

Land	Norge
Domstol	Oslo tingrett
Parter	Sparebank 1 Fondsforsikring AS og Sparebank 1 Livsforsikring AS mod Capgemini Norge AS
Dato for afgørelse	11. december 2006
Afgørelsestype	Dom
Status	Anket (stadfæstet)
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 115
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik, hvorvidt parterne havde indgået en bindende fastprisaftale på et udviklingsprojekt. Kunden hævdede, at dette var tilfældet, og da leverandøren bestred det. Kunden hævdede aftalen og krævede erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse. Leverandøren bestred påstand om misligholdelse, og krævede betaling for arbejdet udført i forbindelse med et forprojekt. Retten fandt, at der ikke forelå dokumentation for, at der var indgået en bindende aftale, hvorfor kunden ikke havde krav på erstatning. Retten tilkendte leverandøren betaling for forprojektet.

Nøgleord: aftalefortolkning, erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse, fastprisaftale, udviklingsaftale

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.



Oslo tingrett - Dom - TOSLO-2005-185394

Instans	Oslo tingrett – Dom
Dato	2006-12-11
Publisert	TOSLO-2005-185394
Stikkord	Kontrakt. Heving.
Sammendrag	Kontraktsforhandlingene var ikke endelig avsluttet på hevningstidspunktet, men for den delen av totalprosjektet som omfattet Amarta, var det ifølge SB1LF oppnådd enighet om alle vesentlige punkter slik at avtale måtte anses å ha kommet i stand. Da Capgemini ikke ville vedstå seg fastpristilbudet, innebar dette etter SB1LFs oppfatning et antasipert og vesentlige mislighold som ga SB1LF grunnlag for hevning av det samlede avtaleforhold med krav på restitusjon og erstatning for den positive kontraktsinteressen, subsidiært krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen på grunnlag av culpa in contrahendo. Dette er alt bestridt av Capgemini. Ifølge Capgemini forelå det ingen fastprisavtale og intet mislighold fra Capgeminis side, og saken gjelder i motsøksmålet Capgeminis krav om erstatning for «uberettiget hevningserklæring» og «forsettlig kontraktsbrudd» m.m. (Sammendrag er utdrag fra avgjørelsen.)
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2005-185394. Anket til Borgarting lagmannsrett LB-2007-29680.
Parter	I hovedsøksmålet: Sparebank 1 Fondsforsikring AS v/ styrets formann og Sparebank 1 Livsforsikring AS v/styrets formann (Advokat Magnus Hellesylt) mot Capgemini Norge AS (Advokat Stein Erik Hove). I motsøksmålet: Capgemini Norge AS (Advokat Stein Erik Hove) mot Sparebank 1 Fondsforsikring AS v/ styrets formann og Sparebank 1 Livsforsikring AS v/styrets formann (Advokat Magnus Hellesylt).
Forfatter	Tingrettsdommer Axel Slettebøe.

Innholdsfortegnelse

Oslo tingrett - Dom - TOSLO-2005-185394	1
Innholdsfortegnelse	2

Innledning:

Den 28. oktober 2004 hevet SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS (heretter samlet omtalt som SB1LF) «det samlede avtaleforhold» med Capgemini Norge AS (heretter Capgemini) om levering av Sungard Sherwood Systems (heretter Sherwood) IT-systemløsning «Amarta» som skulle erstatte SB1LF eksisterende IT-systemer. Capgemini hadde etter SB1LFs oppfatning bundet seg til å utvikle og levere Amarta for SB1LF til en fastpris på kr 79.554.262 (som ikke omfattet konvertering og grensesnitt utenfor Amartarammeverket). Kontraktsforhandlingene var ikke endelig avsluttet på hevningstidspunktet, men for den delen av totalprosjektet som omfattet Amarta, var det ifølge SB1LF oppnådd enighet om alle vesentlige punkter slik at avtale måtte anses å ha kommet i stand. Da Capgemini ikke ville vedstå seg fastpristilbudet, innebar dette etter SB1LFs oppfatning et antepert og vesentlige mislighold som ga SB1LF grunnlag for hevning av det samlede avtaleforhold med krav på restitusjon og erstatning for den positive kontraktsinteressen, subsidiært krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen på grunnlag av culpa in contrahendo. Dette er alt bestridt av Capgemini. Ifølge Capgemini forelå det ingen fastprisavtale og intet mislighold fra Capgeminis side, og saken gjelder i motsøksmålet Capgeminis krav om erstatning for «uberettiget hevningserklæring» og «forsettlig kontraktsbrudd» m.m.

Sakens bakgrunn:

Nedenfor gis en nærmere redegjørelse for sakens bakgrunn fra november 2002 da SB1LF startet sitt interne utredningsarbeid i forbindelse med anbudsprosessen, og frem til SB1LFs hevning av det samlede avtaleforhold, med etterfølgende dekningskjøp hos Sherwood i 2005. Samtidig er enkelte av partenes faktiske anførsler gjengitt knyttet til omtvistet faktum.

Partene:

Saksøkerne, SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS (SB1LF) inngår etter det opplyste i den nordiske Sparebank 1-alliansen (som er et samarbeid mellom norske banker og den svenske Foreningssparebanken) og eies av det felles holdingsselskap Sparebank 1 Gruppen AS. Sparebank 1 Livsforsikring AS har etter det opplyste 166 ansatte pr. 31.12.2005 og en forvaltningskapital ca. NOK 14,5 mrd.

Sparebank 1 Fondsforsikring AS har 11 faste ansatte pr. 31.12.2005 og en forvaltningskapital ca. NOK 4,5 mrd.

Saksøkte Capgemini Norge AS er den norske enheten i Capgeminis internasjonale virksomhet som har hovedkvarter i Paris og 61 000 ansatte på verdensbasis. Capgemini er etter det opplyste en global leverandør av «Consulting, Technology og Outsourcingtjenester», og har et internasjonalt samarbeid/partnerskap med Sherwood.

Sherwood ble (etter det opplyste) etablert i 1979, har ca. 350 ansatte og leverer strategiske IT-løsninger innenfor finanssektoren. I 2003 ble Sherwood kjøpt opp av Sungard og fikk da navnet Sungard Sherwood Systems. Sungard har etter det opplyste ca 2000 ansatte og totalt ca. 4000 europeiske kunder, hvorav bl.a. tre av de fem største europeiske forsikringsselskapene.

Anbudsprosessen:

På grunn av høye IT-kostnader med urasjonell og ineffektiv saksbehandling startet SB1LF i november 2002 arbeid med sikte på full utskiftning av sine IT-systemer.

Den tekniske infrastrukturen var (og er fortsatt) kompleks med til sammen 8 fagsystemer på forskjellige plattformer som dekket mer enn 200 forskjellige produktbetegnelser, og med manglende eller liten grad av integrasjon mellom systemene. Da arbeidene med anbudsprosessen ble igangsatt, utgjorde IT-kostnadene ca. kr 800.000 pr. innsatt pr. år som ble vurdert som alt for høyt.

Til bruk for anbudsprosessen ble utarbeidet «Funksjonell Beskrivelse IT-Outsourcing» (på 129 sider) datert februar 2003 som inneholder produktdefinisjoner, og med beskrivelse av «dagens funksjonalitet», «fremtidig funksjonalitet» for SB1LFs forskjellige produkter (Unit Link Livrente, Unit Link IPA, Fritt valg, kollektiv pensjon, personforsikring, livkonto produkter, pensjonskonto produkter, gruppeliv m.m.). Videre ble utarbeidet en «Aktuardokumentasjon IT-Outsourcing» (på 219 sider) for SB1LFs forskjellige produkter.

Begge disse dokumentene var vedlagt SBILFs anbudsinnbydelse, «Anbud- IT-outsourcing av april 2003» (den såkalte «Request for Proposal» (RFP)) som ble utarbeidet, og senere sendt til utvalgte leverandører, jf. nedenfor.

Forut for anbudsinnbydelsen sendte SBILF i april 2003 først ut en «Request for Information» (RFI) til forskjellige IT-leverandører. Av de ca. 30 potensielle leverandører som mottok SBILFs Request for Information (RFI), ønsket 20 å konkurrere om leveransen, hvorav 12 – deriblant Sherwood – fikk tilsendt selve anbudsinnbydelsen (RFP'en). Disse 12 leverandørene ble plukket ut etter at en prosjektgruppe i SBILF hadde evaluert de mottatte svarene på RFI'en.

I anbudsinnbydelsen hvor «Funksjonell beskrivelse» og aktuardokumentasjonen var vedlagt, ble det gitt en oversikt over SBILFs 8 eksisterende fagsystemer (ProLife, ProLink, PLIS, GIWS, KGEN, Dakapo, Series2 og Calibre/Open) som skulle skiftes ut, og som dekket henholdsvis følgende bransjer: Personforsikring (ProLife), Individuelle Fondsforsikringer (Unit Link) (ProLink), individualforsikringer (PLIS), kollektiv pensjon (GIWS og KGEN), individualforsikringer (Dakapo), gruppeliv (Series2) og kollektive fondsforsikringer (Calibre/Open)). Anbyderne ble bedt om å gi nærmere opplysninger om seg selv som systemleverandør, en overordnet beskrivelse av hvordan SBILFs ønsker om fremtidig funksjonalitet i SBILFs eksisterende fagsystem ville bli dekket i systemleverandørens tilbudte fagsystem, samt beskrivelse av hvordan felles funksjonalitet kunne dekkes, tilbud og merkantile forhold, referanser m.m.

I sitt svar på RFP'en som etter det opplyste ble gitt den 22.05.2003 (og som med vedlegg er på ca. 250 sider), uttales det av Sherwood/Capgemini under overskriften «Management Summary» i norsk oversettelse, blant annet at:

Sherwood International vil herved foreslå forsikringsløsningen Amarta (TM) Life Fast Start til SBILF og gi støtte til konvertering fra deres gamle systemer. Dette kan bli fullført på 24-30 måneder og besparelser vil oppnås hver 6 måned. Den totale prosjektkostnaden inkludert alle lisenser, tjenester og hardware er blitt estimert til mellom NOK 57,9 millioner til NOK 80,1 millioner, I tillegg vil vi, sammen med vår samarbeidspartner Cap Gemini Ernst & Young, tilby en full outsourcingstjeneste til en kostnad av NOK 850.000 pr. måned.

Under overskriften «Amarta TM arkitektur» uttales det blant annet at:

Amarta modulene dekker alle SBILFs behov og krav og er åpen for integrering mot alle administrative systemer og kanaler som er identifisert i forespørselen..

Under pkt 3.0.1 og overskriften «Amarta TM Description» i Sherwoods svar på RFP'en uttales det at:

The Amarta solution is extremely flexible and the Sherwood International/CGE&Y partnership is confident it will support all of SBILF's core business administration product management and MIS requirements. Similarly the packages track record of successful implementation in many different countries having diverse and extremely complex legislative and tax reporting requirements indicates that accommodating Norwegian requirements is within Amarta's capability. The very detailed information that has been supplied in relation to the SBILF product lines and subsets of policies has been closely reviewed. It is confirmed that, all of these products are supported by Amarta in its standard form. That is to say that no development outside of the «Base» Amarta set of Business Processing modules need be performed.

Under pkt. 3.0.3 «Amarta TM Flexible Business Architecture» uttales det at:

Amarta is ideally suited to fit into the existing system's environment and exists within SBILF as described in Chapter 4.3.

Under pkt 3.2.2 «Current functionality» understrekes det at:

Unlike a traditional package, Amarta includes a development environment and therefore the question of current and future functionality is not particularly relevant.

SBILF merket seg etter det opplyste at alle spørsmål i anbudsinnbydelsen om hvordan dagens funksjonalitet og fremtidig funksjonalitet i SBILFs fagsystemer ville bli dekket i systemleverandørens tilbudte fagsystem «Amarta», var merket med kode 1 i Sherwoods svar, dvs. «Støttes uten tilpasning».

Om utviklingsmetodikken i Amarta ble følgende opplyst i Sherwoods svar på RFP'en:

Initially, Sherwood International supplies a set of fully documented business process models for each business area and therefore each module of Amarta; these models define the ideal business process. Through an interactive process with the users called business modelling, these models are modified to meet the required business process and then documented by Sherwood International via the production of System Notes. These System Notes then form the basis for the final application which is built in close cooperation with the users, via prototyping, to ensure their needs are met at all stages. The final step in the process is then user testing and acceptance.

Under punkt 5 «Offer and Commercial Conditions» ga Sherwood to alternative prosjektkostnadsestimater for «implementation of Amarta» hvor den høyeste prosjektkostnaden («Our maximum scenario has greater parallel development. This means keeping a larger team size for a longer period in return for earlier delivery and earlier benefits»), ble anslått til 80,7 millioner kroner med en gjennomføringstid på 24 måneder. «Minimum scenario» ble anslått til 57,9 millioner kroner med en gjennomføringstid på 30 måneder.

Sherwood/Capgemini's svar på RFPen inneholdt videre referanser til Swiss Life (Sveits), Leberata (UK) og New York Life som alle benyttet Amarta og som kunne kontaktes for referanse.

Om «Flexible Maintenance» ble det blant annet opplyst at:

The design of Amarta workflow is separate from the design of the application data. This means that business processes can be changed, added to and removed from the application without any need to restructure the workflow part of the system.

*Amarta allows great flexibility because its Lifecycles are broken down into smaller units called **Procedures** and **Task**. A task represents a single business process, such as «Send Letter». One task can be used in many places: for instance, the «Send Letter» task might be used in the «Policy Issue» Procedure in the New Business Lifecycle, and also in the «Issue Questionnaire» Procedure in the Claims Lifecycle. Amarta Tasks can be thought of, as standalone «objects» that can be added, removed, copied and altered at will.*

Og under «Scheduling of Work»:

Amarta can provide considerable and immediate improvements to an organisation by allowing the automation of the business's scheduling process, Workflow will also allow related tasks, which need not be dependent on each other, to be processed in parallel. It also ensures that dependent tasks are not processed until all previously required tasks have been completed.

Under introduksjonen til «Amarta Functional Summary» ble SBILF bedt merke seg at:

Amarta models represent generic insurance processes and data structures. Business requirements will be fully defined during the business- modelling phase and apply to the Amarta models before the functional code is generated.

Det gis deretter en beskrivelse av Amartas 15 moduler (Accounting, Agency, Claims, Client, Commission, Contract Revision, Communication, Disbursements, Group, Investments, New Business, Plan Maintenance, Policy Servicing, Premiums og Reinsurance), og det opplyses at:

Each Module has a dedicated Preliminary System Notes (PSN's) document that describes the process models within the module. Prior to the business modelling sessions, Sherwood distributes the PSN's to the workshop participants. The business modelling workshop use the PSN's as a starting point and modify the notes to fully describe how your company processes business. The resulting documents are called the System Notes (SN's) and are used during Solution Modelling as the basis for the detail design of your processes and data structures.

I appendix 4, «Technical Brief», opplyses blant annet at:

Process models are supplied as part of the Amarta strategic development environment. The Amarta approach is to model the business then to run the model. The base models cover recommended process frameworks taken by successful insurance companies in deploying their business process globally, via multiple distribution channels. This includes rolling out multilingual, multicurrency, multitarget and multicompany solutions with the ability to add local requirements as necessary for product, company and legislative requirements. These benefits are facilitated by the use of the Amarta tools. Business tasks are modelled to the atomic with high degrees of reuse and with parallel processing available. Amarta targets an underlying processflow engine, running using state machine principles to enable cases to be progressed

through the process model. The supplied data models map to the process models to allow for processing of all business requirements. Normally only minimal changes are required to the supplied data structures thus supporting a client's business. These structures are also designed to maximise performance and increase data availability.

To summarise, Amarta is a combination of generic business models, an integrated toolset integrated Processflow, Business Rules modeller and processing engine, and a proven implementation methodology. Taken together these constituents assist in the design, construction and development of applications to meet specific business requirements identified by business analysts in specific target environments.

