstraarbeid

I rapport 24. mars 2020 fra KWC fremgår:

Basert på prosjektregnskapet har vi beregnet merarbeid pr. fase. Dette er beregnet med utgangspunkt i medgått tid fratrukket måltid (budsjettert tid) pålagt 20 %. Påslaget på 20 % utgjør den eventuelle merfaktureringen som Infor kunne foreta med utgangspunkt i kontrakten. Påløpte timer utover dette nivået antas å være forårsaket av særlige utfordringer knyttet til prosjektet med FKA.

Budsjetterte timer for milepæl 1, 2 og 3 var 57 817. Med et påslag på 20 % utgjør dette 69 381 timer. Infor brukte totalt 169 892 timer på disse milepælene. Deler av milepæl 1 ble levert på færre timer enn budsjettert, og total overskridelse over 20 %-grensen utgjør 101 691 timer, se vedlegg 4.4 for detaljer. Infor har en intern

timekostnad for dette prosjektet på NOK 1 016. Dette er et gjennomsnitt av timene som er levert. Kostnadene forbundet med timer levert utover 20%-påslaget på budsjettert tid utgjør MNOK 103.

Infor har ikke tilstrekkelig detaljert timeføringshistorikk (en del av de påløpte timene knytter seg også til eksterne leverandører, dvs. andre konsultentselskaper) til at det kan gjøres en detaljert vurdering av hvilke timer som skyldes forhold på FKA sin side. Imidlertid viser timeføringshistorikken for prosjektet (jf. tabellen nedenfor) at en veldig stor del av det samlede timeforbruket, og følgelig også en stor del av merarbeidet, kan henføres til perioden august 2014 til og med oktober 2015; perioden det primært ble arbeidet med M3. Inca oppgir at dette timeforbruket er uvanlig høyt, og at det er «klare indikasjoner på at FKA ikke ville bidra med ressurser etter Kontraktens intensjon og behovet i prosjektet». Vi forstår dette slik at en betydelig del av merforbruket av tid skyldes forhold på FKA sin side.

Oppsummert er det altså støtte for at merforbruket primært er knyttet til M3, og at dette for en stor del skyldes forhold på FKA sin side. Det er likevel ikke mulig å fastsette dette nøyaktig basert på den informasjonen som er tilgjengelig. I vårt estimat har vi derfor valgt å kun se på merarbeid knyttet til M3 (97 361 timer). Basert på gjennomgang av Incas vurderinger er vårt inntrykk at merforbruket knyttet til M3 hovedsakelig skyldes forhold på FKA sin side. Hensyntatt den iboende usikkerheten har vi derfor skjønnsmessig anslått at 60 % av timepådraget for M3 (utover 20 %-terskelen) skyldes forhold på FKA sin side (selv om Incas vurderinger kan tas til inntekt for et høyere prosentvis anslag). Dette utgjør MNOK 59,4.

Infor har gjort gjeldende at tap knyttet til merarbeid kan kreves erstattet etter avtalen punkt 12.5, og at reklamasjonsbestemmelsen i avtalen punkt 12.1 tredje avsnitt ikke gjelder da det foreligger en forsettlig uberettiget hevning fra Felleskjøpets side. Infor anfører videre at budsjettoverskridelsen i sin helhet skyldes forhold på Felleskjøpets side, slik at tapet skal erstattes med kr 115 millioner, inkludert timer frem til januar 2016.

Felleskjøpet har bestridt kravet i sin helhet. Felleskjøpet anfører at dette arbeidet skyldes Infor manglende evne til å levere, at vitner har uttalt at Infor underestimerte prosjektet, at Infor hadde ansvaret for å disponere egne ressurser og at Infor mistet kontrollen.

Lagmannsretten bemerker at leverandøren etter avtalen punkt 12.5 «kan kreve erstattet ethvert direkte tap som med rimelighet kan tilbakeføres til misligholdet». Infor erstatningskrav for ekstraarbeid knytter seg her til manglende medvirkning fra Felleskjøpets side mens prosjektet pågikk og ikke til Felleskjøpets heving av avtalen, slik Infor anfører i forhold til bestemmelsen om reklamasjon i avtalen punkt 12.1 tredje avsnitt.

