

Land	Norge
Domstol	Borgarting lagmannsrett
Parter	Nxc AS mod Studieforbundet Folkeuniversitetet
Dato for afgørelse	20. januar 2014
Afgørelsestype	Dom og kendelse
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdata-basen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 117, 448
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik ophævelse af en programudviklingsaftale. Retten fandt, at der ikke var tilstrækkeligt bevis for, at der forelå væsentlig misligholdelse, hvorfor ophævelsen ikke var berettiget. Det blev tillagt vægt, at det var uklart, dels hvad parterne havde aftalt, dels om de anførte fejl var væsentlige mangler på leveringstidspunktet. Programmet blev demonstreret under ankeforhandlinger, hvor systemet fungerede tilfredsstillende. Derudover burde kunden dels have reklameret skriftligt uden ugrundet ophold, dels have givet leverandøren en rimelig frist til at afhjælpe manglerne. Ophævelsen var derfor uberettiget, og kunden blev pålagt at betale restbeløbet. Ved ophævelsen af udviklingsaftalen bortfaldt vedligeholdelsesaftalen. Leverandøren havde under sagen frafaldet kravet på erstatning under vedligeholdelsesaftalen, hvor retten ikke tog stilling hertil. Lagmannsretten stadfæstede derved tingretten.

Nøgleord: aftalefortolkning, uberettiget ophævelse, mundtlig forhandling, mangler, forsinkelse, bevisførelse, standpunktsrisiko, væsentlig misligholdelse, reklamationsfrist, afhjælpningsret

Denne dom er hentet fra Lovdata med Lovdatas tilladelse.

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

Videresalg af Lovdatas tjenester kræver særskilt aftale.



Borgarting lagmannsrett – Dom og kjennelse - LB-2012-95029

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom og kjennelse
Dato	2014-01-20
Publisert	LB-2012-95029
Stikkord	Kontraktsforhold. Avtaleloven.
Sammendrag	På grunn av uklare avtaleforhold og en utstrakt muntlig kontakt mellom partene var det ikke mulig å fastslå nøyaktig hva partene hadde avtalt og om vilkårene for å heve en avtale om dataleveranse forelå. Konkret vurdering.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2010-205666 – Borgarting lagmannsrett LB-2012-95029 (12-095029ASD-BORG/01). Anke til Høyesterett over dom ikke tillatt fremmet, HR-2014-958-U, anke vedr. sakskostnader nektet fremmet, HR-2014-960-U, anke over kjennelse nektet fremmet, HR-2014-961-U.
Parter	Nxc AS (advokat Kirill Miazine og advokat Knut Glad) mot Studieforbundet Folkeuniversitetet (advokat Thor Tidemann Bjønnes).
Forfatter	Lagdommer Dag A. Minsaas, lagdommer Elizabeth Baumann, tilkalt dommer sorenskriver Rolf Ytrehus. Meddommere: Simen Bakken og Lars Preben Sørsdahl.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett – Dom og kjennelse - LB-2012-95029.....	1
Innholdsfortegnelse.....	2
Den ankende part, NXC AS, har i hovedtrekk anført:.....	3
Ankemotparten, Studieforbundet Folkeuniversitetet, har i hovedtrekk anført:.....	5
Lagmannsretten er kommet til at anken delvis må føre frem og bemerker:.....	7

Saken gjelder krav om heving av en avtale om dataleveranse.

Studieforbundet Folkeuniversitetet (Folkeuniversitetet), inngikk 16. november 2009 en programutviklingsavtale (oppdragsavtalen) med NXC AS (NXC). Ifølge punkt 1.1 gjaldt avtalen levering av tjenester knyttet til utrednings- og utviklingsoppgaver fra NXC hvor NXC skulle levere og være ansvarlig for et selvstendig sluttresultat. Tidligere, 15. oktober 2009, hadde partene inngått en support- og vedlikeholdsavtale (vedlikeholdsavtalen). Denne skulle tre i kraft når systemet var operativt. Programmet skulle leveres ferdig i uke 51 i 2009. Estimert kontraktspris var 550 000 kroner inkludert merverdiavgift fordelt på til sammen 375 timer. Forbrukte timer ble løpende fakturert hver måned.

Det oppstod forsinkelser i prosjektet. Websidene ble lansert internt hos Folkeuniversitetet 20. mars 2010. Deretter ble systemet utprøvd frem til det ble lansert offentlig og tatt i bruk 3. mai samme år. Systemet fungerte fortsatt ikke i samsvar med Folkeuniversitetets forventninger. 16. juni stengte Folkeuniversitetet serveren og valgte å gå tilbake til de gamle websidene. Etter dette har de nye nettsidene ikke vært i bruk.