I appendix 7 til Sherwood/Capgemini's svar på anbudsinnbydelsen redegjøres det for «*Sherwood's Procedural Standard (SPS)*» med en oversikt over utviklingsfasene i form av en «*Business Modelling Overview*», «*Solution Modelling Overview*», «*Build Overview*» og «*Test Overview*»: I stedet for å ta utgangspunkt i kundens forretningsprosesser og tilpasse kravspesifikasjoner og programmering deretter, innebærer *Business modelling* ifølge SB1LF at man til en viss grad tar et omvendt utgangspunkt. Forenklet sagt presenteres kunden for et sett kravspesifikasjoner, basert på «best practice» forretningsprosesser og eksisterende Amartaprogramvare, som deretter justeres i samsvar med kundens særlige behov, slik de blir kartlagt underveis i Business modelling.

Den fleksibiliteten som ligger innebygd i Amartaløsningen, var ifølge SB1LF en av årsakene til at SB1LF valgte å satse på løsningen.

SB1LF har under hovedforhandlingen oppsummert sitt hovedinntrykk av Capgemini/Sherwoods svar på RFP'en slik:

1. Capgemini/Sherwood har matchet SB1LFs funksjonelle beskrivelse mot modulene i Amarta og konstaterer uten forbehold at løsningen kan dekke alle SB1LFs behov mht. nåværende og fremtidig funksjonalitet.
2. Amarta er basert på generiske «best practice» forretningsprosesser. Utviklingsarbeidet består i det vesentlige å tilpasse løsningen til kundens spesielle behov og foreta integrasjon mot andre systemer uten at dette fremstilles som noe som er spesielt vanskelig.
3. Sherwood hadde omfattende erfaring med Amartaimplementeringer som var vesentlig mer kompliserte enn en eventuell leveranse til SB1LF (med mer innfløkt lovgivning, flere språk, flere jurisdiksjoner, flere valutaer og flere gamle systemer som skulle erstattes, og som understøttet et større antall produkter enn det SB1LF hadde)
4. Både timeforbruk og utviklingskostnad var estimert med presise tall (ikke en «range») i to alternativer, avhengig av prosjektets varighet.
5. Implementering av Amarta ville gi vesentlige reduksjoner både i IT-kostnader og i administrative kostnader for øvrig.

Det er omtvistet om RFP'en sammenholdt med den beskrivelse som ble gitt av Amarta og utviklingsprosedyren for Amarta i svaret på RFP'en, innholdt tilstrekkelig informasjon til at leveransens omfang og risiko kunne vurderes, og fastpris gis for Amarta.

Perioden juni – primo november 2003:

I denne perioden vurderte SB1LF de innkomne tilbud. SB1LF mottok i alt ni tilbud.

Det ble utvekslet ytterligere informasjon og foretatt diverse tilleggsavklaringer med Sherwood/Capgemini. I møte den 12.06.2003 ble det blant annet holdt en powerpoint presentasjon/demonstrasjon av Amarta hos Sherwood/Capgemini. I slutten av juni 2003 utarbeidet SB1LF en omfattende evalueringsrapport av de innkomne tilbud, og for SB1LF var det etter det opplyste fortsatt et alternativ å videreføre eksisterende løsninger i stedet for å velge et helt nytt IT-system. SB1LF arbeidet samtidig med å skaffe seg en dypere forståelse av Amarta, og referansene som Sherwood hadde vist til, ble sjekket i møte med blant annet Swiss Life og telefonmøte med Saga Life som alle anbefalte Amarta.

Det ble videre avholdt «workshop» hos Sherwood i Glasgow 13-14. oktober 2003, avholdt møte med Capgemini 31.10.2003 og med Sherwood i London 03-04.11.2003.

I møte den 14.11.2003 presenterte Sherwood nye og forhøyede estimater slik det fremgår av epost av 17.11.2003 fra Philip Hodges (Sherwood) til Yngvar Rund (SB1LF) med presentasjonen fra møte 14.11.2003 vedlagt. Det fremgår at totale prosjektkostnader (ikke medregnet grensesnitt og konvertering utenfor Amarta) nå ble anslått til NOK 104,5 millioner, fordelt over 3 faser over 32 måneder. Dette var ifølge SB1LF et prisestimat som lå mye høyere enn det som var forventet ut fra svaret på RFP'en. De forhøyede estimatene var ifølge Sherwood blant annet basert på revidert rekkefølge for Amartautviklingen og utfasingen av eksisterende fagsystemer. Sherwood/Capgemini ble gjort kjent med at de nye estimatene ifølge SB1LF hadde et uakseptabelt nivå. SB1LF hadde på dette tidspunktet etter det anførte fortsatt alternative leverandører å forholde seg til.

Det er omtvistet hvilken betydning avklaringen av rekkefølgen for utfasingen av de forskjellige fagsystemene hos SB1Lf som nevnt ovenfor, har for saken. Ifølge SB1LF ble det kun foretatt én endring i rekkefølgen ved at Unit Linkprodukter etter anbefaling fra Capgemini ble skjøvet fra tredje til første fase, hvilket det er tatt hensyn til ved endring i prisen, jf. nedenfor. Capgemini har på sin side anført at rekkefølgen ble endret flere ganger, og at så lenge rekkefølgen var uavklart, var dette et av forholdene som innebar at det ikke var mulig å gi noen fastpris på Amartautviklingen.

Perioden 26.11. til 09.12.2003:

I denne perioden presset SB1LF etter det anførte på for at Capgemini og Sherwood skulle «kommitere» seg på fast pris, med forbehold for helt nye produktstrukturer.

Det ble avholdt flere møter den 26. og 27.11.2003. Det er ikke omtvistet – slik retten oppfatter det – at forhandlingene på dette tidspunktet (fra leverandørens side) ble ledet av Sherwood som hovedleverandør, og med Capgemini som underleverandør. Det er heller ikke omtvistet at SB1LF i møtet gjorde det klart at man ønsket et fastpristilbud. Det er i denne forbindelse blant annet vist til Marit Solems (SB1LFs forhandlingsleder) forberedelsesnotat til møtet den 27.11.2003 hvor det fremgår at hun var meget bevisst på at Capgemini skulle forplikte seg på pris: «Må også sikre fastpris. Må være fast pris. Skal ikke har behov for detaljer fra oss. Nå må de stå for det», og hennes håndskrevne notater fra selve møtet: «Heelt nye produktområder i fht RFP – daa change kontroll» og «Sier det er fixed.»

Det er imidlertid omtvistet om Sherwood/Capgemini i møte den 27.11.2003 aksepterte dette og fremsatte et fastpristilbud. Det vises til partenes anførsler nedenfor.

Forut for møtet den 27.11.2003 jobbet Sherwood ifølge Capgemini med å finne en mulighet for å redusere «scope» i henhold til signaler fra SB1LF v/Solem fra møtet 14.11.2003. SB1LF ønsket blant annet selv å bemanne deler av prosjektet med flere ressurser fremfor å kjøpe de samme tjenestene fra Sherwood. Det er ifølge Capgemini aldri bestridt at SB1LF økte egne ressurser for å komme ned på pris. Beregninger ble lagt frem i møtet 27.11.2003 og disse er ifølge Capgemini gjengitt i eposten av 05.12.03 fra Philip Hodges, jf. nedendfor. Etter ønske fra SB1LF foretok Sherwood ifølge Capgemini en reduksjon av funksjonalitet. Et revidert «scope»-dokument av 05.12.03, jf. nedenfor, dannet ifølge Capgemini grunnlaget for det omtvistede tilbud hvor prosjektet nå var i 3 faser, mens det i det opprinnelige tilbudet hadde vært definert i 5 faser. Det var videre ifølge Capgemini foretatt endring i implementeringsrekkefølgen. «Scope»-dokumentet av 05.12.2003 var imidlertid ifølge Capgemini et «løst» og «ikke et fullverdig» «scope»-dokument, og kunne dermed ikke gi grunnlag for fastpristilbud.

Den 28.11.2003 – dvs. dagen etter at det ifølge SB1Lf skulle ha blitt avgitt fastpristilbud – ble det avholdt et møte mellom Marit Solem og Thor-Christian LOrange (forhandlingsleder for Capgemini). Det er omtvistet om estimerte timer og rabatterte timepriser var tema i dette møtet, og om hans forberedelsesnotat (fremlagt i saken) ble gjennomgått. Notatet viser ifølge Capgemini ikke spor av diskusjoner om fastpris og fixed scope, men bekrefter at møtet dreide seg om estimater ut fra timeomfang og timepriser. Capgemini var villig til å legge inn 6680 timer til en timepris på kr 737,- slik som etter det anførte, også lagt til grunn i den etterfølgende epost av 05.12.2003, jf. nedenfor. Dette er bestridt av SB1LF som blant annet har vist til at det etterfølgende tilbud i epost av 05.12.2005, jf. nedenfor, ikke inneholder opplysninger om timepris og at et bestemt timeomfang lå til grunn for «estimatet». Det er videre vist til at det ikke foreligger noe referat eller lignende fra møtet 28.11.2003 som i tilfelle kunne ha bekreftet det som her er anført av Capgemini.

E-post av 05.12.2003:

Ved epost av 05.12.2003 fra Philip Hodges (Sherwood) til Marit Solem og Yngvar Rund ble ifølge SBILF fastpristilbudet og tallene som ble presentert i 27.11.2003, bekreftet.

E-posten har følgende innhold:

Agreed terms to develop Amarta:

Terms and figures presented to SBIL&F Thursday 27th November in location of SB1. Summerized figures from the spread sheet are (NOK)

Estimated project cost for Amarta SBILF

(Rettens anm.: Deretter inneholder eposten en tabellarisk fremstilling av kostnadene for fase 1, 2 og 3 for Capgemini's leveranse under Business Modelers, Solutin Modelers, Builders (onshore) og DBA med totalt kr 4.921.600 (fase 1), kr 11.008.288 (fase 2) og kr 6.152.180 (fase 3), totalt for alle fasene kr 22.082.068. Kostnadene for Sherwoods leveranse oppgis med følgende totalbeløp kr 9.397.937 (fase 1), kr 7.534.566 (fase 2) og kr 3.678.246 (fase 3), totalt for alle fasene kr 20.610.749. I tillegg er kostnadene for bruk av «offshore»-ressurser oppgitt til kr 5.089.500, «Licenses» til kr 17.550.000, «Expenses» til kr 7.903.945 og «Maintenance» til kr 6.318 00 totalt for alle tre fasene).

Total project cost 26 582.582 (fase 1) 29 198.854 (fase 2) 23 772.826 (fase 3)

79 552.262 (total)

The figures were presented based on following assumptions:

- Decision to be made before end of year*
- Heaveily discounted rates*
- Develop individual life functionality to switch off Dakapo and PLIS*
- Reuse functionality from Prolife as a integrated part of Amarta*

After negotiations the following has been agreed for the purpose of submission for SBILF business case.

- Estimated cost of Phase 1 NOK 26 582.582*
- Phase 1 total cost of 17 MNOK*
- Exit fee and delivery fee are MNOK 9.5 to be paid after end of Phase 1. In addition will interest be paid MNOK 0.500.*
- Handling of expenses will be agreed seperately with the intention to do it as cheap as possible in close corporation with SB1.*
- Assumes project start 1st of March 2004*
- Start of Phase 2 when Phase 1 is delivered to acceptanse test, but no later than March 2005*
- Estimated cost of total Amarta project is NOK 79 554.262*

The above criteria are now agreed between Sherwood, CGEY (Capgemini) and SB1 as terms valid until 29th February 2004.

Denne eposten av 05.12.2003 ble også sendt i kopi til blant annet Jan-Fredrik Seeberg i Capgemini som samtidig mottok forannevnte «Scope document» av samme dato (05.12.2003) fra Philip Hodges. Jan-Fredrik Seeberg ble bedt om ikke å videresende dette «scope»-dokumentet elektronisk til klienten «before it's cleared» – «Take a printede copy». SBILF har etter det anførte heller ikke mottatt dette «scope»-dokumentet i papirformat fra Jan-Fredrik Seeberg. Capgemini har imidlertid under saksforberedelsen anført at scopedokumentet ble vist til SBILF, men er usikker på om det ble overlevert SBILF allerede den 05.12.2003. SBILF mener at et «scope»-dokument ble presentert på et langt senere tidspunkt, muligens først i forbindelse med inngåelse av pilotavtalen og/eller i forbindelse med inngåelse av Letter of Intent i mars 2004 med Sherwood, jf. nedenfor, og dette ble så vidt retten oppfatter, ikke bestridt av Capgemini under hovedforhandlingen.

E-posten av 05.12.2003 ble av SBILF v/Marit Solem og Yngvar Rund oppfattet som en bekreftelse på det fastpristilbud som etter SBILFs oppfatning var gitt i møtet 27.11.2003.

Ifølge SB1LF kan «estimated project cost» i eposten av 05.12.2003 med sine nøyaktige beløpsangivelser m.v., etter omstendighetene ikke oppfattes som annet enn et fastpristilbud. Det er vist til at eposten ikke inneholder opplysninger om timer og timepriser, og at eposten ellers i realiteten ville være uten binding om ikke dette var å anse som et fastpristilbud? Exitfee på NOK 9,5 millioner forutsatte at fase 1-vederlaget ville gi Sherwood/Capgemini betydelig tap dersom SB1LF etter fase 1 valgte ikke å gå videre med prosjektet. Ifølge SB1LF underbygger også dette at det dreide seg om et fastpristilbud. E-postens innhold karakteriseres videre som «agreed terms» med akseptfrist 29.02.2004, og denne karakteristikken ville ifølge SB1LF ha vært uten mening dersom det kun dreide seg om regningsarbeid på basis av ikke angitte timesatser.

Capgemini har på sin side vist til at eposten ikke inneholder et dispositivt utsagn om fastpris, og at samtlige tall fra Sherwood uttrykkelig omtales som estimater basert på sterkt rabatterte timepriser, og hvor omfanget forutsetningsvis fremgår av forhandlingene forut for eposten.

At eposten av 05.12.2003 etter omstendighetene ble oppfattet av SB1LF som et fastpristilbud, ble ifølge SB1LF presisert av Marit Solem ved epost av 09.12.2003 til Jan-Fredrik Seeberg (Capgemini) hvor det under emnet «Fast pris» fremgår følgende:

Jan-Fredrik,

Ref. tlf. så det ikke skal være noen tvil:

Philip sier «fixes scope». Dette er det samme som fast pris. I møter med sherwood/Cap er det gitt uttrykk for at kun fundamentale endringer (eks. helt nye produktstrukturer) medfører endring av scope, og således fastprisen.

Dette ble ikke besvart – og er dermed ifølge SB1LF heller ikke imøtegått – av Jan-Fredrik Seeberg eller andre i Capgemini, hvilket etter det anførte bekrefter tilbudet som et fastpristilbud (med forbehold om fundamentale endringer).

Dette er bestridt av Capgemini som blant annet har anført at presiseringen fra Marit Solem er uklar, og at den heller ikke ble sendt til rette vedkommende, dvs. Sherwood v/Hodges som var avsender av eposten av 05.12.2003. Det er videre vist til at Jan-Fredrik Seeberg som selger i Capgemini, uansett ikke hadde fullmakt til å binde Capgemini til et slik fastpristilbud.

Perioden januar – mars 2004:

Basert på fastpristilbudet som SB1LF mente forelå, besluttet SB1LF å gå videre med prosjektet i forhold til Sherwood/Capgemini. I internt notat av 27. januar 2004 fra administrerende direktør til SB1LFs styre (sak 03 / 04 – strategisk vlag av systemplattform) ble det opplyst at investeringen knyttet til Amarta beløp seg til 91 MNOK (inkl.mva): «Dette er gitt i et fastpristilbud. I tillegg er det tatt høyde for kostnader på til sammen (sladdet ut) MNOK (konvertering, grensesnitt, prosjekttressurser mm)».