Det følger av rapporten fra KWC at «en veldig stor del av det samlede timeforbruket, og følgelig også en stor del av merarbeidet, kan henføres til perioden august 2014 til og med oktober 2015». Sammenholdt med Infors anførsel om at ekstraarbeidet i sin helhet skyldes forhold på Felleskjøpets side, skulle dette tilsi at et eventuelt mislighold av Felleskjøpets medvirkningsforpliktelser må ha pågått i lang tid før Infor tok opp disse problemene med Felleskjøpet på en tydelig måte.

En intern e-post 27. oktober 2015 fra Mitchell Lafrance viser at Infor ikke hadde prosjektet under kontroll:

Project not in control:

- why gaps arising now for finance and it takes weeks of work to understand what they are

- what dates missed in April and multiple other times

These things don't happen if a project is under control

Why do we have our list and fka list for status of solution items? This demonstrates we are not working together

Infor is burning 2m per month, and we will be at least 2.5 times our original costs.

That probably represents a 20m+ loss on this project, not including opportunity cost.

Nobody, including Infor and fka are at the level of productivity they should be, and before we continue to burn, we have to both get the project under control, otherwise we will continue to have these issues and continue to miss dates.

En intern e-post fra Mitchell Lafrance samme dag som møtet mellom partene 5. november 2015 fant sted, og hvor påløpte kostnader hos Infor ble presentert, viser at konsernledelsen i Felleskjøpet på dette tidspunkt ikke var informert om kostnadsoverskridelsene:

He expressed that my feedback was a bit surprise... he had no idea about the financials, nor did he know that things were not under control

Det fremgår verken av Infors presentasjon til møtet 5. november 2015, eller av Felleskjøpets referat fra møtet, at Infor i møtet hadde gitt uttrykk for at kostnadsoverskridelsene skyldtes manglende medvirkning fra Felleskjøpets side.

Lagmannsretten viser også til Infors gjentatte forsikringer om at forslaget om endringer av avtalens kommersielle vilkår ikke var noe krav fra Infors side. Etter lagmannsrettens syn viser også dette at Infor først etter at det oppsto tvist mellom partene, anførte at manglende medvirkning fra Felleskjøpets side utgjorde mislighold av avtalen.

Det følger av avtalen bilag 6 punkt 4.1 nr. 6, som er gjengitt ovenfor, at leverandøren skal melde fra dersom kunden ikke overholder sine frister og leveranser. Etter lagmannsrettens syn viser tidsnære bevis at Infor bare i noen få enkelttilfeller har påpekt manglende

medvirkning fra Fellekjøpets side, og hvor Infor i disse tilfellene ikke har anført at det forelå mislighold av avtalen fra Fellekjøpets side.

Reklamasjonsbestemmelsen i avtalen punkt 12.1 tredje avsnitt som lyder:

Leverandøren skal gi skriftlig meddelelse uten ugrunnet opphold etter at misligholdet er oppdaget eller burde vært oppdaget.

Lagmannsretten legger til grunn at Infor først etter at det oppsto tvist mellom partene i forbindelse med hevingen av avtalen, anførte at manglende medvirkning fra Fellekjøpets side utgjorde mislighold av avtalen. Etter lagmannsrettens syn har Infor derved reklamert for sent.

Det er derfor ikke nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på spørsmålet om Fellekjøpet eventuelt skal ha misligholdt sine medvirkningsforpliktelser etter avtalen, og om et slikt mislighold i så fall har vært årsak til merarbeid for Infor som kan kreves erstattet.

g) Overgår Infors sparte utgifter motkravet?

Fellekjøpet har gjort gjeldende at gjenværende kostnader for å fullføre prosjektet på minst kr 120 millioner iht. Infors presentasjon 5. november 2015, må trekkes fra Infors motkrav.

Lagmannsretten finner at beløpene i Infors presentasjon 5. november 2015 – hvor det fremgår at Infors totale kostnader for å fullføre prosjektet minst ville utgjøre USD 35 millioner, at det så langt hadde påløpt USD 21,2 millioner, og at det derved gjensto kostnader på til sammen USD 13,8 millioner – ikke kan legges til grunn. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor er det ved beregningen av Infors erstatningskrav for M1-M3 trukket fra gjenværende kostnader ved fullføringen av M3 på kr 20 000 000. For M4-M6 har Fellekjøpet ikke hatt noen innvendinger til Infors beregning av fortjenestetap på kr 1 000 000. I denne beregningen inngår kostnader på kr 41 711 000 ved fullføring av leveransen av M1-M4. Det er således allerede trukket fra kostnader på til sammen kr 61 711 000 for ferdigstillelsen av prosjektet. Etter lagmannsrettens syn er det ikke noen realisme i anslåtte kostnader for fullføringen av prosjektet på USD 13,8 millioner i presentasjonen 5. november 2015. Dette anslaget er heller ikke underbygget nærmere, og fremstår som et postulat.