Advokat Thor Tidemann Bjønnes sendte hevingsvarsel på vegne av Folkeuniversitetet i brev av 9. september 2010. Han anførte at fritekstsøket ikke fungerte tilfredsstillende. Kundene fant ikke de kursene som de søkte etter, søkene tok for lang tid, og søkefunksjonen var ustabil. Folkeuniversitetet mistet kunder og tapte inntekter. Samtidig satte han frist til 1. oktober 2010 med å bringe forholdet i orden. NXC bestred at hevingsvilkårene forelå, men sa seg villig til å utføre noen av arbeidene under den forutsetning at Folkeuniversitetet gjorde opp de ubetalte fakturaene. Videre forhandlinger var resultatløse, hvorefter Folkeuniversitetet hevet avtalen i brev av 16. november 2010.

Partene kom ikke til enighet om sluttoppgjøret. Ved stevning av 23. desember 2010 til Oslo tingrett reiste Folkeuniversitetet søksmål mot NXC med krav om tilbakebetaling av det vederlaget som var betalt, 1 223 347,50 kroner. NXC reiste motsøksmål med krav om betaling av de gjenstående fakturaene, 1 380 912,50 kroner, og for det som det mente å ha krav på etter vederlagsavtalen, 332 150 kroner. Renter tillegges samtlige beløp.

Oslo tingrett avsa 14. mars 2012 dom med slik domsslutning:

I hovedsaken:

NXC AS frifinnes.

I motkravet:

Studieforbundet Folkeuniversitetet frifinnes.

I begge tilfelle:

Sakskostnader tilkjennes ikke.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

NXC AS har anket dommen for så vidt gjelder avgjørelsen av motkravet til Borgarting lagmannsrett. Folkeuniversitetet har erklært avledet anke over avgjørelsen av hovedkravet. Ankeforhandling er holdt 3. – 5. desember 2013 i Borgarting lagmannsretts rettslokaler i Oslo. For NXC møtte styrets formann, Yngve Tvedt. For Folkeuniversitetet møtte generalsekretær Alfredo de la Nuez og IKT-rådgiver Espen Holm, jfr. tvisteloven § 24-6 andre ledd. Det ble i tillegg avhørt åtte vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part, NXC AS, har i hovedtrekk anført:

NXC gjør gjeldende motkrav for utestående fakturaer på til sammen 1 501 915 kroner, og vederlag etter vedlikeholdsavtalen, 305 463 kroner. Begge beløp er inkludert renter pr. 5. desember 2013.

Kravet etter oppdragsavtalen gjelder arbeid som er utført, men som ikke er betalt. I samsvar med avtalen fakturerte NXC etter medgått tid, jfr. oppdragsavtalen punkt 6.1 og bilag 5 til avtalen. Et estimat er ikke et bindende prislofte, jfr. LF-1993-8 og LB-2003-3116. Regionrektor Janneke Johansens forutsetning om at 945

755 kroner med tillegg av merverdiavgift skulle være en totalsum for prosjektet, jfr. hennes e-post av 25. november 2009 som er gjengitt i tingrettens dom på side 4, endrer ikke dette. NXC har aldri vedtatt noen slik totalsum, den er bestridt av prosjektleder Kaare Trædal, og en slik forutsetning ville uansett kun gjelde til 1. januar 2010. At arbeidet faktisk er blitt utført, er aldri blitt bestridt.

At arbeidet ble mer omfattende enn hva som var estimert, skyldes ikke forhold på NXC's side. Ingen av partene forholdt seg til avtalens bestemmelser om den fremgangsmåten som skulle følges ved endringer og tilleggsarbeider. Dette medfører imidlertid ikke at andre fremgangsmåter ikke kan avtales. Overskridelsene skyldes endrings- og tilleggsarbeider som Folkeuniversitetet hadde bestilt, eller de var iallfall akseptert eller underforstått av Folkeuniversitetet. Det har for øvrig formodningen mot seg at NXC ville påta seg så omfattende arbeider uten at dette var avtalt, sml. LB-2001-3116. For øvrig var en ikke uvesentlig årsak til forsinkelsene og de høye kostnadene å finne i Folkeuniversitetets dårlige styring og koordinering av prosjektet, sml. LB-2003-19361. Janneke Johansen hadde spredt arbeidsoppgavene, de ansvarlige for prosjektet befant seg på lang geografisk avstand fra hverandre, og de forholdt seg ikke til kontrakten annet enn når NXC overskred estimatet. At Digikom, som overtok oppdraget etter NXC, brukte vesentlig kortere tid på å ferdigstille prosjektet, er uten bevisverdi. Digikom var den tidligere leverandøren av datatjenester til Folkeuniversitetet, og de bygget på sitt tidligere arbeid. Her forklarte Folkeuniversitetet feilaktig at Digikom var en ny leverandør.