Notatet omtaler fastprisen og avgrenser risikopåslag til konvertering/grensesnitt som partene er enige om lå utenfor fastprisen. Administrasjonen anbefalte styret at SB1LF gjennomførte en praktisk test av Amarta i form av et pilotprosjekt, «for ytterligere å verifisere at Amarta vil løse de utfordringer SB1LF står overfor»: «Samtalene med SunGard Sherwood har så langt hatt fokus på å sikre de estimater som er lagt inn i lønnsomhetsberegningene. SunGard Sherwood har gitt et forpliktende pristilbud. Dersom Styret slutter seg til Administrasjonen anbefaling om igangsetting av et pilotprosjekt, vil det bli innledet reelle kontraktsforhandlinger med SunGard Sherwood».

I tråd med dette ble det innledet diskusjoner om Pilotprosjektet, men ikke med Sherwood, men nå med Capgemini som hovedavtalepart/hovedleverandør. Den 09.02.2004 sendte Marit Solem epost til Jan-Fredrik Seeberg og Thor-Christian L'Orange i Capgemini med «pilotfoiler» vedlagt. Det fremgår av referat fra «initielt møte fredag 06.02.2004» mellom Marit Solem, Yngvar Rund og Jan-Fredrik Seeberg, at: «Mappe med aktuell dokumentasjon av tilbudsprosessen» forut for dette ble gjennomgått, og det var enighet om komplettering av mappen med: «Dokumentasjon av «Fixed scope and fixed price», og at planlegging skulle gjøres for «Pilotprosjektet» og «Kontraktsforhandlinger», hvor: «Møtet mandag 09.02.2004 kl 09.30 -11.00 skal gjennomføres med hovedformål å utarbeide aksjonsliste for den videre prosess med aktivitet, ansvar og tidsfrist for gjennomføring».

I pkt 1 i aksjonslisten som ble utarbeidet, fremgår «Pro og Con for avtalestruktur med CGEY som kontraktspartner» som et aksjonspunkt. I pkt 5 fremgår at «Definer Fixed scope og Fixed price», frist 18.02.

med Jan-Fredrik Seeberg som ansvarlig, som et annet aksjonspunkt. I pkt 9 fremgår at Jan-Fredrik Seeberg skulle oversende ulike prismodeller: «Fastpris», «Målpris» og «T&M» (Time and Material, dvs regningsarbeid, rettens anm.) innen 14.02.2006.

Capgemini har anført at SB1LF gjennom pkt 5 og 9 var gjort tilstrekkelig oppmerksom på at «scope» var uavklart, og at pkt. 9 viser at pris og prismodell fortsatt skulle være gjenstand for forhandlinger. Dette er bestridt av SB1LF som blant annet har vist til at prismodellene kun gjaldt tjenester utenfor fastpristilbudet, slik som grensesnitt og konvertering, og dette var i tilfelle oppdrag utenfor fastprisen som hadde betydelig verdi, og som Capgemini var svært interessert i å få. Det er vist til intern epost fra Thor-Christian L'Orange til Ingar T. Rønning m.fl. hvor verdien av disse oppdragene utenfor Amarta ble anslått til 50-70 millioner for Capgemini: «Vi er i ferd med å inngå en stor avtale med Sparbank 1 Liv – sammen med Sugard Sherwood. Vi prøver å posisjonere oss som en partner for Sparebank 1 a) Første del består av en del med Amarta – ca. 80 millioner (50/50 Sherwood/CGE&Y). b) Hovedprosjektet består i tillegg av tjenester knyttet til konvertering, integrasjon, endringsledelse etc – på 50-70 mill (Hovedsakelig CGE&Y)».

SB1LF har anført at den fortjenestemulighet som lå her for Capgemini utenfor Amarta, kan være en av grunnen til at Capgemini var villig til å ta den eventuelle risiko som lå i fastpristilbudet.

Ved epost av 12.02.2004 til SB1LF v/Marit Solem svarte Thor-Christian L'Orange på aksjonspunkt 1 ovenfor (Fordeler/Ulemper med CGE&Y som hovedleverandør), jf. epostens emnefelt, og hvor han blant annet uttalte:

Fordeler med CGE&Y som kontraktspartner:

CGE&Y er norsk – mens Sungard Sherwood er engelsk – viktig både i forhold til språklige og kulturelle forhold. CGE&Y har en bredd og tyngde som SB1LF kan benytte i alle sammenhenger. CGE&Y kan og vil ta et totalansvar for Programmet dersom SB! ønsker det – og derigjennom ta ansvaret for involvering av SunGard Sherwood og evt andre underleverandører. Dersom SB1LF benytter CGE&Y i programledelsen og overordnede roller i prosjektet, vil CGE&Y (uansett kontraktsfor) få et moralsk ansvar for suksess i Programmet. CGE&Y ønsker en formalisering av et evt programansvar gjennom vårt CBE-konsept (Dollaborative Business Experience) i løpet av pilotfasen.

Fordel/Ulempe:

Omfanget av større kontrakter krever godkjenning av nordisk ledelse. Dette for gjennomgang/forankring av de forpliktelser som inngås lokalt. Normalt sett er det formalia ved at økonomi, planer etc gjennomgås og godkjennes, men det kan også føre til justeringer av visse vilkår.

Ulempe:

Dersom CGE&Y skal være ansvarlig for en underleverandør har vi konsernbestemmelser om visse marginer på det vi gjennomfakturerer. Prisen kan derfor bli noe høyere enn ved direkte avtaleinngåelse med underleverandøren. Dette for å dekk inn noe av den risiko vi påtar oss på vegne av kunden.

Capgemini har anført at eposten av 12.02.2004 viser at Capgemini nå gikk inn i forhandlingene med SB1LF som hovedkontraktspart, og med Sherwood som underleverandør, uten å ha bundet seg til noen fastpris, og med uttrykkelig forbehold om at endelig avtale var betinget av nordisk godkjenning.

Den 24. mars 2004 ble «Pilotavtale Amarta Rammeverk» inngått mellom SB1LF og Capgemini. Tilbudet i eposten av 05.12.2003 var i mellomtiden utløpt (jf. at «valid until 29th February 2004»). SB1LF har anført at denne fristen er uten betydning idet tilbudet ble fornyet ved Pilotavtalen, jf. Pilotavtalen § 7 nedenfor. Etter Pilotavtalens § 1 var oppdragets art «å samarbeid om en pilotleveranse, blant annet for å verifisere at Amarta.rammeverket kan benyttes til å løse SB1LFs behov for eksisterende og nye/strategiske forsikringsløsninger som ivaretar kundenes, distributørenes og saksbehandlerenes behov». I avtalens § 7 «Øvrige vilkår» ble følgende bestemmelse inntatt:

Kunden inngår lisensavtale om bruk av Amarta direkte med SGSS (dvs. Sherwood, rettens anm.). Slik avtale skal inngås i tilknytning til denne avtales inngåelse. Lisens og vedlikehold blir fakturert Kunden direkte fra SGSS.

Etter pilotprosjektets avslutning er det SB1LFs frie valg å beslutte å gå for full implementering i et påfølgende hovedprosjekt eller å skrinlegge arbeidet med Amartaløsningen fullstendig for en kortere eller lengre periode. Dersom SB1LF velger å forhandle med CGE&Y om å gå videre med

hovedprosjektet direkte etter pilotprosjektets avslutning, er CGE&Y forpliktet til å inngå slik avtale i tråd med tilbud, forutsatt at partene enes om avtalevilkår som anses som rimelige for den type prosjekt som skal gjennomføres.

Avtalens § 7 annet ledd er i hovedsak i samsvar med Ingar T. Rønnings (Capgemini) epost av 10.02.2004 til Trond Kiplesund (SB1LF) hvor han viser til at han «hadde glemt» å legge dette inn i «*pilotavtalens forslag til forpliktelse på fortsettelsen etter pilot*». Det fremgår av Rønnings epost at han forutsatte at bestemmelsen «*forplikter selskapet i stort omfang over en lang periode*», og at han derfor ville «*gjøre en intern ledelsesgodkjenning*».

SB1LF har anført at henvisningen til «*tilbud*» i § 7 annet ledd, er fastpristilbudet som i «kontekst» fremgår av eposten av 05.12.2005, og at forbeholdet om intern ledelsesgodkjenning (fordi det forpliktet selskapet i stort omfang) bare gir mening når dette tolkes på denne måten. Tilbudet som regningsarbeid ville jo ikke kunne forplikte Capgemini i stort omfang, slik SB1LF ser det. Dette er bestridt av Capgemini som blant annet har vist til at henvisningen til «tilbud», er uklar og ikke definert, og at Pilotavtalen heller ikke forøvrig inneholder noen henvisning til fastpris som avgjørende forutsetning for SB1LF. Det er videre vist til at SB1LF i tilfelle var nærmest til å sørge for at en slik forutsetning ble tatt inn i avtalen, at den aktuelle formuleringen i § 7 ble foreslått av Capgemini på initiativ fra SB1LF, og at det ifølge Capgemini er klart at det ikke var meningen fra Capgemini side å gi formuleringen slikt vidtrekkende innhold som SB1LF nå gjør gjeldende. Dette er alt bestridt.

Den 30. mars 2004 ble «Letter of Intent» inngått mellom SB1LF og Sherwood i tilknytning til Pilotavtalen ovenfor, hvor SB1LF og Sherwood erklærte (dersom SB1LF valgte å gå videre med hovedprosjektet etter pilotprosjektets ferdigstilling) å ville forhandle om en «*Main Agreement*» (som dekker «license, support and maintenance») basert på diverse opplistede dokumenter, herunder Philip Hodges epost av 05.12.2003. Det fremgår at enkelte dokumenter som var listet opp og henvist til i avtalen, ble strøket ut – herunder «*scoping doc V2.01*» som ifølge SB1LF ikke var behandlet og kjent for SB1LF.

Formålet med «*Letter of Intent*» var å sikre SB1LF lisenser, og gjennom en «*Fulfilment guarantee*» å gi SB1LF en «*oppfyllesesgaranti*» hvis det ikke ble inngått avtale med Capgemini.

Kontraktsforhandlingene fra april til juni 2004:

Etter inngåelsen av Pilotavtalen, ble et første innledende forhandlingsmøte mellom Trond Kiplesund (advokat i Juridisk avdeling SpareBank 1 Gruppen AS) og Ingar Rønning (Risk og Legal Manager i Capgemini) etter det opplyste avholdt 16. april 2004 hvor blant annet en overordnet avtalestruktur ble diskutert. Det foreligger ikke referat fra dette møtet.

I epost av 16.04.2004 fra Trond Kiplesund til Ingar Rønning ble en mulig avtalestruktur skissert med én hovedavtale og flere «områdeavtaler» (senere omtalt som delavtaler) hvorav en område-/delavtale skulle inngås for Amartautviklingen, en delavtale for grensesnitt og en for konvertering. Denne avtalestrukturen ble lagt til grunn for de videre kontraktsforhandlingene, og forutsatte at Capgemini skulle ha totalansvaret for prosjektet som også omfattet grensesnitt og konvertering m.m. Nærværende sak gjelder, som nevnt ovenfor, kun delavtalen for Amartautviklingen. SB1LF forventet ikke fastpris på delavtalene for grensesnitt og konvertering, og partene er enige om at disse delene av totalprosjektet fortsatt ikke var ferdigforhandlet på hevingstidspunktet.

Ved epost av 20.04.2004 ble utkast til avtaledokument oversendt fra Ingar Rønning til Trond Kiplesund med blant annet utkast til «*Hovedavtale Amarta implementering*», «*Alminnelige vilkår Amarta utvikling*», «*Samarbeidets mål og grunnprisnipper*», «*Områdeavtale 1 Amarta utvikling*».

Capgemini har særlig fremhevet § 4 «*Vederlag*» i «*Alminnelige vilkår*» som bestemmer at:

Har partene ikke uttrykkelig blitt enige om fast pris for en bestemt Delavtale er avtalen en løpende regningsavtale for alt arbeid, så også for eventuell incitamentsavtale, samt for tilleggsarbeide bestilt av Kunden.

Kontraktsforhandlingsmøte nr. 2 ble avholdt 23.04.2004.

SB1LF har vist til at både agendaen til dette møtet og referatet fra møtet (referent: Yngvar Rund, SB1LF) bekreftet SB1LFs forutsetning om fastpris på Amartautviklingen. Dette er bestridt. Agendaen ble oversendt fra

Marit Solem til Capgemini den 22.04.2004 hvor avtalestruktur med blant annet «Grenseoppgang – hva ligger innenfor fastpris» og «Målpris – hva er/fordeler/noe for oss?», stod på agendaen.

SB1LF har anført at Capgemini allerede burde ha reagert på agendaen dersom Capgemini mente at det ikke forelå noen fastpris på Amarta utviklingen. Dette er bestridt av Capgemini som har anført at henvisningen til fastpris i innkallingen, ble oppfattet som den prisen man skulle komme frem til etter at forutsetningene for dette var avklart (gjennom et lukket «scope»-dokument). Capgemini var klar over at SB1LF ønsket fastpris og Capgemini var etter det anførte, også innstilt på å forhandle seg frem til en fastpris, men var ikke klar over at SB1LF mente at det allerede forelå et bindende fastpristilbud.

I referatet fra forhandlingsmøtet nr. 2 den 23.04.2004 (hvor L'Orange, Seeberg, Rønning og Smeby fra Capgemini og Kiplesund, Solem og Rund fra SB1LF alle var til stede), fremgår det at det var enighet om å legge den avtalestruktur som var skissert av Trond Kiplesund, til grunn med en «Hovedavtale» med «Alminnelige vilkår» og «Samarbeidsområder – overordnet/management summary, Bilag som er felles for hovedavtale/delavtaler», samt «Delavtale Amarta utviklingen», «Delavtale Grensesnitt med konkret beskrivelse av aktiviteter/ansvar», «Delavtale Konvertering med konkret beskrivelse av aktivitet/ansvar», «Delavtale Drift/Forvaltning med opsjon for SB1LF», «Delavtale Implementering/Organisasjon» og «Evt. flere».

Referatet fra møtet 23.04.2004 inneholder videre en oppstilling av bilag (grunnlagsdokumenter) som ble fremhevet som viktig i avtalen, og hvor blant annet «Bilag til Pilotavtalen inkl. tilbud fra Sherwood av 5. des. 2003» inngår. Videre fremgår av referatet at:

Ingar skisserte hvordan målprismodellen i Capgemini fungerte. Målpris kan diskuteres i forbindelse med de øvrige delavtaler utover utviklingen av Amarta og allerede tilbudte grensesnitts- og konverteringselementer.

SB1LF har anført at denne presiseringen mht. anvendelsesområdet for målprismodellen, er en ytterligere bekreftelse på SB1LFs forutsetning om at fastpris for Amarta utviklingen forelå, og at Capgeminis representanter må ha vært klar over dette.

Dette er bestridt av Capgemini som har anført at møtereferatet ikke er uforenlig med Capgeminis forutsetning om at fastpris var noe man skulle forhandle seg frem til, og ikke noe som allerede forelå.

Samme dag (den 23.04.2004) ble det også avholdt et møte mellom administrerende direktør Jan-Erik Karlsson (Capgemini) og administrerende direktør Ole-Wilhelm Meyer (SB1LF). Capgemini har vist til at fastpris for Amarta ikke var noe tema i dette møtet.

Kontraktsforhandlingsmøte nr. 03 ble avholdt 29.04.2004. Det fremgår blant annet av møtereferatet at arbeidet med estimering og ansvarsfordeling for konvertering/grensesnitt ble igangsatt, og at referatet fra forhandlingsmøtet nr 02 23.04.2004 ble godkjent.