h) Samlet erstatningskrav

Lagmannsretten fastsetter etter dette den samlede erstatningen til kr 84 533 873.

i) Forsinkelsesrenter

Erstatningskravet ble fremsatt i tilsvar til tingretten 15. oktober 2016. Det skal beregnes forsinkelsesrenter fra 14. november 2016, jf. forsinkelsesrenteloven § 2.

Sakskostnader

Infor har vunnet saken og har krav på full erstatning for sine sakskostnader for lagmannsretten av Felleskjøpet, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Sakens tyngdepunkt har ligget i spørsmålet om Felleskjøpets hevning av avtalen var rettmessig. Infor har krevd erstatning fastsatt etter rettens skjønn, men hvor kravet er spesifisert i flere poster. Infor har fått medhold i noen av postene, men ikke alle. Infor har etter dette fått medhold i det vesentlige. Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig helt eller delvis å fritta Felleskjøpet for erstatningsplikten, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Advokat Haugen har fremlagt sakskostnadsoppgave for lagmannsretten. Sakskostnadsoppgaven omfatter salær kr 66 150 266, utgifter til sakkyndige vitner kr 9 737 944 og diverse omkostninger kr 7 632 113, til sammen kr 83 520 323, alle beløp inkludert merverdiavgift.

Felleskjøpet har innsigelser til kostnadsoppgaven. Innsigelsene retter seg særlig mot det samlede salærkravet, men også mot noen av kostnadene.

Etter tvisteloven § 20-5 skal erstatning for sakskostnader «dekke alle partens nødvendige kostnader ved saken», og det skal ved vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, «legges vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem».

Advokat Haugen har i sakskostnadsoppgaven opplyst at salærutgiftene frem til ankeerklæringen 9. mars 2018 utgjør kr 1 410 700 basert på 339 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 4 161, frem til ankeforhandlingen 13. april 2021 kr 41 739 862 basert på 10 659 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 3 916 og frem til sakens avslutning for instansen kr 9 769 650 basert på 2 266 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 4 311, alle beløp eksklusiv merverdiavgift. Samlet salær eksklusiv merverdiavgift utgjør derved kr 52 920 222 basert på 13 264 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 3 990. Advokat Haugen var under hele ankeforhandlingen bistått av fire rettslige medhjelpere.

Til sammenligning utgjør ankemotpartens krav på erstatning for salær kr 16 646 412 eksklusiv merverdiavgift basert på 3 864 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 4 308.

Omfanget av den juridiske bistanden som kan aksepteres som nødvendig, må vurderes konkret. Ved denne vurderingen er sakens omfang, kompleksitet og økonomisk betydning

sentrale momenter. Tvisten utgjør et betydelig beløp og har dessuten betydning for Infors omdømme, særlig i det nordiske markedet. Saken har vært omfattende og i faktisk henseende til dels kompleks. Timeantallet, med en gjennomsnittlig timepris på nærmere kr 4 000, er imidlertid etter lagmannsrettens syn urimelig høyt. Lagmannsretten finner at kostnadsansvaret settes til kr 22 000 000 eksklusiv merverdiavgift, kr 27 500 000 inkludert merverdiavgift.

Uttrykket «nødvendige kostnader» omfatter ikke bare advokathonorarer, men også kostnader som parten har hatt i anledning saken, herunder kostnader til privatengasjerte sakkyndige.

Kostnadene til sakkyndige vitner, som også har utarbeidet ekspertrapporter, utgjør (inkludert merverdiavgift):

Deloitte	3 892 614
Inca Consulting	3 198 000
Bjørn Ivar Danielsen	2 063 330
KWC	584 000
Sum	9 737 944

Advokat Haugen har i prosesskriv 21. juni 2021 opplyst omfang og innhold i utført arbeid for Deloitte, Inca Consulting og Bjørn Ivar Danielsen.

a) Deloitte

Det er opplyst at arbeid utført av Deloitte har pågått siden mars 2018, og at Deloitte har bistått vedrørende beregning av Felleskjøpets krav på erstatning, informasjonsinnhenting, gjennomgang av bevismateriale og utarbeidelse av tapsrapport. Deloitte har videre vært engasjert som sakkyndig vitne innen ERP-prosjekter, og har i den forbindelse gjennomgått og analysert en stor mengde dokumentasjon med henblikk på å vurdere Felleskjøpets endringsledelse og prosjektgjennomføring.