Folkeuniversitetet fikk tilstrekkelig varsel om forsinkelsene og overskridelsene. NXC informerte både skriftlig og muntlig om hvor langt arbeidet var kommet, og at beløpet ville overskride det estimerte, jfr. eksempelvis Kaare Trædals e-post av 24. januar 2010 der han blant annet opplyste at det fremdeles gjestod 68 000 kroner som ikke var fakturert i henhold til kontrakten. Folkeuniversitetet mottok dessuten løpende fakturaer med detaljert arbeidsbeskrivelse i form av fakturagrunnlag, noe som i seg selv må være tilstrekkelig varsel, jfr. LB-2003-19361. I tillegg hadde Folkeuniversitetet tilgang til NXC's prosjektstyringsverktøy JIRA der gjestående oppgaver og logger over utført arbeid er beskrevet. Kravet til skriftlig varsel etter oppdragsavtalen punkt 6.1 fjerde ledd gjelder overskridelser av estimatet knyttet til avtalt arbeid, ikke når overskridelsen skyldes tilleggs- og endringsarbeider som her.

Plikten til å varsle følger av det lojalitetskrav som påhviler begge parter i en avtale. Likevel hevet Folkeuniversitetet avtalen uten annet varsel enn å unnlate å betale enkelte av fakturaene. Grunnlaget for fakturaene er aldri blitt bestridt, og Folkeuniversitetet ba aldri NXC om å stanse arbeidet. 16. juni 2010 ble NXC utestengt fra serveren, men først i brev av 9. september sendte Folkeuniversitetet et hevningsvarsel. Folkeuniversitetet er da uberettiget til i ettertid å fremsette innsigelser mot de samme fakturaene, jfr. LB-2003-19361. NXC oppfatter Folkeuniversitetets handlemåte som et forsøk på å unndra seg NXC's berettigede krav.

Folkeuniversitetet har ingen rett til å kreve reduksjon i NXC's krav. Kravet er ikke urimelig. Estimater gjaldt fire ukers arbeid, eller cirka 100 000 kroner pr. uke før mva. NXC ytet konsulentbistand, og den er kontraktsmessig levert i samsvar med bilagene 1 og 5 til oppdragsavtalen. Når avtalen er hevet, er det for sent å kreve reduksjon i NXC's krav. Uberettiget heving er et selvstendig ansvarsgrunnlag, jfr. Viggo Hagstrøm: Obligasjonsrett (2. utgave) sidene 462-464.

Partene har også inngått en treårig kontrakt om vedlikehold og support av eZ Publish med et avtalt årlig vederlag. Avtalen ble etter sin ordlyd operativ fra lanseringen, det vil si 3. mai 2010 da websidene ble lansert offentlig. Dermed har NXC krav på vederlag for tre år. NXC krever likevel ikke erstatning for det tredje året. Kravet etter vedlikeholdsavtalen utgjør 305 463 kroner, inkludert renter pr. 5. desember 2013.

Folkeuniversitetets avledede anke gjelder hovedkravet som er et krav om tilbakebetaling av det vederlaget som er betalt. Mot dette restitusjonskravet anføres at vilkårene for heving ikke er oppfylt etter oppdragsavtalens punkt 8.5.4, både av formelle grunner og fordi det ikke foreligger noe vesentlig mislighold.

NXC har ikke misligholdt oppdragsavtalen. Det forelå iallfall ingen vesentlig mangel som berettiget Folkeuniversitetet til å heve den. NXC bestrider at det var alvorlige feil ved søkefunksjonen og treghet i systemet, som Folkeuniversitetet påberopte seg. Folkeuniversitetets anførsler er grunnløse. Manglende tillit til NXC, som også ble anført, er ingen hevingsgrunn. Fritekstsøket fungerte slik det ble vist under ankeforhandlingen. Problemene oppstod kun ved søk etter ordet «søm», men dette ville det ha vært enkelt å rette opp. Ellers fungerte søket greit, bortsett fra at søk etter kurs i Haugesund ga utslag i Spania. Dette skyldtes imidlertid feil i det datagrunnlaget som Folkeuniversitetet leverte. Folkeuniversitetet er avskåret fra senere å påberope seg andre mangler enn dem som ble anført i hevingserklæringen, jfr. Hagstrøm side 464-465.