Kontraktsforhandlingsmøte nr. 04 ble avholdt 11.05.2004 med de samme til stede som tidligere, og fortsatt med Yngvar Rund (SB1LF) som referent. Under pkt 4.2 «Punkter på dagsorden» i referatet fremgår blant annet følgende:

Det var behov for en grundig drøfting av de ulike aspekter ved Nytt Livprosjektet, siden ikke alle deltakerne i møtet hadde fulgt prosessen fra starten. For SB1LB er det grunnleggende at de løsninger som utvikles, gjør selskapet i stand til å terminere gjeldende fagsystemer og drive livs- og fondsfor sikringsvirksomhet i henhold til krav fra myndigheter og marked. Dette skal gjøres innenfor en tilbudt fast pris og innenfor en gitt tidsperiode for delprosjektet Amarta utviklingen. Møtet stadfestet dette på nytt. Fra Capgemini's side ble det fremhevet at man ikke skulle lage en «Rolls Royce utgave», men sørge for at løsningen var tilstrekkelige gode til å ivareta SB1LF's behov (jfr ovennevnte merknad). Det var derfor vanskelig å definere begrepet kvalitet. SB1LF har forståelse for problemstillingen, men mener at det er vanskelig å definere kvalitetsbegrepet i tilknytning til den prosessrelaterte utviklingen som skal skje. I en tradisjonell utvikling med detaljert kravspesifikasjon er «god nok kvalitet» langt mer entydig og enklere å forholde seg til enn tilfelle vil være med Amarta utviklingen.

SB1LF orienterte om aktiviteter som settes i gang med hensyn til sanering av produkter og hvor selskapet trekker inn en ekstern ressurs for å lede dette arbeidet. Saneringsarbeidet vil naturlig nok ha innvirkning på Utviklings- og Konverteringsprosjektet iom at både antall produkter og grad av kompleksitet skal reduseres. Dette vil styrke de tidligere estimat gjort av Sherwood på dette området.

Delprosjektene Konvertering og Grensesnitt ble grundig gjennomgått med hensyn til arbeidsmetodikk og ansvarsforhold.

Ansvarsforholdet i disse delprosjektene [Konvertering og grensesnitt] vil bli identifisert i forbindelse med den detaljerte kartlegging som nå er igangsatt og vil danne grunnlaget for delavtalene på disse områdene. En del av konverteringen og grensesnittene er opptatt av det fastpristilbud som er gitt for Amarta utviklingen.

Begge parter vil identifisere omfang av konvertering og grensesnitt i fastpristilbudet.

SB1LF har anført at SB1LFs forutsetning om at det foreligger en tilbudt fastpris, fremgår klart av referatet, mens Capgemini har anført at referatet ikke er uforenlig med Capgeminis forutsetning om at fastprisen fortsatt var noe man skulle forhandle seg frem til. Det erkjennes imidlertid av Capgemini at man burde ha sett og reagert på referatets omtale av «en tilbudt fastpris». Men også dette ble oppfattet som den fastpris som man skulle komme frem til, og dette er etter det anførte, heller ikke i strid med ordlyden selv om referatet på dette punkt kunne vært korrigert. Capgemini har videre vist til at «tilbudet» lenger ned i samme referat, er omtalt som et «estimat». Det kan derfor ifølge Capgemini ikke legges avgjørende vekt på at man ikke reagerte og protesterte på referatets unøyaktige omtale av «en tilbudt fastpris», som ellers viser at SB1LF hadde en klar forståelse for at arbeidene var prosessorienterte og at antall prosesser som skulle utvikles, hadde betydning for Sherwoods «estimat».

Kontraktforhandlingsmøte nr 5 ble avholdt 18.05.2004 hvor diverse utkast til avtaledokumenter ble behandlet med samme møtedeltakere som tidligere, og Yngvar Rund fortsatt som referent. Det fremgår av referatet at referatet fra forhandlingsmøte nr. 4, ble godkjent «med følgende endring: ordet kvalitet i første avsnitt i pkt 4.2 skal skiftes ut med funksjonalitet», jf. ovenfor.

I følge Capgemini fremgår det av møtereferatet at Capgemini ønsket en beslutning på rekkefølgen, jf. pkt. 4.2, 2. avsnitt om «tentativ plan for utfasing av de enkelte fagsystemer.»

E-post av 19.05.2004 fra Capgemini:

Ved epost av 19.05.2004 fra Jan-Fredrik Seeberg (Capgemini) til Marit Solem ble spørsmål fra SB1LF om «konsekvensene ved Amarta utvikling når evt. Unit linked løsning utarbeides som første delsystem», besvart slik:

Sherwood og Capgemini har sett på dette alternativet og har konkludert med følgende konsekvenser:

- Første fase blir lenger, anslag 13-16 måneder. (Investment modul må lages fra basis Amarta, ikke Fast Start)*
- Totalprosjektet blir 2-3 måneder lenger.*
- Totalprisen for realisering øker med ca. 5 MNOK*

Håper dette gir dere nok til videre prosess med beslutning om sekvens for realisering.

En forskyvning av Unit Link-Produkter fra fase 3 til fase 1 ville altså ifølge Capgemini medføre en prisøkning på ca. 5 MNOK.

Capgemini har anført at dette er ett av flere eksempler på endringer som hadde betydning for prisen og som måtte avklares gjennom et lukket «scope» før fastpris kunne gis.

På dette tidspunkt var ifølge Capgemini en ny og annen rekkefølge definert i planverket, jf. epost av 21.05.2004 fra Jan-Fredrik Seeberg og utkast til Hovedavtalens Bilag 2 om «Samarbeidets mål og grunnprinsipper overgripende prosjektplan og rollefordeling» som forelå på dette tidspunkt, og hvor «Nytt Liv»-satsingen nå ville gå over en periode på 36 måneder med følgende rekkefølge:

- 1) PLIS/Dacapo
- 2) Prolife
- 3) S2
- 4) GIWS/Kgen
- 5) Prolink
- 6) Calibre Open

SB1LF har anført at krav om endret rekkefølge ikke ble fremsatt av SB1LF utover forespørselen som fremgår av eposten av 19.05.2004, og at rekkefølgen, som nevnt ovenfor, senere ble besluttet endret i samsvar med Capgemini's anbefaling etter pilotprosjektet var avsluttet og under forprosjektet, jf. nedenfor.

Capgemini har vist til at pr. 21.05.04 var Capgemini forelagt 3 ulike og mulige rekkefølger som ikke var endelig avklart, og hvor den manglende fastsettelse av rekkefølgen, gjorde det umulig for Capgemini å planlegge fremdriften i prosjektet.

Enkelte av Amartamodulene hadde ikke «Fast Start»-modul, og avklaring av rekkefølgen med tilpasning til SB1LFs behov, hadde blant annet i denne sammenheng betydning for prisen. Det dreide seg videre om et meget omfattende prosjekt hvor det totale antall arbeidstimer skulle fordeles mellom SB1LF, Sherwood og Capgemini, og hvor det ifølge Capgemini ikke var mulig å foreta en avklart ressursallokering så lenge rekkefølgen ikke var fastlagt.

Status for kontraktsforhandlingene pr. 31.05.2004 var ifølge Capgemini at rekkefølgen fortsatt var uavklart. Capgemini fikk ikke svar på eposten 19.05.04 selv om Capgemini etter det anførte hadde forsøkt å få definert en klar rekkefølge siden forhandlingsmøtet den 18.05.2004. Capgemini's forsøk på å definere kvalitetsmål på det som skulle leveres, var ifølge Capgemini uttrykkelig avslått fra SB1LFs side, og «scope» var dermed langt fra lukket. Dette er bestridt av SB1LF som har vist til at den manglende fremdrift skyldes Capgemini og ikke manglende oppfølging fra SB1LFs side, hvilket etter det anførte også fremgår av referatene fra kontraktsforhandlingsmøtene, jf. blant annet neste møtereferat nedenfor.

Kontraktsforhandlingsmøte nr. 6 ble avholdt 01.06.2006, også her med samme møtedeltakere som tidligere, og med Yngvar Rund som referent.

Det fremgår av møtereferatet at Capgemini «*har behov for å bruke mer tid/ressurser for å lage en fremdriftsplan som er holdbar*», at sentrale avtalebilag og formuleringer var gjenstand for diskusjoner, og at begrepet «*fastpris*» alene eller som del av sammensatte ord, forekommer i alt seks ganger. I forbindelse med behandlingen av utkast til Hovedavtale, bilag 2, er blant annet følgende inntatt i møtereferatet:

I fastpristilbudet fra Sherwood/Capgemini er det kun tatt forbehold om at nye produktmessige strukturer (som ikke finnes på dagens forsikringsmarked) er utenfor fastprisen. Med utgangspunkt i fastprisen ble det diskutert hvordan endringer som følge av myndighetspålagte krav og/eller nødvendige markeds/produktmessige tilpasninger som oppstår under prosjektperioden, skulle håndteres. Formålet vil ikke bli omtalt i bilag 2 eller i delavtale 2, bilag 1, men derimot i bilag 4 – Endringshåndtering.

Og i forbindelse med behandlingen av Delavtale 1, bilag 1, fremgår blant annet følgende i møtereferatet:

I avsnitt 2 om grensesnitt utarbeides en oversikt over hvilke grensesnitt som er del av fastprisen. Lars Kristian i samarbeid med Roar utarbeider denne oversikten til møtet 09.06.

....

Det må videre klargjøres hva av konvertering som ligger innenfor fastprisen. Capgemini må utarbeide pristilbud og forslag til prismodell for konverteringen på delen av konverteringen som ligger utenfor fastprisen.

Capgemini klargjør disse forholdene til møtet 09.06.

Under pkt 5 «Oppgjørspunkter» er det under nr. 23/0106 som et av aksjonspunktene: «*Klargjøring av konverteringstilbud utenfor fastpris*», med frist 09.06.2004.

SB1LF har anført at Capgemini i hvert fall nå burde ha sagt fra og korrigert SB1LF dersom Capgemini ikke var enig i at fastpristilbud forelå. Det er vist til at det helt tydelig fremgår av møtereferatet at SB1LF har forutsatt at fastpris allerede var på plass. I stedet for å protestere og korrigere, ble møtereferatet godkjent i neste kontraktsforhandlingsmøte den 09.06.2006, jf. nedenfor. Dette er omtvistet.

Capgemini har hevdet at fastpristilbudet ble bestridt i møtet den 01.06.2003 da Capgemini i dette møtet ble klar over at SB1LF mente at det allerede forelå et bindende fastpristilbud på Amartautviklingen. Det ble under møtet ifølge Capgemini v/L'Orange reist spørsmål ved hva som var grunnlaget for at SB1LF mente at det allerede forelå et bindende fastpristilbud. SB1LF viste da ifølge L'Orange til Sherwood og eposten av 05.12.2003 fra Philipp Hodges. Ifølge L'Orange og Smeby møtte Sherwood v/blant annet Philip Hodges opp i neste kontraktsforhandlingsmøte den 09.06.2004 hvor han avkreftet at slikt fastpristilbud var avgitt. Kontraktsforhandlingene ble brutt etter 09.06.2006 og referatet fra dette møtet (som dermed ikke er behandlet

og godkjent i senere møte) kan ifølge Capgemini ikke tjene som en omforent dokumentasjon på at møtereferatet fra 01.06.2004 ble godkjent.

SBILF har bestridt av Capgemini i forhandlingsmøtet 01.06.2004 ikke ville vedstå seg fastpristilbudet, og har vist til at det heller ikke er spor av det i møtereferatet som ble godkjent i det påfølgende forhandlingsmøte den 09.06.2004. Det vises eller til partens anførsler nedenfor.

Når det gjelder utkastene til kontraktsdokumenter, har Capgemini hevdet at møtereferatet fra 01.06.2004 viser at SBILF endret ordlyden i foreliggende avtaleutkast til mer uforpliktende formuleringer, og at møtereferatet også inneholder eksempler på utvidelse av «scope». Det er blant annet vist til møtereferatets behandling av «Delavtale 1, bilag 1» hvor følgende er inntatt i referatet: «*Under pkt. 2 – Løsningsbeskrivelse var det enighet om at begrepet «tilsvarende funksjonalitet» også dekket funksjonsområder som er nødvendig for å skru av eksisterende fagsystem. For PLIS kan det for eksempel innbefatte utbetalinger som i PLIS håndteres i et eget utbetalingssystem eller utsendelse av brev/oppgaver til kundene m.v.*». Capgemini har anført at utsendelse av brev ikke var omfattet av de tjenester Sherwood hadde dekket i sitt svar på RFPen, og at dette dermed lå utenfor «scope». Capgemini har videre vist til at Webgrensesnitt som i utgangspunktet var definert som noe som lå utenfor Amarta av Sherwood, ifølge møtereferatet var krevd inn i Amartaløsningen. Dette var ifølge Capgemini en illojal adferd dersom SBILF samtidig høres med at det allerede forelå en fastpris mellom partene.

Den 07.06.2004 ble det avholdt et møte hvor Capgemini presenterte en helhetlig plan for oppstart av SBILF Nytt Liv og som var oversendt ved epost samme dag fra L'Orange.

Til stede under møtet var Thor-Christian L'Orange og Jan-Fredrik Seeberg fra Capgemini, samt Marit Solem, Yngvar Rund og Roar Skorge fra SBILF. Ifølge møtereferatet (referent Yngvar Rund) innledet SBILF med «*å gjennomgå bakgrunnen for møtet og den plan som nå forelås*»:

Det er ved en rekke anledninger tatt opp behovet for at Capgemini tar på en langt mer aktiv rolle i styringen og planleggingen av prosjektet. Det er en klar forventning at Capgemini som hovedavtalepartner sørger for at nødvendig og tilstrekkelig kompetanse blir tilført/bygget opp rundt utviklingen av systemplattformen Nytt Liv, grensensitt- konverterings- og de tekniske delprosjektet. Det er avgjørende for SBILF's villighet til å satse på Capgemini som hovedleverandør at innsikt i Amartautviklingen, kompetanse/kvalitet i styring og planlegging/gjennomføring av utvikling, grensesnitt, konvertering og tekniske forhold blir brakt i orden snarest Planen slik den foreligger tar sikte på å strate med Dakapo og Calibre Open så snart som mulig etter dette. Innskuddspensjon er et hovedsatsningsområde for SBILF overfor bankene og Calibre Open vil derfor også inkludere vebløsninger for bankene... .

SBILF har anført at møtereferatet og den helhetlige planen som ble presentert under møtet, ikke ga holdepunkter for at manglende data for konvertering/grensesnitt skapte vanskeligheter for Capgeminis planlegging. Referatet viser ifølge SBILF tvert i mot at det var SBILF som presset på i forhold til svikt hos Capgemini.

Capgemini har på sin side vist til at fremdriftsplanen (den helhetlige plan) allerede ble oversendt ved L'Oranges epost av 07.06.2004, dvs. mindre enn 1 uke etter at SBILF hadde kritisert Capgemini for manglende planlegging, og at den viser at planen var nødt til å forutsette en avklart rekkefølge. Fremdriftsplanen viser videre etter det anførte at Capgemini planla for et totalprosjekt inkludert konvertering og grensesnitt, og at planens innhold stilte tydelige krav til involvering av SBILFs personell som igjen berodde på rekkefølgen. At det ifølge møtereferatet en rekke ganger var tatt opp behovet for at Capgemini tok på seg en langt mer aktiv rolle i styringen og planleggingen av prosjektet, forutsatte ifølge Capgemini at det var Capgemini som skulle definere kundens leveranse, ikke kundens selv, og tonen i referatet viser ifølge Capgemini at samarbeidsklimaet var ved å rakne. Capgemini har videre hevdet at møtereferatet inneholder en ny utvidelse av «scope» når følgende ble inntatt i referatet: «*Innskuddspensjon er et hovedsatsningsområde for SBILF overfor bankene og Calibre Open vil derfor også inkludere webløsninger for bankene*». Det er vist til side 5-56 i Sherwoods «Svardokument IT Outsourcing» og avtalen av 22.02.2005 som ble inngått med Sherwood om dekningskjøpet etter at «det samlede avtaleforhold» var hevet, jf. nedenfor.

Den 07.06.2004 oversendte Lars Kristian Smeby (prosjektleder i Capgemini og ansvarlig for Pilotprosjektet) til Marit Solem m.fl. oppdaterte avtaledokumenter som ifølge SBILF viser at prosessen på dette tidspunkt var kommet langt. Dette er bestridt av Capgemini.