Andreas Enger og Lennart Sjøgren avga sakkyndige vitneforklaringer for lagmannsretten.

Lagmannsretten har forståelse for at Infor har hatt behov for å foreta en grundig gjennomgang av Felleskjøpets krav på erstatning, hvor Felleskjøpet i tingretten ble tilkjent kr 288 millioner i erstatning. Det samme gjelder vurdering av Felleskjøpets endringsledelse og gjennomføring av ERP-prosjektet, som begge parter viet stor oppmerksomhet under ankeforhandlingen. Det er ikke opplyst hvor mange timer Deloitte har fakturert for sin bistand. Størrelsen på kravet tilsier imidlertid etter lagmannsrettens syn at dette arbeidet har vært unødvendig bredt lagt an, og lagmannsretten finner derfor å redusere kravet som skal erstattes skjønnsmessig til kr 2 000 000 inkludert merverdiavgift.

b) Inca Consulting

Det er opplyst at Inca Consulting også bisto Infor i forbindelse med behandlingen av saken for tingretten, og at oppdraget den gang var å benytte Inca Consultings erfaring fra ERP-prosjekter til å vurdere Prosjekt Forsprang. Inca Consulting utarbeidet i forbindelse med behandlingen for tingretten en ekspertvitnerapport 1. oktober 2018.

For lagmannsretten har Inca Consulting gjennomgått og analysert store mengder underlag og sammenfattet funnene i ekspertvitnerapport 17. mars 2020.

Christian Osther avga sakkyndig vitneforklaring for lagmannsretten.

Det er opplyst at Inca Consulting har fakturert 1 599 timer med en timepris på kr 2 000 inkludert merverdiavgift, til sammen kr 3 198 000.

Også her finner lagmannsretten at arbeidet har vært lagt unødvendig bredt an, og reduserer kravet som skal erstattes skjønnsmessig til kr 1 500 000 inkludert merverdiavgift.

c) Bjørn Ivar Danielsen

Det er opplyst at det er inngått oppdragsavtale med Bjørn Ivar Danielsen med slik beskrivelse:

Oppdraget består i å analysere årsaken til at implementering av ERP-systemet ikke fant sted, herunder å utrede forhold som kan gi grunnlag for å vurdere Infor og FKAs ansvar og risiko under kontrakten om levering av ERP-systemet. I denne forbindelse forventes følgende vurdert:

- Hva innebar Avtalen for ansvarsfordelingen?
- Hvordan partene har forholdt seg til Avtalen?
- Var det grunnlag for å kreve pause?
- Var heving en akseptabel fremgangsmåte?
- Har FKA vesentlig endret beskrivelsen av krav for FKAs nye prosjekt?
- Er det andre områder hvor forståelse av ERP-prosjekter og IT kan være viktig?

Arbeidet har bestått i gjennomgang av partenes avtale, tingrettens dom, dokumenter fra SharePoint, konfigurasjonsplaner, møtereferater, mv.

Bjørn Ivar Danielsen avga sakkyndig vitneforklaring for lagmannsretten.

Det er medgått 918 timer, med en timepris på kr 2 687,50 inkludert merverdiavgift, til sammen kr 2 467 125. Årsaken til at det i sakskostnadsoppgaven kun er oppgitt kr 2 063 330 er at alt arbeid ikke er fakturert.

Etter lagmannsrettens syn tilsier timeantallet og den samlede kostnaden at dette arbeidet har vært lagt unødvendig bredt an, og reduserer kravet som skal erstattes skjønnsmessig til kr 1 500 000 inkludert merverdiavgift.

d) KWC

Lagmannsretten finner at krav på erstatning til KWC, som gjelder beregning av Infor's krav på erstatning, kan legges til grunn med kr 584 000 inkludert merverdiavgift.

e) Samlede kostnader til sakkyndige vitner

Samlet erstatning for kostnader til sakkyndige vitner dekkes etter dette med kr 5 584 000 inkludert merverdiavgift.