Subsidiært anføres at hevingen ikke får virkning bakover i tid, men kun fremover. Folkeuniversitetet skal betale for ytelser som var kontraktsmessig levert før hevingstidspunktet i den utstrekning disse ytelsene kunne vært benyttet som forutsatt, jfr. oppdragsavtalen punkt 8.5.4 tredje ledd. Det samme følger av hovedregelen for heving av konsulentoppdrag, jfr. Hagstrøm side 454-455. Søkefunksjonen var ikke uten nytteverdi for Folkeuniversitetet. Det valgte å lansere programmet offentlig, og mer enn 600 påmeldinger til forskjellige kurs kom inn i løpet av den tiden programmet var i bruk, i en tid som blir ansett for å være lavsesong. Det bestrides at leveransen måtte utvikles på nytt. Digikom brukte sitt gamle system, jfr. opplysningen om dette i sluttinnlegget. Folkeuniversitetet kan da ikke kreve det betalte vederlaget tilbakebetalt.

Folkeuniversitetet har ikke forholdt seg til oppdragsavtalens fremgangsmåte ved heving. Da Folkeuniversitetet var blitt klar over misligholdet, skulle det ha reklamert skriftlig uten ugrunnet opphold, og NXC skulle ha fått en rimelig frist til å bringe forholdet i orden, jfr. punkt 8.1 sammenholdt med punkt 8.5.4. Isteden ble NXC utestengt, noe som skjedde 16. juni 2010. Alt tyder på at Folkeuniversitetet allerede da hadde bestemt seg for å heve, og at det senere tilbudet om å tillate utbedring var uten realitet. Først 9. september ble hevingsvarsel sendt. Da hadde Digikom allerede overtatt prosjektet.

Kravet om prisavslag er nytt for lagmannsretten, og det er fremsatt for sent. Det måtte senest ha vært krevet ved hevingen. Subsidiært er vilkårene for å kreve prisavslag ikke oppfylt. Atter subsidiært kan ikke avslaget tilsvare full tilbakebetaling av det vederlaget som er mottatt.

En heving av avtalen medfører ikke at de andre avtalene mellom partene bortfaller på grunnlag av bristende forutsetninger, jfr. Hagstrøm side 260 ff. med videre henvisninger. Uansett faller avtalene bort kun med virkning fremover i tid.

Avtaleloven § 36 får ikke anvendelse i et tilfelle som dette. Det foreligger ingen urimelighet som bør rettes opp. Avtalene er oppfylt, og begge partene er profesjonelle.

NXC AS har nedlagt slik påstand:

1. Studieforbundet Folkeuniversitetet dømmes til å betale til NXC AS kr 1.807.378,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente beregnet fra to uker fra forkynnelse av dommen til betalingstidspunktet.
2. Studieforbundet Folkeuniversitetets anke forkastes.
3. NXC AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, Studieforbundet Folkeuniversitetet, har i hovedtrekk anført:

Saken står i samme stilling for lagmannsretten som for tingretten. Hovedspørsmålet er fortsatt om det foreligger en forfeilet levering av et IT-produkt.

I 2009 hadde Folkeuniversitetet behov for en ny løsning av sine websider. Anbuds-invitasjon ble sendt ut, og firmaet Gazette fikk oppdraget med å designe siden. NXC fikk oppgaven med å implementere designet. Gazette hadde ikke noe overordnet ansvar i prosjektet. I juli 2009 viste det seg at malene ikke var gode nok, og Gazette forlot prosjektet. Folkeuniversitetet og NXC fortsatte deretter samarbeidet utover høsten. Oppdragsavtalen er en fortsettelse av implementeringsavtalen fra sommeren 2009. Den er en totalløsning der NXC hadde påtatt seg en resultatforpliktelse med funksjonskrav, jfr. oppdragsavtalens punkt 1.1. Dette innebærer en forpliktelse til å levere et ferdig produkt til avtalt tid og pris. Forpliktelsen bestod ikke i å levere et antall timer.

Det var av vesentlig betydning for Folkeuniversitetet at søkeprogrammet skulle gjøre det enkelt for kunden å foreta kurssøk utover Folkeuniversitets enkeltavdelinger. Kunden skulle ikke bare få opp kurstilbud i vedkommendes hjemkommune, men også få opp kurs som ble arrangert i nabokommunene. Hvis et kurs ikke ble tilbudt i søkerens hjemfylke, skulle programmet vise hvor i landet disse ble tilbudt. Programmet skulle melde kurspåmeldinger tilbake til kunden og til Folkeuniversitetets administrasjonsprogram, Mysoft. Fritekstsøk og geografiske søk var vesentlige suksessfaktorer. Programmet måtte vise alle relevante kurs og fungere uten forsinkelser. Ellers ville det ikke skape noe mersalg. NXC valgte å løse oppdraget ved å benytte eZ Find som søkemotor for å kunne filtrere i søkeresultatet på kurs. Resultatet ville da bli sortert i forhold til innholdstyper i eZ Publish ifølge bilag 2 punkt 3.2 til oppdragsavtalen. Skulle det legges begrensninger på dette, måtte NXC ha tatt forbehold om det.