SB1LF har anført at oversendelsen i realiteten inneholdt et fullstendig utkast til «Hovedavtale Prosjekt Nytt Liv» som i § 1 blant annet hadde følgende formulering av oppdraget:

Formålet med prosjektet Nytt Liv er å utvikle løsninger bygget på Amartarammeverket, som tilfredsstiller SB1LFs behov for nye/strategiske forsikringsløsninger, slik at eksisterende systemer kan termineres. SB1LF skal etter endt konvertering være i stand til å drive livs- og fondsforsikringsvirksomhet i Norge, med de produkter og prosesser dette innebærer, samt underlagt de lover og regler som gjelder.

«Delavtale 1 Amarta utvikling» forelå også ifølge SB1LF i fullstendig utkast og hvor § 1 innholdt forutsetning om fastpris:

Partene har avtalt fastpris for Delavtale Amarta Utvikling, slik det fremgår av Bilag.

Capgeminis leveranse innefor den avtalte fastpris omfatter alle elementer knyttet til utviklingen av NYTTLIV, inkludert definerte grensesnitt og definerte elementer knyttet til konvertering. Prosjektet NYTT LIVs hovedmål vil være å utvikle løsninger/systemer bygget på Amartarammeverket, som tilfredsstiller SB1LFs behov for eksisterende og nye/strategiske forsikringsløsninger og setter SB1LF i stand til å drive Livs- og Fondsforsikringsvirksomhet i Norge, samt gjør det mulig å konvertere seg bort fra de eksisterende systemer. Det nærmere innhold og omfang av det arbeid som skal utføres innenfor denne Delavtale fremkommer av Bilag 1, samt Hovedavtalen med tilhørende bilag. Dette innebærer at Capgemini skal ha resultatansvar for leveransen knyttet til denne Delavtale.

SB1LF har videre vist til at Bilag 3 til Delavtale 1, «Amarta Utvikling – Vederlag- og betalingsplan», også forutsatte at fastpris forelå, mens Capgemini har vist til at det av «boksen» for slettet tekst i høyre marg til dette kontraktsutkastet, fremgår:

Slettet: Prisen er ikke inklusive garantiarbeid. (ITR: Vi bør diskutere pris ut ifra at vår pris var et netto estimat, mens de har tatt det til seg som en fast pris – altså inklusive normale risikopåslag og garanti – men slik er det jo ikke).

SB1LF har anført at dette innholdsmessig fremstår som en intern kommentar hos Capgemini om hvilken posisjon man bør innta i forhold til en erkjent forutsetning hos SB1LF om fast pris. Det er vist til at kommentaren også var slettet før oversendelsen til SB1LF (men synbar fordi man har brukt en funksjon i Word som sporer foretatte endringer). Dette er omtvistet. SB1LF har anført at «print screen» fra elektronisk versjon av dokumentet med «bokser» som viser hvem som har endret og når, NYTT, dokumenterer at kommentaren ble satt inn av Ingar T. Rønning 02.06.2004 kl. 03:13 og slettet av Seeberg etter en halvtime 02.06.2004 kl. 03:45, umiddelbart etter at han kl. 03:44 hadde satt inn det etter det anførte «kryptiske» tillegget under overskriften «Priser» i § 1:

Prisen for Amarta utvikling er netto estimat uten tillegg for verken risikotillegg (normalt 20%) eller tillegg for garantiarbeid.

Det er videre hevdet av SB1LF at dette bilaget (dvs. Bilag 3 til Delavtale 1) aldri ble lest eller behandlet i noe forhandlingsmøte før kontraktsdokumentasjonen ifølge SB1LF ble «frosset» den 16.06.2004, og anført at referatet fra kontraktsforhandlingsmøtet den 09.06.2004 viser at Capgemini umiddelbart deretter igjen bekreftet fastprisen, jf. nedenfor. Dette er alt bestridt av Capgemini.

Kontraktsforhandlingsmøtet den 09.06.2004 ble avholdt med de samme til stede som under tidligere forhandlingsmøter og fortsatt med Yngvar Rund som referent. I tillegg møtte Philip Hodges, Nick Wait og Robin McGilligan fra Sherwood som ifølge møtereferatet var til stede på deler av møtet.

Ifølge møtereferatet ble utkastene til avtaledokumenter gjennomgått, og referatet fra forhandlingsmøtet 01.06.2004 (referatet henviser til dato 09.06.2004, men det er ikke omtvistet at dette må være feilskrift for 01.06.2004) ble godkjent «med en påpeking fra Capgemini at noen av de tidsfrister som fremkommer i referatet ikke ble avtalt i møtet».

SB1LF har anført at denne godkjenningen av referatet fra forrige forhandlingsmøte, bekrefter at Capgemini på dette tidspunktet fortsatt stod ved fastprisen. Dette er bestridt blant under henvisning til Thor-Christian L'Orange og Philip Hodges vitneforklaringer som nevnt ovenfor. Capgemini har som nevnt, også vist til at møtereferatet fra 09.06.2006 ikke er et omforent og godkjent møtereferat.

Ifølge SB1LF fremgår det av møtereferatet 09.06.2004 at det forelå enighet om oppdragsbeskrivelsen under delavtalen for Amarta utvikling, jf referatets pkt 4.2 tredje avsnitt om at det var ingen bemerkninger til

oppdragsbeskrivelsen i Hovedavtalens § 1 (U IV s. 820) utover at «lover og regler som gjelder» skulle erstattes av opprinnelig ordlyd «til enhver tid gjeldende». Det var videre ifølge referatet ingen merknader til Delavtale 1 Amartautvikling som fortsatt inneholdt referanse til fastpris og oppdragsbeskrivelse. SBILF har videre vist til at det under pkt 4.2 nest siste avsnitt fremgår følgende:

«For øvrig vil ferdigstillingen av avtaleutkastet være avhengig av at Capgemini kommer med tilbud/sier hva vi kan ta ansvar for, og evt. gir beskjed om de trenger mer tid/ressurser fra SBILF for å klargjøre hva de kan ta ansvar for. Først etter dette, vil SBILF kunne foreta vurdering av hva som kreves av organisasjonen/kompetanse fra SBILF.»

Utover underbilag 1 til Delavtale 1 ble de etterfølgende bilag til denne delavtalen, herunder bilag 3 med «kommentarboksen» som nevnt ovenfor, ikke behandlet ifølge møtereferatet.

Ifølge Capgemini fremgår det av møtereferatet 09.06.2004 at SBILF fremdeles ikke «hadde forståelse av egen rolle i prosjektet». Capgemini forsøkte å involvere flere personer fra SBILF i prosessen. Det er vist til L'Oranges epost av 09.06.2004 til Marit Solem hvor han foreslo at Roar Skorge (SBILF, som senere overtok som IT-direktør etter Marit Solem, rettens anm.) ble med på forhandlingsmøtene videre fremover, blant annet «for å sikre bedre kommunikasjon på prosjektledernivå» og fordi Roar Skorge var ansvarlig for eller ble nevnt i flere av oppfølgingspunktene i referatene. Det fremgår ifølge Capgemini at Marit Solem avviste forslaget.

Capgemini har videre anført at det av møtereferatet fremgår at det pr 09.06.2004 fortsatt ikke var enighet om hvilke grensesnitt som var del av Amartautviklingen. Opprinnelig var 6 grensesnitt beskrevet i svaret på RFPen som del av Amartautviklingen. I november 2003 ble det listet opp 16 grensesnitt hvorav 6 var forskjøvet til senere fase.

I vedlegg til epost av 27.05.2004, utarbeidet av Lars Kristian Smeby (Capgemini, ansvarlig for pilotprosjektet) og Roar Skorge (SBILF) i fellesskap, ble 8 av til sammen 24 definerte grensesnitt beskrevet som funksjonalitet som ville inngå som del av Amartautviklingen. I utkast til «Delavtale 1 Bilag 1» med «Oppdragsbeskrivelse for Amartautvikling» pr. juni 2004, ble 13 grensesnitt listet opp hvorav 3 med spørsmåltegn.

Dette viser ifølge Capgemini at det i juni 2004 ikke var avklart hvilke grensesnitt som var omfattet av Amartautviklingen, mens SBILF har anført at dette i realiteten var tilstrekkelig avklart til at avtale kan anses å foreligge.

Når det gjelder konvertering, viser den fremlagte «systeminformasjon» for de forskjellige fagsystemene som forelå pr. 09.06.2004, at intet ifølge Capgemini var gjort for å kvantifisere konverteringen og avklare hva som lå innenfor og utenfor Amartautviklingen. Dette er bestridt.

Det fremgår videre av møtereferatet den 09.06.2004 at ferdigstilling av «Delavtale 1 Bilag 1» om «Oppdragsbeskrivelse for Amartautvikling», ville være avhengig av at «Capgemini kommer med tilbud/sier hva de kan ta ansvar for, og evt. gir beskjed om de trenger mer tid/ressurser fra SBILF for å klargjøre hva de kan ta ansvar for. Først etter dette, vil SBILF kunne foreta vurdering av hva som kreves av organisasjon/kompetanse fra SBILF». Ifølge Capgemini var det redegjort klart for hvilke ressurser SBILF måtte stille med, og at dette sitatet fra møtereferatet derfor «snur det hele på hodet». Dette er bestridt.

Status etter møtet den 09.06.2004 var ifølge Capgemini at det ikke var grunnlag for å definere en fastpris og å fortsette forhandlingene så lenge det skjedde stadige «scope»-utvidelser i forhandlingsmøtene, ble gitt avslag på nødvendige avgrensninger i «scope» fra SBILFs side, og det forelå manglende beslutning om rekkefølge fra SBILF kombinert med sterk kritikk for manglende planlegging. Dette ble SBILF ifølge Capgemini gjort kjent med, men bestrides av SBILF.

Den 14. juni 2004 ble det ifølge Capgemini avholdt møte mellom Thor-Christian L'Orange og Marit Solem hvor Capgemini avviste at det var avgitt et bindende fastpristilbud.

Dette er bestridt av SBILF som har vist til at det heller ikke foreligger noe møtereferat eller annen begivenhetsnær dokumentasjon som kan bekrefte dette. SBILF har videre anført at Forprosjektet som det deretter ble tatt initiativ til, ikke ville ha blitt iverksatt dersom Capgemini allerede i juni hadde tilkjennegitt at man ikke vedstod seg fastpristilbudet. Usikkerheten rundt Capgeminis kompetanse, ressursituasjon og planlegging, medførte imidlertid «frys» av kontraktsdokumentasjonen i påvente av forprosjektet. Det er vist til Marit Solems epost av 14.06.2004 med innkalling til møtet 15.06.2004 hvor gjennomgang av «P4P» (Plan for Plan) og videreføring av diskusjon knyttet til «dagens urimeligheter» m.m. skulle behandles. «Dagens urimeligheter» må ifølge SBILF gjelde den usikkerheten som forelå rundt Capgeminis kompetanse og

ressurssituasjon m.v.. Det er i denne forbindelse også vist til referat fra styringsgruppemøte nr. 6 i pilotprosjektet den 15.06.2004, hvor SB1LF etterlyste mer forsikringskompetanse hos Capgemini og påpekte usikkerheter i planverket. Ifølge Capgemini gjaldt «*dagens urimeligheter*» nettopp at Capgemini i møtet den 14.06.2004 igjen hadde bestridt eksistensen av et bindende fastpristilbud, og ikke usikkerhet rundt Capgeminis kompetanse og ressurssituasjon m.m. Det er vist til blant annet L'Oranges forklaring.

Ved epost av 21.06.2004 besvarte Ola Furu diverse spørsmål fra Marit Solem hvor svarene ble flettet inn under hvert spørsmål i den epost han hadde mottatt fra Marit Solem. Det fremgår av svarene blant annet at: «*Leif Tore (Sætermoen, påtenkt prosjektleder i hovedprosjektet, rettens anm.) og jeg begynner arbeidet med rigging av forprosjektet asap, med målsetning om et planverk for FP klart når du er tilbake. Tre hovedområder: – Strategier for produkt-/data-/migrering – prosjektgjennomføring («filosofi» og prinsipper) for hovedprosjektet (her inngår avklaringer og avtale med sherwood, samt kompetanseplanlegging), – plan for forhandlinger*».

Det fremgår videre av svarene at: «*Fra nå er Leif Tore (dvs. Leif Tore Sætermoen, rettens anm.) HPL. Sammen med meg skal Capgemini kunne håndtere alle beslutninger, og fremstå som EN leverandør*».

SB1LF har anført at denne eposten fra Ola Furu klart viser at det ikke forelå brudd i kontraktsforhandlingene den 16. juni 2004 slik Capgemini hevder.

Den 21.06.2004 ble det avholdt ekstraordinært styringsgruppemøte i Pilotprosjektet hvor Marit Solem orienterte om «kontraktsløpet Nytt Liv» og «planarbeid for hovedprosjektet», og hvor forutsetningen om fastpris ifølge SB1LF igjen fremgår av møtereferatet.

Capgemini har vist til at dette ekstraordinære styringsgruppemøtet ble avholdt uten at representanter fra Capgemini var til stede (som også fremgår uttrykkelig av møtereferatet).

At kontraktsforhandlingene ble forsinket på grunn av SB1LFs egne forhold, finner imidlertid ifølge Capgemini støtte i møtereferatet fra det ekstraordinære styringsgruppemøtet: «*SF (Stein Fjeld, senere prosjektleder for Nytt Liv etter hevingen, rettens anm.) mente at det var viktig at SB1LF har roller som kan matche leverandøren for å sikre mottak og styring av leveransen*», og at: «*EG (Eivind Gjerdal, konserndirektør IT SpareBank 1 Gruppen, rettens anm.) mente at dette (dvs. ut fra sammenhengen: «Forståelse for oppdraget », rettens anm.) var vesentlige områder og at dette styringsmessige indikerte at prosjektet var utenfor kontroll og om man burde vurdere å engasjere en 3. part på «vår» side*». At kontraktsforhandlingene ble forsinket på grunn av SB1LFs egne forhold, er bestridt av SB1LF.

Kontraktsdokumentene på tidspunktet for «frys"/"bruddet» i kontraktsforhandlingene:

Ifølge SB1LF var kontraktsdokumentene for Amartautviklingen i hovedsak ferdigstilt med stor grad av kommersiell enighet på «frystidspunktet» i juni 2004.

Delavtalene for grensesnitt og konvertering var ikke avklart, men disse lå utenfor Amartautviklingen. Utkastene til kontraktsdokumenter på «frys»-tidspunktet fremgår blant annet som vedlegg til Ingar T. Rønnings epost av 28.06.2004 til Marit Solem m.fl..

En sammenligning med tilsvarende kontraktsutkast pr. 07.06.2004, viser ifølge SB1LF at det kun var foretatt enkelte endringer og at disse endringene var i samsvar med den enighet som ifølge møtereferatet fra 09.06.2004 forelå da, og hvor f.eks. opprinnelig tekst «*til enhver tid er gjeldende*» igjen var tatt inn i § 1, og hvor teksten i § 3 var endret i samsvar med enigheten i møtet den 09.06.2004. Tilsvarende gjelder ifølge SB1LF Hovedavtalens bilag 4, «*Endringshåndtering*», hvor den viktigste endringen fra 07.06.2004 var presisering av hva som skulle representere endringer med m.h.t. nytt lovverk/produktstruktur, og som ifølge SB1LF også implementerte enighet i møtet 09.06.2004, U V s. 1039. Ellers foreligger det fra 07.06.2004 ingen endringer i «*Delavtale 1 Amarta Utvikling*» som er den delavtalen som regulerer det SB1LF mener det foreligger fastpris på. I bilag 1 til Delavtale 1 foreligger det i forhold til kontraktsutkastet 07.06.2004 en presisering av «*begrepet*» «*tilpasses/tilgjengeliggjøres for distributører og kunder*» i pkt 2 «*Løsningsbeskrivelse*», hvor endringen er tatt direkte fra møtereferatet 09.06.2004. Videre inneholder samme pkt 2 annet avsnitt en implementering av enighet fra 09.06.2004 om at dette avsnittet skulle oppdateres med utgangspunkt i «*grensesnittreferatet*», samt at referanse til «*omforent*» i tredje avsnitt skulle tas bort, og at pkt 2 sjette avsnitt skulle ha følgende tilføyelse: «*Dokumentet er utarbeidet for planleggingsformål og skal ikke legge begrensninger på det arbeidet som skal gjennomføres i Workshop under Business og Solution Modellering fasene*». Hovedavtalens bilag 12, «*Alminnelige vilkår*» inneholdt en ifølge SB1LF god del endringer sammenlignet med versjon 07.06.2004, men dette skyldtes ifølge SB1LF at versjonen som var oversendt

07.06.2004, var en eldre utgave som var diskutert i møte mellom Ingar Rønning og Trond Kiplesund den 04.06.2004, og den versjonen som ble oversendt etter «frys», er identiske med det reviderte utkast til Alminnelige vilkår som ble oversendt fra Kiplesund til Rønning etter møtet den 04.06.2004. Ellers er bilagene til Hovedavtalen ved «frys» ifølge SB1LF i hovedsak uforandret og/eller gjelder forhold som ikke er særlig kontroversielle slik som f.eks. bilag 3 om «Kvalitetssystem, dokumentasjon og revisjoner», bilag 5 om «Krav til IKT-sikkerhet i Amarta» og bilag 10: «Koordinering og oppfølging av helhetlig gjennomføring».