Infor har krevd erstattet øvrige kostnader med til sammen kr 7 632 113 inkludert merverdiavgift, hvorav de største postene gjelder KLDDiscovery (verktøy for dokumentgjennomgang) med kr 3 367 060 og tolker/oversettelser med kr 1 943 860. Sett hen til omfanget av dokumentene i saken, og hvor Felleskjøpet under ankebehandlingen opplyste at fremlagte om lag 13 000 dokumentsider bare utgjør «toppen av isfjellet», finner lagmannsretten at både disse kostnadene og de øvrige kostnadene har vært «nødvendige kostnader», som skal erstattes.

Samlet kostnadsansvar for lagmannsretten settes etter dette til kr 40 716 113 inkludert merverdiavgift med tillegg av utgifter til tolking under ankeforhandlingen kr 354 144 og rettsgebyr kr 140 120, til sammen kr 41 210 377.

Lagmannsrettens resultat skal legges til grunn for avgjørelsen av sakskostnader for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Lagmannsretten finner at Infor skal tilkjennes fulle sakskostnader også for tingretten. Det foreligger etter lagmannsrettens syn ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig helt eller delvis å fritta Felleskjøpet for erstatningsplikten for tingretten, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Infor har for tingretten krevd erstattet sakskostnader med kr 13 592 495 inkludert merverdiavgift, herav salær til prosessfullmektig kr 11 952 100, kostnader til sakkyndig vitne kr 1 353 750 og øvrige kostnader kr 286 645.

Det fremgår av tingrettens rettsbok at Felleskjøpet har anført at det er brukt for mange timer av advokatene og at kostnadene til den sakkyndige vitneførselen ikke var nødvendig.

Sakskostnadsoppgaven fra Infors prosessfullmektig for tingretten viser at det er benyttet 3 569 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 3 349 inkludert merverdiavgift. Til sammenligning fremgår det av sakskostnadsoppgaven fra Felleskjøpets prosessfullmektig at det er beregnet 1 795 timer med en gjennomsnittlig timepris på kr 3 508 inkludert merverdiavgift, til sammen kr 6 297 500.

Sakens omfang – særlig sett hen til dokumentomfang, antall vitner og varighet av rettsforhandlingene – var vesentlig lavere i tingretten enn for lagmannsretten. Antall beregnede timer for Infors prosessfullmektig, som for tingretten representerte saksøkte, var omlag dobbelt så høyt som for Felleskjøpets prosessfullmektig. Selv om det erfaringsmessig vil være mer tidkrevende med en part som er hjemmehørende i utlandet, finner lagmannsretten at Infors krav på erstatning for salær til egen prosessfullmektig er for høyt også for tingretten, og at nødvendige kostnader skal erstattes skjønnsmessig med kr 8 000 000.

Lagmannsretten finner at kostnader til sakkyndig vitne fra Inca Consulting er nødvendige kostnader, og finner under tvil at kravet på kr 1 353 750 kan legges til grunn, sammen med øvrige kostnader på kr 286 645, til sammen kr 1 640 395.

Samlet kostnadsansvar for tingretten settes etter dette til kr 9 640 395 inkludert merverdiavgift, med tillegg av rettsgebyr for motsøksmål kr 5 125, til sammen kr 9 645 520.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen fireukersfristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd. Dette skyldes sakens omfang. Partene ble orientert om den forventede forsinkelsen ved avslutningen av ankeforhandlingen.

DOMSSLUTNING

Hovedsøksmålet:

Infor (Steinhausen) II GmbH frifinnes.

Motsøksmålet:

Felleskjøpet Agri SA betaler 84 533 873 –
åttifiremillionerfemhundreogtrettitretusenåttehundreogsyttitre – kroner til Infor
(Steinhausen) II GmbH med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 14. november
2016 til betaling skjer, innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

Sakskostnader

1. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Felleskjøpet Agri SA 41 210 377 –
førtienmillionertohundreogtitusentrehundreogsyttisyv – kroner til Infor
(Steinhausen) II GmbH innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
2. I sakskostnader for tingretten betaler Felleskjøpet Agri SA 9 645 520 –
nimillionersekshundreogførtifemtusenfemhundreogtyve – kroner til Infor
(Steinhausen) II GmbH innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

Terje Hoffmann

Bjørn Eirik Hansen

Tom Landt Urdahl

Dokument i samsvar med original.

Marit Einang (*elektronisk signert*)