NXCs leveranse led av vesentlige mangler. Totalløsningen var ikke tilstrekkelig egnet til formålet. Til tross for en meget langvarig utbedringsperiode var alle utbedringsforsøk resultatløse. Hvis NXC ikke så seg i stand til å levere i samsvar med Folkeuniversitetets ønsker, skulle det ikke ha inngitt tilbud, jfr. Olav Torvund: Kontraktsregulering – IT-kontrakter side 195 ff. og Oslo tingretts dom av 26. november 2010.

Prosjektet ble innledet i juni 2009. Arbeidet skulle således ha vært tilnærmet fullført da oppdragsavtalen ble undertegnet. I mai 2010 pågikk fremdeles utviklingen av produktet. Da prosjektet ble stanset i juni 2010, var estimatet overskredet med 679 timer. NXC varslet aldri om så store overskridelser. Likevel lyktes det aldri å få søkefunksjonen til å fungere tilfredsstillende. Systemet fungerte tregt, det var ustabilt, og flere kurs fantes ikke i søkene. Problemene fortsatte etter at websidene var blitt offentlig lansert 3. mai. Folkeuniversitetet mottok en jevn strøm av klager. I begynnelsen av mai kunne det ta opp til 60 sekunder å gjennomføre et søk. Espen Holm prøvde forgjeves å rette problemene. 16. juni 2010 kulminerte det da kurstilbudene i Oslo ikke kom opp i det hele tatt hvis søket ble stedsbegrenset. Ingen av tilbudene under yrke og utdanning ga resultater. Det var kun 648 påmeldinger i løpet av den tiden systemet var i drift, noe som tilsvarer 4927 påmeldinger i løpet av ett år. Folkeuniversitetet fryktet inntektstap og så seg derfor seg tvunget til å stenge websidene og gå tilbake til det tidligere søkeprogrammet. Demonstrasjonen av programmet under ankeforhandlingen er ikke et avgjørende bevis for at leveransen ikke var mangelfull. Programmet virket som det kan forventes under en demonstrasjon, men tregheten var fortsatt der.

Manglene skyldes NXCs forhold. Før avtalen ble inngått i november 2009, hadde NXC vært med på utviklingen av et dataprogram i Voksenopplæringsforbundet. De hadde mottatt anbudsinvitasjonen fra Folkeuniversitetet, deltatt i det opprinnelige designarbeidet og selv videreutviklet designet og ført en utstrakt og fortløpende dialog med Folkeuniversitetet. NXC hadde også full kjennskap til Folkeuniversitetets organisasjon, hvilke egenskaper ved søkeprogrammet som var ønsket og full mulighet til å skaffe ytterligere informasjon hvis det trengtes. Det er ikke dokumentert at vanskelighetene skyldes xml-filen. Espen Holm var trygg på denne filen, som virket på andre systemer. Den hadde bare noen små feil som Holm ordnet i løpet av en times tid. Digikom hadde ingen problemer med å benytte filen i sin løsning, og NXC hadde like god kjennskap til xml-filen som Digikom hadde. NXC tok ingen forbehold om feil ved denne filen.

NXC fikk anledning til å rette feilene. Utestengingen fra Folkeuniversitetets produksjonsserver avskar ikke NXC fra mulighetene til å foreta rettingene. De hadde sin egen utviklingsserver som kunne benyttes til dette. Dessuten påtok NXC seg ikke å utbedre alle feil. De påtok seg kun noe rettingsarbeid, og da under den forutsetning at alle tilsendte fakturaer ble betalt. Ellers viser Folkeuniversitetet til tingrettens dom for dette spørsmålets del.

For Folkeuniversitetet er det uklart hva NXC mener med sin anførsel om at hevingen er varslet for sent. Dette er ikke anført tidligere, og anførselen må derfor avskjæres. Uansett er det ikke grunnlag for en slik argumentasjon ettersom reklamasjonene har skjedd fortløpende.

Når oppdragsavtalen er vesentlig misligholdt, har Folkeuniversitetet rett til å heve den. . Folkeuniversitetet har liten eller ingen nytte av det leverte, og vederlaget kan da kreves tilbakebetalt, bortsett fra vederlaget for de 15-20 timene som er akseptert, jfr. oppdragsavtalens punkt 8.5.3. eZ Publish og eZ Find var lite egnet for formålet.