SB1LF har anført at denne gjennomgangen av kontraktsdokumentene på «frys»-tidspunktet, sammenholdt med referatene fra kontraktsforhandlingsmøte og tidligere kontraktsutkast, viser at utkastet til Hovedavtale var fullstendig, og at det også forelå enighet om de fleste bilagene, herunder den helt sentrale Delavtale 1 om Amartautvikling. Ifølge SB1LF passer karakteristikken «rudimentære utkast» bare på to av bilagene, nemlig Delavtale 2 «Grensesnitt» og Delavtale 3 «Konvertering», som ikke omfattes av fastprisen og det partene tvistes om. Ellers hadde avtalebilagene med størst kommersiell betydning gått frem og tilbake mellom partene og var ifølge SB1LF i det vesentlige omforent på «frys»-tidspunktet.

Dette er bestridt av Capgemini som har anført at utkastene til kontraktsdokumenter tvert i mot viser at partene stod langt fra hverandre, at det forelå en rekke uferdige elementer i forhold til det totalprosjekt som partene forhandlet om, herunder også uferdige elementer i forhold til selve Amartautviklingen. Hovedavtalen forutsatte ifølge Capgemini helt klart et totalprosjekt, jf. § 3 og ordet «komplett» i hovedavtalens § 1. I bilagene til hovedavtalen var det ifølge Capgemini fremsatt en rekke forslag som ikke var drøftet og avklart mellom partene da kontraktsforhandlingene ble brutt. Blant annet inneholdt SB1LFs utkast til Hovedavtale bilag 6 om «tekniske forhold», ifølge Capgemini detaljerte krav hvor SB1LF prøvde å pålegge Capgemini ansvar utover det som det ville være rimelig å pålegge en utstyrsleverandør, og som var langt fra ferdigforhandlet. Når det gjelder «Delavtale 1, Bilag 1», var rekkefølgen i Amartautviklingen, grensesnitt og «scope» forøvrig uavklart. «Delavtale 1 Bilag 3» med prisforhandlinger var ikke ferdigforhandlet. «Delavtale 1 Bilag 2» må i sees i sammenheng med bilag 2 til hovedavtalen som forutsetter et totalprosjekt. De øvrige utkast til kontraktsdokumenter fremstår ellers ifølge Capgemini som foreløpige og rudimentære utkast, og enkelte kontraktsdokumenter som skulle lages, forelå heller ikke i utkasts form.

Perioden juli – medio september 2004:

Partene var ifølge epost av 25.06.2004 fra Trond Kiplesund til Ola Furu «enige om at det var nødvendig å gjennomføre et forprosjekt for å utrede og etablere en felles forståelse, samt skape trygghet og tillit før en eventuell oppstart av Hovedprosjektet knyttet til Nytt Liv satsningen»: «Utkast til mandat utarbeides av Capgemini, og presenteres/diskuteres med SpareBank 1 i uke 32, med sikte på å etablere et omforent mandat. Partene er enig i at resultatet av det arbeidet som gjøres innenfor Mandatet, vil være relevant input til de etterfølgende kontraktsforhandlinger vedrørende Hovedprosjektet»:

Dersom det mot formodning skulle bli slik at partene ikke inngår avtale for Hovedprosjektet, er SparBank 1 innstilt på å diskutere hvorvidt deler av det arbeidet som Capgemini har utført under forprosjektet kan være av en slik art at SparBank 1 skal betale for det.

Før prosjektmandatet var avklart, ble prosjektet etter det opplyste påbegynt.

Capgeminis første utkast til prosjektmandat bar ifølge SB1LF preg av forsøk på «nullstilling» i forhold til kontraktsforhandlingene våren 2004 og status ved «frys», idet utkastet ikke tok hensyn til det som til da hadde skjedd og var avklart gjennom kontraktsforhandlingene. Dette er så vidt retten forstår også erkjent av Capgemini som har anført at forutsetningene for forprosjektet – slik Capgemini oppfattet det – var at partene startet med «blanke ark» etter møtet mellom Ola Furu og Marit Solem den 15.06.2004, og at SB1LF dagen før, i møte mellom Thor-Christian L'Orange og Marit Solem, i hvert fall var blitt gjort kjent med Capgeminis holdning til fastprisspørsmålet. Capgemini hadde satt inn nytt personell og forutsatte at partene startet med «blanke ark». Dette er, som nevnt, bestridt av SB1LF.

I det endelige og reviderte utkast til prosjektmandat av 18.08.2004 (versjon 09), var Capgeminis «nullstilling» fjernet og erstattet av en henvisning til kontraktsforhandlingene pr. 16.06.2004. Formålet med forprosjektet ble angitt å være at Capgemini ønsket å gi SB1LF «en trygghet for gjennomføring av dette forretningskritiske prosjektet» m.m, samt at: «Forprosjektet ville i tillegg bidra til å slutføre uavklarte områder i kontraktsforhandlingene slik de forelå pr. 16.06.2004». Om bakgrunnen for forprosjektet ble det i mandatet vist til pilotprosjektet og at det parallelt med pilotprosjektet, var blitt ført kontraktsforhandlinger som blant annet

hadde avdekket: *«Behov for at CG og SGSS får en felles forståelse for hva fastpristilbudet innebærer for gjennomføringen av hovedprosjektet.»*

Videre fremgår at det at det (med utgangspunkt i prosjektmandatet) skulle utarbeides en *«prosjektbeskrivelse for forprosjektet med blant annet en detaljert plan med aktiviteter, milepæler, avgrensninger, roller, kompetansebeov»* mm, og hvor forprosjektet skulle bemannes med utvalgte nøkkelressurser fra SBILF, Capgemini og Sherwood:

Av aktivitetne som skal gjennomføres for å sikre utarbeidelse av planen, og således forberede et hovedprosjekt best mulig, skal bl.a. følgende aktiviteter gjøres:

- Sikre omforenet forståelse mellom CG og SGSS for fastpristilbud.*
- Sikre forståelse for totaliteten/kompleksiteten gjennom å utarbeid en helhetlig gjennomføringsstrategi for konvertering, grensesnitt og selve Amarta utviklingen.*

–

- Utarbeide overordnet plan for hovedprosjektet (aktiviteter/ressursbehov/tidsforløp)*

- Utarbeide detaljert plan/risikoanalyse for fase 1 av hovedprosjektet*

–

I styringsgruppemøte 20.08.2004 hvor både SBILFs og Capgeminis administrerende direktør var til stede, ble prosjektmandatet godkjent. Det fremgår av møtereferatet (referent Leif Sætermoen i Capgemini) at Eivind Gjerdal (Konserndirektør IT SparBank 1 Gruppen) i dette styringsgruppemøtet reiste spørsmål om *«hvor partene står i forhold til fastpristilbudet»*:

«Ola Furu svarte da at fastpristilbudet er relatert til Amarta utviklingen, slik den var beskrevet i det opprinnelige tilbudet fra Sungard Sherwood. Det vil bli gitt en nærmere orientering om dette på neste styringsgruppemøte».

SBILF har anført at Capgemini ved dette igjen bekreftet eksistensen av fastpristilbudet, nå med administrerende direktør Karlsson i Capgemini til stede. Capgemini har anført at Ola Furu ved sitt svar verken bekreftet eller avkreftet at det opprinnelige tilbudet eksisterte, og at han ikke sa noe om hvordan Capgemini vurderte fastpristilbudet.

Den 31.08.2004 ble det utarbeidet et notat om *«status kontraktsforhandlinger»* som ifølge SBILF ble utarbeidet av Marit Solem, Yngvar Rund og Jan-Fredrik Seeberg i fellesskap. Notatet forutsetter ifølge SBILF at det eksisterer et fastpristilbud og enighet *«om det meste»*. Fra notatet hitsettes:

«Det følgende er en kort oppsummering av de viktigste punktene i kontraktsforhandlingene, herunder også fastpriselementet. De foreløpige kontraktsforhandlingene med Capgemini og Sungard Sherwood ble gjennomført i perioden 16. april 2004 til 16. juni 2004. Det ble avholdt en rekke forhandlingsmøter. På de fleste områder er oppnådd enighet, men det er også uavklarte punkter ...».

Det presiseres i notatet at egne delavtaler for konvertering og grensesnitt ikke *«omfattes ... av fastpristilbudet»*.

Capgemini har bestridt at dette notatet er utarbeidet i fellesskap og at det er et omforent dokument. Det er blant annet vist til at Ola Furu tok avstand fra innholdet da dette ble forelagt ham for signatur. SBILF har vist til at notatet var ett av flere underbilag til styringsgruppemøte 02.09.2004 som ble sendt ut av Capgemini v/Leif-Tore Sætermoen. Det er vist til epost av 01.09.2004 fra Leif-Tore Sætermoen til Ole-Wilhelm Meyer m.fl. hvor dette fremgår. Oversendelsen fra Capgemini selv taler ifølge SBILF for at det dreide seg om et omforent dokument, og det er vist til at notatet også ble behandlet i styringsgruppemøte nr. 02 for Forprosjektet den 02.09.2004 med følgende resultat ifølge møtereferatet:

«Notat om status kontraktsforhandlinger var distribuert til møtedeltagerne sammen med møteinnkallingen. Det fremkom ingen kommentarer til selve notatet, men det ble bedt om at Capgemini på neste styringsgruppemøte ga en redegjørelse for status på avtale mellom Sherwood og Capgemini.»

Capgemini har anført at notatet umiddelbart ble *«motsagt»* av Capgemini v/Ola Furu, selv om dette ikke fremgår av møtereferatet. SBILF har vist til at møtereferatet ble skrevet av Capgemini v/Leif-Tore Sætermoen og godkjent i neste styringsgruppemøte den 09.09.2004 uten noen bemerkninger til referatets omtale av

statusnotatet. SB1LF har anført at dette ikke stemmer godt med at notatet ble motsagt av Furu i møtet. I begge styringsgruppemøtene var både administrerende direktør i SB1LF og Capgemini til stede.

Den 03.09.2004 forelå evalueringsrapport for Pilotprosjektet fra Roar Skorge (SB1LF) hvor konklusjonen blant annet var at:

«Prosjektet har testet ut at verktøy, metode og utviklingsmiljø fungerer. Dette er dokumentert ved gjennomføring av Business Modelling, Solution Modelling og Build. I tillegg har pilotprosjektet utviklet en enkel prototype ved bruk av Amarta rammeverk». «Samarbeidet med Capgemini og SGSS har fungert godt. Prosjektet har avdekket at det er et behov for et helhetlig ansvar knyttet til Amartaautvikling, grensesnitt og konvertering. Capgemini må styrke kompetansen knyttet til forsikring og Amartarammeverket for å kunne være en samarbeidspartner som reduserer gjennomføringsrisikoen for «Nytt Liv» satsningen». «I hovedsak har Piloten vist at tilstrekkelig kapasitet og kompetanse hos alle parter er en nøkkel til gjennomføringsevne. Det betyr at alle parter; SB1LF, Capgemini og SGSS må sikre: – nødvendig kompetanse med navngitt ressurskontakter, – kapasitet til enhver tid i prosjektet, SB1LF og BITE må kunne: – Bemanne fra intern organisasjon, – Fylle på fra eksternt hold eller andre steder i alliansen».

Den 07.09.2004 ga Capgemini en presentasjon av anbefalt implementeringsplan for «Nytt Liv» for ledergruppen i SB1LF om prioriterte produktlinjer som innebar en anbefalt fremskyting av Unit Link produktene og dermed tidlig utfasing av fagsystemene «Prolink» og «Calibre Open», og med etterfølgende Amartaautvikling for tradisjonelle individualprodukter med utfasing av fagsystemene «PLIS», «Dakapo» og «Prolife», og til slutt gruppeliv- og tradisjonelle kollektivpensjonsprodukter med utfasing av «PMS-Gruppe», «GIWS» og «KGEN».

Det fremgår av statusrapport Styringsgruppemøte nr. 3, opprettet 07.09.2004, at

«Anbefalt gjennomføringsstrategi og utviklingsrekkefølge for Amartaløsningen ble presentert i ledermøte den 07.09.04 og fikk tilslutning.»

SB1LF har under hovedforhandlingen erkjent at forskyvningen av Unit Linkproduktene til fase 1, medførte en økning av fastprisen fra kr 79.554.262 til kr 84,6 millioner, jf. Capgemini v/Jan-Fredrik Seebergs epost av 19.05.2004 som nevnt ovenfor, og har endret påstanden i samsvar med dette. Forskyvningen skjedde imidlertid ifølge SB1LF etter anbefaling av Capgemini. Dette er bestridt av Capgemini som har vist til at utviklingsrekkefølgen først og fremst berodde på en forretningsmessig vurdering og avgjørelse fra SB1LFs side. Avklaringen av rekkefølgen hadde ifølge Capgemini blant annet betydning for Forprosjektets formål om å: «Utarbeide forslag til gjennomføringsplan for prosjektet «Nytt Liv», som underlag for kontrakt og oppstart av hovedprosjektet».

Styringsgruppemøtet nr 03 i Forprosjekt «Nytt Liv» ble avholdt 09.09.2004, og det fremgår av møtereferatet at utkast til prosjektbeskrivelse var klart, og at den anbefalte gjennomføringsstrategi og utviklingsrekkefølge for Amartaløsningen som nevnt ovenfor, hadde gitt grunnlag for «utarbeidelse av «First cut» av gjennomføringsplaner for hvert av delprosjektene, vil gi underlag for sammensettingen av «First cut» overordnet gjennomføringsplan for prosjektet Nytt Liv. Disse planleggingsaktivitetene er godt i gang».

Av møtereferatet fremgår videre blant annet at aktiviteter for spesifikasjon av teknisk plattform for Nytt Liv var noe forsinket: «Nødvendige tekniske avklaringer er utestående på grunn av manglende tilgang på tekniske ressurs personer fra BITE (dvs. SB1LF, rettens anm). Problemstillingen er eskalert og tiltak iverksatt».

Dette viser ifølge Capgemini at manglende tilgang på ressurspersoner hos SB1LF fortsatt var et problem på dette tidspunkt.

Perioden 16.09. – 28.10.2004:

Styringsgruppemøtet 04 ble avholdt 16.09.2004 hvor «presentasjon av observasjoner og anbefalinger fra Capgemini ble gjennomgått av Ola Furu».

Ifølge SB1LF var det i denne forbindelse at Capgemini første gang meddelte at Capgemini ikke vedkjente seg fastpristilbudet og ga uttrykk for at man vil over på regningsarbeid.

Ola Furus presentasjon under møtet ble vedlagt møtereferatet, og under overskriften «Situasjonsbeskrivelse «Nytt Liv»» og «Bakgrunn», omtales det fastpristilbud som SB1LF mener forelå, som en «forventning om fastpris 80' på Amartaautvikling» og med forutsetning om «Håndterbart risikobilde» og «Fixed scope = fixed

price», at: «For høy risiko for alle parter – iverksett aktiv risikohåndtering asap» samt «Behov for endring av merkantil modell». Ola Furu anbefalte at Business Modelling og Solution Modellingfasene ble gjort som regningsarbeid, og med fastpris kun på Build og test.