Digikom brukte derfor sine egne løsninger, noe som er billigere enn å bygge videre på NXCs arbeid.

Subsidiært krever Folkeuniversitetet prisavslag, jfr. oppdragsavtalen punkt 8.5.3. Tross gjentatte forsøk lyktes det ikke for NXC å avhjelpe manglene. Prisavslaget skal beregnes som differansen mellom leveransens verdi med og uten mangelen. I dette tilfellet må verdien av det leverte settes til null. Prisavslag trenger ikke varsel. For øvrig ble varsel gitt sammen med hevingsvarselet. Det har hele tiden vært en pågående prosess slik at retten til prisavslag ikke er tapt.

Sammenhengen mellom avtalene medfører at de andre avtalene faller bort etter reglene om bristende forutsetninger, jfr. Rt-2005-392 og RG-1994-1059. Det er de samme partene og den samme leveransen. Folkeuniversitetet anså avtalene som en totalleveranse, og NXC anså oppdragsavtalen som avslutningen av en prosess.

Subsidiært anføres at disse andre avtalene må falle bort etter avtaleloven § 36. Det vil være åpenbart urimelig om de fortsatt skulle gjelde etter at oppdragsavtalene er hevet.

NXC har i motsøksmålet krevet 994 000 kroner med tillegg av renter som tilsvarer 679 timer. Av dette er 21,5 timer akseptert. Prinsipalt anføres at ethvert ytterligere krav på vederlag er bortfalt som følge av at oppdragsavtalen er vesentlig misligholdt.

Folkeuniversitetet har aldri akseptert å betale for endrings- eller tilleggsarbeider. Diskusjonen rundt årsskiftet 2009/2010 gjaldt hvilke arbeider som gjenstod for å få et ferdig produkt, diskusjonen gjaldt ikke om dette var å anse som ekstraarbeid. Den avtalefestede fremgangsmåten ved endringer er ikke fulgt, se avtalens punkt 2.1. NXC har ikke dokumentert at overskridelsene likevel er akseptert som endrings- eller tilleggsarbeider.

Subsidiært anføres at NXC ikke varslet skriftlig om overskridelsene som foreskrevet i oppdragsavtalen punkt 6.1 tredje ledd og 8.2. Noen form for varsel er ikke dokumentert, hverken i skriftlig eller muntlig form. Kaare Trædal varslet riktignok i e-post av 24. januar 2010 at det ville medgå noen ekstra timer, men ikke hvor mange. JIRA-programmet var ukjent for Folkeuniversitetet, og Espen Holm var ikke med i prosjektet på annen måte enn xml-filen. Kommunikasjonen foregikk ikke i JIRA, men i møter, via e-post og telefonsamtaler. Folkeuniversitetet har uansett ikke akseptert å bli varslet gjennom JIRA. NXC har ikke vist lojal opptreden overfor Folkeuniversitetet ved uten varsel å kreve mer enn én million kroner i betaling for tilleggsarbeider, jfr. oppdragsavtalen pkt. 3.1 andre ledd.

Atter subsidiært anføres at Folkeuniversitetet anså endrings-/tilleggsarbeidene som inkludert i kontrakten. Trædal jobbet ekstra mye med xml-filen. I november var arbeidet nærmest avsluttet. De gjenværende oppgavene var små.

Folkeuniversitetet bestrider at NXC har krav på vederlag etter vedlikeholdsavtalen. Vedlikeholdsavtalen har falt bort fordi oppdragsavtalen er opphørt. Uansett er vederlaget for det første året betalt.

Studieforbundet Folkeuniversitetet har nedlagt denne påstand:

Ad anken:

1. Anken forkastes.
2. NXC AS dømmes til å betale Studieforbundet Folkeuniversitetets saksomkostninger for lagmannsrett fastsatt etter rettens skjønn.

Ad avledet anke:

1. NXC dømmes til å betale et beløp fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr 1 131 437 til Studieforbundet Folkeuniversitetet med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 30. november 2010 til betaling skjer.
2. NXC AS dømmes til å betale Studieforbundet Folkeuniversitetets saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett fastsatt etter rettens skjønn.