Basert på presentasjonen og etterfølgende diskusjon under styringsgruppemøtet, ble det ifølge referatet bedt om en skriftlig redegjørelse fra Capgemini innen kl 1600 den 20.09.2004. Samtidig ble det «bedt om at forprosjektet fortsetter inntil videre i henhold til gjeldende plan».

I sin redegjørelse av 20.09.2004 (med vurdering av risiko relatert til gjennomføring av den delen av hovedprosjektet «Nytt Liv» som handler om Amartautviklingen og leverandørens forståelse av hva som foreligger av formelle dokumenter, kundens forventninger, risikovurdering, anbefaling og forslag til videre arbeid) uttalte Capgemini v/Ola Furu at:

«De estimerte prosjektkostnader fra Sherwood pr. 05.12.2003 for Amartautvikling var

NOK 79 554.262 og hadde en vedståelsesfrist til 29.02.2004. Leverandøren forstår det da slik at det ikke foreligger noen bindende avtale mellom partene for Amartautviklingen. Leverandøren er imidlertid fullt ut innforstått med at Kunden har en klar forventning om at Amartautvikling kan leveres på en fastpris stor 80mnok, og at dette ville måtte danne utgangspunkt for kontraktsforhandlinger. Dette har også vært intensjonen med arbeidet i forprosjektet».

Samtidig fastslås det at SB1LFs bestillerorganisasjon etter Capgeminis oppfatning fortsatt ikke er i stand til å håndtere prosjektet.

SB1LF har vist til at redegjørelsen helt ignorerte Pilotavtalen og de etterfølgende kontraktsforhandlinger, og at omtalen av fastprisen som kun forventning hos SB1LF, åpenbart var uriktig. Capgeminis redegjørelse ble besvart av SB1LF v/Marit Solem og Yngvar Rund den 22.09.2004, og under henvisning til pilotavtalens § 7 samt etterfølgende kontraktsforhandlinger hvor fastpristilbudet etter SB1LFs oppfatning var blitt opprettholdt, og også bekreftet av Ola Furu da han overtok ledelsen av prosjektet, fastholdt SB1LF at det forelå et bindende fastpristilbud.

Capgemini har anført at dette var første gang at Capgemini ble gjort kjent med at SB1LF mente at Pilotavtalen fortsatt var gjeldende.

Styringsgruppemøte nr. 05 ble avholdt 23.09.2004. Møtereferatet fra forrige styringsgruppemøte ble godkjent med følgende kommentar:

1. På direkte spørsmål fra SB1 om Capgemini går bort fra fastpris, svarte Capgemini at dersom SB1LF insisterte på fastpris, var Capgemini beredt til å levere et prosjekt for 80 MNOK.

Redegjørelsen fra partene som nevnt ovenfor, ble tatt til etterretning uten at det ble trukket noen endelig konklusjoner eller oppnådd enighet om nødvendige tiltak.

Styringsgruppemøte nr. 06 hvor både administrerende direktør i SB1LF og Capgemini var til stede slik som i tidligere møter, ble avholdt 07.10.2004. Møtereferatet fra forrige styringsgruppemøte ble godkjent «med følgende tillegg til møtereferat for styringsgruppemøte 04»:

1. På direkte spørsmål fra SB1 om Capgemini går bort fra sitt tilbud om å levere spesifisert løsning til tilbudt pris, så svarer Jan Erik Karlsson (adm. dir. i Capgemini, rettens anm.) at Capgemini ikke står ved sitt fastpris tilbud. Capgemini mener at det ikke foreligger et tilbud på installasjon av Amarta.

2. På møtet ukene senere kommenterer Capgemini på denne saken at dersom SB1LF insisterer på fastpris, er Capgemini beredt til å levere et prosjekt for 80 MNOK, men da ikke basert på gjeldende kravspesifikasjoner.

3. Det ble opplevd som uheldig fra SB1LF side at det i løpet av kort tid i forprosjektet ble identifisert 2 nye risikomomenter med høy sannsynlighet og konsekvens, som ikke var blitt omtalt tidligere.

Det fremgår videre av møtereferatet at Capgemini med utgangspunkt i prosjektmandatet og tilhørende prosjektbeskrivelse for forprosjektet, anså forprosjektet som ferdigstilt:

«Hovedprosjektet «Nytt Liv» er foreslått delt opp i et sett av arbeidspakker som til sammen utgjør hele prosjektet». «Estimert omfang av Amarta utvikling er i samme område som estimert omfang pr. 05. des. 2003». «Planen sprer konvertering av de 8 eksisterende fagsystemer over 2 år. Dette vurderes som

akseptabelt og gjennomførbart». «SBILF får glede av nye funksjonalitet for Unit Link produkter før 2007». «Omfanget av utvikling av Amarta løsningen er brakt tilbake til nivået pr. 05. des. 2003».

Ifølge «*Estimering og kostnadsberegning av Amarta utvikling*» som så vidt retten forstår ble vedlagt møtereferatet, var estimert kostnad for Amarta utvikling pr. 05. desember 2003 på NOK 79 554.262 basert på et estimert omfang på 76 000 timer hvor «forretningsbrukere» deltakelse ikke var inkludert (23 000 timer), men hvor kostnadsberegningen forutsatte bruk av offshore ressurser, og hvor kostnader til lisenser og vedlikehold var estimert til NOK 31 770 94. Det fremgår videre at:

Estimert timomfang pr. 22.09.2004 var 115.912 timer.

– Estimert kostand ble i styringsgruppemøte kjøpt anslått til NOK 150.000.000,- basert på en gjennomsnittlig timepris på kr 1000,- og samme beløp for lisenskostnader og vedlikehold.

– Tallene 150.000.000 og 79.554.262 kan ikke direkte sammenlignes da disse er basert på faktisk ulike gjennomsnittlig timepris.

Ifølge vedlegget var 23 000 timer for forretningsbrukere inkludert i estimatet på 115.912 timer, og grunnlaget var «*ny gjennomføringsrekkefølge*», og med forbehold om at; «*Omfanget av testaktiviteter var ikke tilstrekkelig kvalitetssikret og avstemt på dette tidspunktet*», men: «*"Alt" av funksjonalitet var inkludert*».

Capgemini presentasjon «*Forutsetninger for videre arbeid*» som var vedlagt møtereferatet, etterlot ifølge det anførte SBILFs representanter følelsen av at «*alt flyter*» m.h.t. kostnadsramme.

Ved epost av 11.10.2004 fra Gavin Lavelle (Sherwood) til Marit Solem ble Letter of Intent (mellom SBILF og Sherwood fra 30.03.2004, jf. ovenfor), bekreftet forlenget til utløpet av oktober.

Ved epost av 12.10.2004 fra Capgemini v/Leif Tore Sætermoen ble en omfattende dokumentasjon fra Forprosjektet levert SBILF v/Marit Solem i elektronisk form med blant annet «*leveransedokumentene fra Forprosjektet*», «*Introduction*», «*Anbefalt implementeringsplan*» (som ble presentert 07.09.2004 jf ovenfor), «*Work packages – Project Organisation – Project plan – Resource allocation*», «*Nytt Liv – Overall planning assumptions – Scoping Document*», «*Nytt Liv – Amarta Development – Scoping Document*», «*Nytt Liv – Calculations – Scoping Document*», «*Konverteringsbeskrivelse Amarta*», «*Nytt Liv – Interface Project – Scoping Document*», «*Test strategy*», «*Nytt Liv – Project Office and Solution Group – Scoping Document*», «*Nytt Liv – Mobilisation – Scoping Document*», «*Teknisk plattform for utvikling og test*», «*Oppsummering teknisk workshop – forprosjekt*», «*Build QMS*» og «*Project Handbook*».

«*Nytt Liv – Amarta Development – Scoping Document*» angir ifølge SBILF gjennomgående hvilke Amartaprosesser som ifølge Sherwood anses innenfor/utenfor scope, uten nærmere funksjonalitetsbeskrivelse, og gir ikke uttrykk for resultatansvar m.h.t. at den forutsatte funksjonalitet oppnås for SBILF:

In the course of considering these proposals, it has been our overall aim to achieve the following fundamental objectives:

- That the level of functionality must be at least equal to that provided by the existing eight systems; and*
- Must be of sufficient level to support existing products*

Conclusions have been based on our understanding of existing functionality from documents supplied, our understanding of Norwegian legislation and discussions with SBILF users during the Pilot Phase.

SBILF har anført at mesteparten av materialet fra forprosjektet ikke synes å ha noen naturlig plass i de sentrale kontraktsdokumentene pr. 16.06.2004, «*selv om noe utfylling kan tenkes*». Capgemini har anført at man gjennom avklaringen av rekkefølgen og utarbeidelsen av «scope»-dokumentet, nå hadde fått grunnlag for å vurdere omfang og risiko som forutsetningen for eventuell fastpris.

Ved brev av 19.10.2004 fra administrerende direktør Ole-Wilhelm Meyer til administrerende direktør Jan Erik Karlsson ba SBILF under henvisning til den usikkerhet som «*i den senere tid var fremkommet*», avklart om Capgemini stod fast ved sitt fastpristilbud:

Før forprosjektet avsluttes og forhandlinger om Hovedprosjektet videreføres, må vi be om en endelig avklaring på om Capgemini erkjenner at det foreligger et bindende fastpristilbud. Som Capgemini sikkert forstår er dette av vesentlig betydning for oss.

Ved epost av 20.10.2004 fra Ola Furu til Ole-Wilhelm Meyer erklærte Capgemini at:

Det eksisterer fra Capgemini ikke noe bindende fastpristilbud på Amartautvikling.

Tilsvarende ble gjentatt av administrerende direktør Jan-Erik Karlsson i brev av 21. oktober 2004.

Den 21.10.2004 avholdt Capgemini en presentasjon av leveransen fra forprosjektet slik som redegjort for i epost av 15.10.2004 fra Ola Furu (oversendt av Jan-Fredrik Seeberg) til Ole-Wilhelm Meyer.

Forut for dette hadde Capgemini v/Leif Tore Sætermoen mottatt epost av 18.10.2004 fra Marit Solem hvor det fremgår at hun hadde avklart med Ole-Wilhelm Meyer at «vi bruker torsdagens (dvs. 21.10.2004, rettens anm.) til en presentasjon av det materiellet vi har mottatt». «Det er planlagt at våre fremtidige prosjektlokaler skal være i 3. etg. Denne flyttingen vil foregå førstkommende fredag/helg.. ..»

Hevningserklæringen 28.10.2004:

Ved advokat Magnus Hellesylts brev av 28.10.2004 til Capgemini erklærte SBILF deretter hevning av partenes samlede avtaleforhold under henvisning til Capgeminis benektelse av at det forelå «*juridisk bindinger vedrørende prisen på deler av det som skal ytes, og endog indikerer en pris som er vesentlig høyere*», var uttrykk for antesipert og vesentlig mislighold, og som ga grunnlag for krav på restitusjon av erlagte ytelser og krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Ved epost av 28.10.2004 fra SBILF v/adm. dir. Ole-Wilhelm Meyer til Gavin Lavelle ble Sherwood underrettet om hevningen og invitert til direkte forhandlinger om utvikling og implementering av Amarta hos SBILF.

Hevningsgrunnlaget og erstatningsansvar ble bestridt ved brev 03.11.2004 fra Capgeminis svenske sjefsjurist.

Ved brev av 01.12.2004 til Sparebank1 Gruppen AS varslet Capgemini om at forprosjektet ville bli fakturert med NOK 2 326.439 «*av total kost pålydende MNOK 4.097.272*» «*Sungards kostnader ikke medregnet*». Det er ikke omtvistet at kravet deretter ble fremsatt ved faktura av 09.12.2004, og at rente etter forsinkelsesrenteloven kan kreves fra 09.01.2005 dersom kravet er berettiget. Plikten til å betale fakturaen ble imidlertid bestridt ved brev 03.12.2004 fra Wiersholm til Capgemini under henvisning til at «det samlede avtaleforhold» var hevet, og at SBILF «*vert imot*» hadde krav på tilbakebetaling av det samlede vederlag som var ytet fra SBILF.

Ved brev av 14.01.2005 fra Brækhus Dege til Wiersholm bestred Capgemini på nytt at det forelå noe fastprisbinding og hevningsgrunnlag, og det ble tatt forbehold om å fremsette misligholdssanksjoner med «bl.a. erstatningskrav om den positive kontraktsinteresse og prekontraktuelt ansvar».

Den 22. februar 2005 ble avtale om dekningskjøp inngått mellom SBILF og Sherwood. Forhandlingene hadde da pågått siden november 2004. Svensk rett ble lagt til grunn for avtalen, og SBILF har under henvisning til timerapport fra Advokatfirmaet «Wiersholm, Mellbye & Bech» på til sammen 242,75 timer og med et samlet honorarkrav på 410.300, anført at det ikke er grunnlag for Capgeminis «anklage» om unødvendig sammel i kontraktsforhandlingene med Sherwood, og som er anført å ha betydning for SBILFs erstatningskrav. Når det gjelder innholdet i Sherwoods oppdrag etter avtalen, er det under henvisning til «*Subschedule A to Schedule 5 – Agreement for the Supply of Professional Services*» anført av SBILF at oppdragsbekreftelsen i pkt. 2.1, samsvarer godt med tilsvarende bestemmelser i avtaledokumentene mellom Capgemini og SBILF på frystidspunktet 16.06.2004. Det er videre vist til at den avtalte prismodell ikke er en fastpris, men innebærer en risikodeling mellom SBILF og Sherwood, hvor Sherwood skal levere inntil 48 000 timer til 92/ 44 (onshore/offshore ressurser) pr. time, og ytterligere 20 000 timer til en noe redusert timepris (77/ 43) dersom prosjektet ikke blir fullført innenfor de første 48 000 timene, og deretter ytterligere 7 000 timer gratis dersom prosjektet heller ikke blir fullført innenfor disse timene.

Ved brev av 08.04.2005 fra Wiersholm til Brækhus Dege ble det redegjort nærmere for SBILFs restitusjons- og erstatningskrav som det var varslet om i hevningsbrevet, og hvor kravet ble beregnet til samlet NOK 36,7 millioner med tillegg av «eventuell prisdifferanse på dekningskjøpet». Dette er samsvarer med det krav som SBILF fortsatt gjør gjeldende i saken.

Ved brev av 31.05.2005 fra Brækhus Dege til Wiersholm ble SBILFs krav avvist med en mer detaljert argumentasjon, og det ble samtidig varslet om motkrav på «positiv kontraktsinteresse» på NOK 4 mill.

* * * * *

Etter en del ytterligere brevveksling og møter mellom partene – med etter det opplyste felles faktumgjennomgang og samtaler med nøkkelpersoner – ble nærværende søksmålet reist ved stevning av 22.12.2005. Den 30. og 31. mai 2006 ble det forgjeves gjort forsøk på å løse saken gjennom rettsmekling.

Hovedforhandlingen ble deretter avholdt fra 29. august til og med 20. september 2006, dvs over til sammen 16 rettsdager, hvor Ole-Wilhelm Meyer (administrerende direktør i begge saksøkerselskapene), Yngvar Rund (direktør for kvalitetssikring) og Trond Kiplesund (advokat i SpareBank 1 Gruppen AS) alle møtte for saksøkerne (tvml. § 213 annet ledd) sammen med advokat Magnus Hellesylt og advokatfullmektig Rune Opdahl, sistnevnte som rettslig medhjelper. Administrerende direktør Ole-Wilhelm Meyer var kun til stede under hovedforhandlingens første dag og avga ikke forklaring. Direktør Yngvar Rund og advokat Trond Kiplesund var til stede under hele hovedforhandlingen (med unntak av et par dager for Kiplesunds del), og de avga begge vitneforklaring. For saksøkte møtte Vice President Ola Furu. Han var til stede under hele hovedforhandlingen (tvml. § 213 annet ledd) og avga vitneforklaring.