Lagmannsretten er kommet til at anken delvis må føre frem og bemerker:

NXC har misligholdt oppdragsavtalen hvis ytelsen ikke er i samsvar med de funksjoner, krav og frister som er avtalt. Det foreligger også mislighold dersom NXC ikke oppfyller øvrige plikter etter avtalen. Det foreligger likevel ikke mislighold hvis situasjonen skyldes Folkeuniversitetets forhold, jfr. oppdragsavtalen punkt 8.1. første og andre ledd. Dersom det foreligger vesentlig mislighold, kan Folkeuniversitetet etter å ha gitt NXC skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve avtalen, jfr. punkt 8.5.4 første ledd.

Folkeuniversitetet har ikke påberopt forsinkelsen som hevingsgrunn. Spørsmålet er derfor om ytelsen er i samsvar med de funksjoner og krav som er avtalt, eller om fritekstsøket ikke fungerte tilfredsstillende, med den følge at kundene ikke fant de kursene som de søkte etter, at søkene tok for lang tid og at søkefunksjonen var ustabil, som det er anført i hevingsvarselet. Folkeuniversitetet hevet avtalen og må bevise at de anførte hevingsgrunnene var til stede. Etter lagmannsrettens oppfatning er det ikke ført tilstrekkelig bevis for at hevingsgrunnene foreligger. Dette henger sammen med uklarhet i hva som var avtalt, og om funksjonsfeilene var så alvorlige at de må bedømmes som vesentlig mangler ved leveransen.

Oppdragsavtalen er etter ordlyden en prosjektavtale der NXC var ansvarlig for et selvstendig sluttresultat. Kravspesifikasjonene fulgte av avtalen med bilag og kravspesifikasjonen i anbudsinnbydelsen. Om det

foreligger en mangel ved leveransen, må da avgjøres etter kravspesifikasjonen. Leveransen ble i utgangspunktet også organisert som et prosjekt. Det var en definert prosjektleder hos Folkeuniversitetet, overordnede krav ble fastsatt og anbud ble sendt ut. NXC og Gazette ble valgt for å lage en løsning basert på eZ Publish.

En kravspesifikasjon for et produkt som i vår sak må imidlertid bli omfattende og detaljert. Den må inneholde alle detaljer som skal til for at leverandøren kan lage produktet. Isteden ble kravspesifikasjonen en punktliste over overordnede ønsker, den var lite konkret, og den inneholder ingen målbare kriterier. NXC's løsningsbeskrivelse ble derfor tilsvarende upresis. Om funksjoner og krav er i samsvar med kontrakten, beror derfor i vid utstrekning på et skjønn der det kan være rom for ulike oppfatninger.

I praksis ser det ut til at avtalen fungerte som en avtale om konsulentbistand. Det ble ikke gitt noen fastpris, kun et estimat over timebruk og pris, basert på upresise krav. Funksjonaliteten ble lagt til etter kundens prioriteringer. Folkeuniversitetet måtte derfor kontinuerlig delta i utviklingsprosessen, og det måtte være med på prioritering og planlegging av hvilken funksjonalitet som skulle på plass først. Prisestimatet på 550 000 kroner synes dessuten å være en lav pris for en spesialtilpasset webløsning med relativt avansert søkefunksjonalitet og integrasjon mot Folkeuniversitetets eget kurs-administrasjonssystem. Summen høres derimot realistisk ut for installasjon og konfigurasjon av ferdig «hyllevare»-komponenter. Det er iallfall lite sannsynlig at NXC ville utføre nærmere dobbelt så mange timer som estimert i oppdragsavtalen uten å ta betalt for arbeidet. Det var en omfattende kontakt mellom partene, hovedsakelig muntlig. Hva som nærmere kan ha blitt avtalt under den videre prosessen, er det ikke mulig å si noe sikkert om.

For øvrig er det uklart om de anførte funksjonsfeil var en vesentlig mangel ved leveransen. Lagmannsretten må legge til grunn at programmet fungerte, om enn ikke helt i samsvar med Folkeuniversitetets forventninger. Programmet hadde gjennomgått en lengre intern testperiode fra 30. mars til det ble lansert offentlig 3. mai 2010. Lagmannsretten må anta at vesentlige mangler mest sannsynlig ville ha vist seg i løpet av en såpass langvarig testperiode, og at websidene ikke ville blitt lansert offentlig før manglene var avhjulpet. I løpet av de seks ukene systemet var i funksjon, meldte det seg ifølge Folkeuniversitetet over 648 søkere i det som betegnes som lavsesong. Programmet ble også demonstrert under ankeforhandlingen. Lagmannsretten kunne ikke se annet enn at det fungerte tilfredsstillende under demonstrasjonen, bortsett fra at det oppstod problemer når søkeordet «søm» ble benyttet.

Ansvar for problemene med søkefunksjonen kan ikke uten videre tillegges NXC alene. I den utstrekning feilene skyldes forhold på Folkeuniversitetets side, foreligger det ikke mislighold, jfr. oppdragsavtalen punkt 8.1. andre ledd. For å fullføre prosjektet var NXC avhengig av bistand fra Folkeuniversitetet. Problemene ser ut til å ha vært resultat av uklare og endrede krav. Tilsynelatende er det innlysende at hvis man søker på «engelsk», skal alle engelskkurs vises på skjermen. Virkeligheten er imidlertid annerledes. Grunnlagsdata samt hvordan søkemotoren skal prioritere de forskjellige delene av dataene, automatisk retting av skrivefeil og relevansanalyse er bare noen av de aspektene man må ta stilling til. «Søk» er et en stor kategori, ikke et enkelt målbart krav til løsningen.

Etter en samlet vurdering må lagmannsretten legge til grunn at det ikke foreligger tilstrekkelig bevis for at leveransen led av vesentlige mangler. NXC skal da tilkjennes 1 501 915 kroner inkludert renter i samsvar med de gjestående og ubetalte fakturaene etter oppdragsavtalen. Tilsvarende har ikke Folkeuniversitetet krav på tilbakebetaling av ytt vederlag.

Hevingsadgangen er også avskåret fordi bestemmelsene i oppdragsavtalen om fremgangsmåten ved heving ikke er fulgt. Hvis Folkeuniversitetet ønsket å påberope seg misligholdet, måtte det ha reklamert skriftlig uten ugrunnet opphold etter at misligholdet var eller burde vært oppdaget, jfr. oppdragsavtalen punkt 8.1. tredje ledd. Hvis Folkeuniversitetet ville påberope seg mangelen som grunnlag for heving, skulle det ha gitt NXC skriftlig varsel og rimelig frist til å avhjelpe forholdet, jfr. punkt 8.5.4 første ledd. Misligholdet var konstatert senest 16. juni 2010 da NXC ble utestengt fra serveren. Varsel i samsvar med punkt 8.5.4 ble først sendt 9. september samme år. ifølge vitnet Fredrik Wikeby var Digikom da allerede faktisk i gang med å fullføre prosjektet.

Når det så gjelder kravet om prisavslag, er det å bemerke at Folkeuniversitetet ikke fremsatte dette kravet for tingretten, og NXC har motsatt seg at kravet behandles i lagmannsretten. Lagmannsretten er enig i at prisavslagskravet står i sammenheng med hevingskravet for så vidt de bygger på de samme anførte manglene ved leveringen. Rettsgrunnlagene og beregningen av kravene er likevel forskjellige, og det har ikke vært bevisførsel omkring størrelsen på et eventuelt prisavslag. Lagmannsretten er derfor kommet til at den avledete

anken må avvises for så vidt gjelder kravet om prisavslag, jfr. tvisteloven § 29-4 første ledd og andre ledd bokstavene c) og d).

Lagmannsretten er enig med tingretten i at vedlikeholdsavtalen må anses bortfalt når oppdragsavtalen heves. En forutsetning for å kunne kreve betaling, er at det skal utføres vedlikeholdsarbeid. For øvrig vises til tingrettens domsgrunner på dette punktet. NXC har frafalt erstatningskravet under ankeforhandlingen.

Lagmannsretten kan heller ikke se at vilkårene for å revidere avtalen etter avtaleloven § 36 foreligger. Begge parter er profesjonelle næringsdrivende.

Det gjenstår for lagmannsretten å avgjøre spørsmålet om hvem som skal dekke saksomkostningene. NXC har ikke fått medhold i sitt krav etter vedlikeholdsavtalen, som i anken utgjorde 363 837 kroner. De har derfor ikke fått medhold fullt ut eller i det vesentlige. Saksomkostninger tilkjennes derfor ikke etter tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. NXC må sies å ha fått medhold av betydning uten å vinne saken. Lagmannsretten kan likevel ikke se at det er grunnlag for helt eller delvis å tilkjenne saksomkostninger etter tvisteloven § 20-3. Begge parter har medvirket til å gjøre avtalegrunnlaget uklart, og begge har avslått hverandres forlikstilbud. De samme grunner tilsier at det heller ikke gjøres endringer i tingrettens omkostningsavgjørelse.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning

- 1. Studieforbundet Folkeuniversitetet betaler innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse 1.501.915 – énmillionfemhundreoettusennihundreogfemten – kroner til NXC AS tillagt rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall til betaling skjer.*
- 2. Den avledede anken avvises for så vidt gjelder kravet om prisavslag, for øvrig forkastes anken.*
- 3. Saksomkostninger tilkjennes ikke, hverken for tingretten eller for lagmannsretten.*