Til stede fra saksøktесiden var også Vice President Thor-Christian L'Orange (tvml. § 213 annet ledd) fra hovedforhandlingens 4. rettsdag til han hadde avgitt vitneforklaring. Capgeminis prosessfullmektig, advokat Stein Erik Hove, møtte med advokat Christian Bendiksen og advokatfullmektig Maria Ervik Løvold som rettslige medhjelpere.

Det ble i tilknytning til advokat Magnus Hellesylts innledningsforedrag foretatt demonstrasjon i SB1LF's lokaler av SB1LF datasystemer (dvs. to av de til sammen åtte eksisterende såkalte fagsystemer som skal erstattes). Demonstrasjonen ble foretatt av 3 av SB1LF's ansatte som i denne forbindelse også avga vitneforklaring. Til sammen ble ialt 14 vitner avhørt under hovedforhandlingen. Det ble forøvrig foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken fra hovedforhandlingen.

Partenes anførsler:

Saksøkerne har i det vesentlige anført

Prinsipalt anføres det at det forelå en fastprisforpliktelse for utviklingen av Amarta, og at Capgeminis tilbaketrekking eller manglende vedståelse av fastprisforpliktelsen, ga grunnlag for heving av det samlede avtaleforhold, samt for krav på restitusjon og erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Subsidiært anføres det at Capgemini har utvist culpa in contrahendo som gir grunnlag for krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Ved bevisvurderingen må det legges størst vekt på de begivenhetsnære bevis. Dette er gjentatte ganger uttrykt av Høyesterett der parter og vitners ettertidige forklaringer spriker, jf. blant annet Rt-1995-821 og Rt-2005-1050.

Det må ellers legges vekt på at avtaleretten beskytter en parts berettigede forventninger, både når det skal tas standpunkt til om det foreligger en avtaleforpliktelse og ved tolkningen av denne.

Fastpristilbudet ble gitt av Sherwood og Capgemini i november/desember 2003 og fornyet av Capgemini gjennom Pilotavtalen 24.03.2004. Pilotavtalen er altså det prinsipale rettslige grunnlaget for fastprisen. Pilotavtalens referanse til «tilbud» gjelder eposten 05.12.2003 lest i «kontekst» av tilbudsprosessen. Dette er også i samsvar med både Trond Kiplesund og Ingar Rønning forklaring og deres grunnleggende forståelse av henvisningen til «tilbud» i Pilotavtalens § 7. At bestemmelsen henviser til eposten av 05.12.2003, er også forutsatt i møtereferater og erkjent i Brækhus Deges brev av 31.05.2005: «*Pilotavtalen henviser antagelig til et tilbud av 5. desember 2003.*» E-posten 05.12.2003 lest i kontekst innebærer en fastprisforpliktelse med forbehold for helt nye produktstrukturer. Dette var i samsvar med partenes opprinnelige felles forståelse, og står heller ikke i motstrid til en objektiv tolkning av eposten.

Capgemini har anført at tilbudet av 05.12.2003 kun innebar en binding til bestemte timesatser, men det gir eposten ingen holdepunkter for. Capgemini har videre anført at det ikke er påvist dispositive utsagn fra Capgemini med fastpristilbud og aksept som gir grunnlag for å konstatere fastprisavtale. Dette bestrides, og kan uansett ikke være avgjørende. Det vises til Kai Krügers «Norsk kontraktsrett», side 43 flg., hvor det uttales at den avtaleslutningsvariant som er regulert i avtalelovens kapittel 1, er en alderspreget modell for inngåelse av kontrakter «*som neppe er den vanligste*»: «*I praksis kan det lett bli til at partene går i «tettere» skriftlige eller muntlige forhandlinger uten slike klare skillelinjer som avtalelovens bestemmelser forutsetter. Ikke minst gjelder dette der avtalen komme i stand under muntlige forhandlinger, der krav, ønsker og forslag kommer tett*

fra begge sider. I slike tilfelle kan det også bli vanskelig å knytte kontraktsforpliktelser til noe enkeltstående utsagn fra forhandlingspartene, hvilket betyr at spørsmålet derfor blir: Foreligger det tilstrekkelig enighet til å anse avtale for å foreligge». Slik tilstrekkelig enighet forelå her da Capgemini ikke lenger ville vedstå seg fastpristilbudet.

Bakgrunnen for forhandlingene 27.11.2003 taler for at eposten må oppfattes som et fastpristilbud med forbehold om helt nye produktstrukturer. SB1LFs avhengighet av eksisterende leverandører m.h.t. prissetting var en vesentlig del av bakgrunnen for utskiftningsplanene. Det var avgjørende viktig å kunne gi fastpris til styret i SB1LF som var skeptisk til risikoen ved totalutskifting av IT-systemene, og hvor det var behov for en sikker pris før SB1LF konsentrerte seg om én leverandør og ga slipp på de øvrige potensielle leverandørene. Dette var Capgemini klar over. Det er heller intet som tyder på at risikoen ble vurdert som uoverkommelig da Capgemini ga sitt fastpristilbud. Det vises til utsagn i svaret på RFP'en om at de hadde fått «very detailed information», og utsagn om Amartas fleksibilitet og om generiske forretningsprosesser med tilpasninger som ikke var vanskelige. Det dreide seg videre om presise beløpsangivelser uten at det kom til uttrykk usikkerhet, og uten forbehold om at ytterligere informasjon fra SB1LF var nødvendig. SB1LF hadde altså god grunn til å regne med at Sherwood/Capgemini hadde vurdert risikoen og at denne var begrenset da fastpristilbudet ble gitt. Samtidig ble Capgeminis risikovillighet påvirket av forhold utenfor selve Amartautviklingsoppdraget, slik som muligheten for å selge tilleggstjenester til SB1LF samt prosjektets betydning i forhold til oppdragspotensialet hos andre kunder.

Sherwood/Capgemini hadde heller ikke gitt SB1LF grunn til å tro at beløpene var beheftet med stor usikkerhet og risiko. Kommunikasjonen forut for møtet 27.11.2003 gjaldt totaltall eller delbetaling for fasene, ikke timepriser. De fremlagte notater og vitneprov fra møtet 27.11.2003 taler også for at eposten av 05.12.2003 var en bekreftelse på fastpristilbudet som ble gitt i møtet. Timepriser var ikke tema under møtet den 27.11.2003. Dette er bekreftet av samtlige møtedeltagere som har avgitt vitneforklaring. Det som ble diskutert var et totaltall, og hvilket beløpet som skulle være nok til å skru av eksisterende systemer med forbehold om helt nye produktstrukturer. Dette støttes også av Jan-Fredrik Seebergs forklaring som ikke avviste at eposten kunne oppfattes som et fastpristilbud, riktignok slik at dette ifølge ham var et definisjonsspørsmål.

Thor-Christian L'Oranges påståtte presentasjon av timesatser for Marit Solem den 28.11.2003, kan ikke tillegges vekt. Han deltok ikke i møtet 27.11.2003, og det foreligger heller ingen dokumentasjon på hva som faktisk ble kommunisert i møtet dagen etter mellom L'Orange og Solem. Marit Solem har ikke notert noe av betydning fra møtet, og hun ville ha reagert dersom det hadde kommet frem noe som rokket ved fastpristilbudet som ble gitt i møtet 27.11.2003. Men selv om timesatser skulle være gjennomgått i møtet den 28.11.2003, innebærer dette ikke at leverandørenes binding er til disse satsene og ikke totalbeløpet. Det foreligger heller ingen annen notoritet rundt timesatsene og anslått timeforbruk, og at det var timesatsene Sherwood/Capgemini bandt seg til og ikke noen annet. E-posten av 05.12.2003 angir bare totaltall og delsummer, ingen timesatser. Hvis meningen hadde vært binding til timesatser, ville eposten ha inneholdt disse. Utsagnet: «*The figures were presented based on following assumptions: ... Heavily discounted rates*» i eposten av 05.12.2003, indikerte bare intern kalkyle. Ratene som sådan, blir ikke presentert og det gis heller ikke uttrykk for at det er dette man forplikter seg på.

E-post 09.12.2003 fra Marit Solem til Jan-Fredrik Seeberg bekrefter SB1LFs forståelse. Det er ikke riktig som anført av Capgemini at denne eposten var forvirrende og uforståelig. Det vises til Jan-Fredrik Seebergs forklaring om at han kjent igjen formuleringen «fixed price» hvor 80 millioner kroner var nok til å skru av eksisterende systemer. Jan-Fredrik Seeberg har videre forklart at eposten ikke ble liggende i hans mailboks, men videresendt rette vedkommende. Denne eposten fra Marit Solem har dermed bevisverdi både med hensyn til hva som ble diskutert og hva som var meningen med eposten 05.12.2003. Den er skrevet kort etter møtet 27.11.2003 og eposten 05.12.2003, med henvisning til telefonsamtaler både med Hodges og Seeberg, og fremstår som en bekreftelse på det som fremkom i disse samtalene. Den manglende reklamasjon på eposten er sterkt bevismoment i favør av SB1LFs forståelse.

Harmoniseringsproblemer mellom eposten 05.12.2003 og det interne regnearket over timesatsene som ble fremlagt under hovedforhandlingen, gjør Capgeminis forståelse umulig å praktisere. Betalingsplanen, inkl. beløpet i «exit fee and delivery fee», passer bare hvis timeforbruket blir nøyaktig som estimert i «Revised Estimates». Dette er uforenlig med binding til timepris.

Etterfølgende forhold gir også sterke tilleggsbevis for at det forelå en fastprisforpliktelse slik som anført av SB1LF. Det vises til den massive dokumentasjon for SB1LFs forutsetning om eksisterende fastpristilbud som

er fremlagt, og som dekker perioden februar til september 2004. Over en periode på 7 måneder kom det på forskjellige måter frem i møteinnkallinger, referater og annen dokumentasjon at SBILF forutsatte at det eksisterte et fastpristilbud uten at Capgemini tok avstand fra dette eller korrigerer de forutsetninger om fastpris som dokumentene gir uttrykk for. Partene hadde således en felles forståelse av fastpristilbudet inntil Capgemini høsten 2004 ikke lenger ville vedstå seg tilbudet. Denne felles forståelsen vil uansett måtte gå foran eventuell motstridende ordlyd.

Uansett følger det av godtroregelen for avtaletolkning at Capgemini her må være bundet av SBILF oppfatning av tilbudet som et fastpristilbud. Capgemini var klar over SBILF forståelse av tilbudet og måtte ut fra krav til lojalitet i kontraktsforhandlinger, ha protestert dersom Capgemini ikke skulle være bundet.

Ingar Rønnings kommentar til Delavtale 1 Bilag 3 («de har tatt det til seg som en fastpris men slik er det jo ikke») var slettet og ukjent for SBILF. Godkjennelsen av møtereferatet fra 01.06.2004 i møtet 09.06.2004 stemmer heller ikke med at Capgemini i mellomtiden skulle ha «avlivet» fastprisen. Capgemini har videre vist til en påstått uttalelse fra Philip Hodges i møte muligens den 09.06.2004, hvor han skal ha sagt at Sherwood ikke ga fastpris. Men ingen fra SBILF har registrert noe spesielt av betydning for fastprisen i dette møtet, og ifølge Hodges og Capgemini vitner uttalte han seg uansett på prinsipielt nivå om Sherwoods holdning, og ikke om kontraktsforholdet mellom Capgemini/SBILF. Capgemini har videre vist til påstått utsagn fra Thor-Christian L'Orange i møte med Marit Solem m.fl. 14.06.2004, men ingen fra SBILF har noen notater eller erindring om at det skal ha skjedd noe av betydning som kunne endre på SBILFs forutsetning at fastpristilbud, og det foreligger heller ingen andre begivenhetsnære bevis som kan underbygge at fastprisen ble benektet av L'Orange i samtale med Marit Solem allerede den 14.06.004. Hva ville i så fall ha skjedd hvis Capgemini hadde korrigert SBILFs forutsetning om et foreliggende fastpristilbud? Det er åpenbart at det da ville ha kommet en kraftig og sporbar reaksjon fra SBILF, og at Capgemini ville ha opptrådt som om manglende fastpristilbud, var et ukontroversielt faktum. Men det skjedde ikke. Fastpris ble fortsatt omtalt i dokumentasjonen uten at Capgemini tok til motmæle. De etterfølgende omstendigheter taler i det hele tatt sterkt for SBILF forståelse av eposten og Pilotavtalens henvisning til denne som lest i kontekst, inneholder en binding til fastpris.

Første etter september 2004 blir risikoen fremstilt som uakseptabel av Capgemini, jf. Olav Furus presentasjon 16.09.2004. Capgemini var nå plutselig uvillig til å ta noen risiko, trolig fordi man feilaktig antok at kunden «satt fast». Hovedpoenget SBILF i forhold til både det prinsipale og subsidiære grunnlag for erstatningsansvar, er i denne sammenheng at dette bildet burde vært kommunisert til SBILF allerede i november/desember 2003, og senest i løpet av 1. halvår 2004.

Fullmaktsoverskridelse kan i dette tilfelle ikke påberopes som grunnlag for at Capgemini likevel ikke er bundet. Pilotavtalen er undertegnet av administrerende direktør Jan-Erik Karlsson, og en eventuell fullmaktsoverskridelse for L'Orange og/eller Seeberg i tilknytning til tilbudet av 05.12.2003, er dermed ikke relevant. Det er uansett en eventuell fullmaktsoverskridelse for Jan-Erik Karlsson, klart at han kunne forplikte Capgemini. Daglig leder har stillingsfullmakt etter aksjelovens § 6-32. Daglig ledelse omfatter riktignok ikke saker som etter selskapets forhold er av uvanlig art eller stor betydning, jf. aksjelovens § 6-14, men grensen «daglig ledelse» vil være skjønsmessig, og bl.a. avhengig av virksomhetens art og størrelse. Disposisjonen vil likevel være bindende med mindre selskapet godtgjør at medkontrahenten forstod eller burde ha forstått at myndigheten ble overskredet, og det ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende, aksjelovens § 6-33. Medkontrahenten må i alminnelighet kunne gå ut fra at forholdet innad er i orden og har ingen undersøkelsesplikt så lenge disposisjonen etter sin art inngår i daglig leders fullmakter som ordinære forretningstransaksjoner – slik tilfellet var her – om fremtidige leveranse. SBILF hadde her ingen grunn til å mistenke at Karlsson gikk utenfor sin myndighet. E-posten av 12.02.2004 fra Thor-Christian L'Orange til Marit Solem om at: «*Omfanget av større kontrakter krever godkjenning av nordiske ledelse*», gjelder hele programmet (dvs. totalprosjektet) og gir ingen holdepunkter for at dette gjaldt spesielt ved en forpliktelse knyttet til Amartautvikling, og uansett foreligger ingen holdepunkter for at avsjekking ikke var gjort. E-posten av 10.03.2004 fra Ingar Rønning til Trond Kiplesund hvor Rønning varsler at han vil gjøre «intern ledelsesgodkjenning», sier intet om hvem som har godkjenningskompetanse, og SBILF måtte kunne anta at Rønning gjorde det han sa han ville gjøre, før pilotavtalen ble undertegnet 14 dager senere.

Subsidiært anføres – hvis retten kommer til at Pilotavtalen ikke innebærer fastprisforpliktelse p.g.a. fullmaktsoverskridelse eller av andre årsaker – at Capgemini likevel er bundet på grunn av passivitet/konkludent adferd. SBILFs forutsetning om fastpris var konsekvent og synbar for Capgemini over lang tid, og Capgemini måtte i dette tilfelle ha protestert raskt for å unngå binding. Den slettede merknaden fra Ingar T. Rønning i bilag 3 til Delavtale 1 om at «*de har tatt det til seg som en fast pris..., men slik er det jo*

ikke», var i denne sammenheng åpenbart utilstrekkelig. Møtereferatet fra kontraktsforhandlingene 01.06.2004 hvor fastpris alene eller i ordsammensetninger er brukt 6 ganger på en måte som klart forutsatte at det allerede forelå et fastpristilbud, ble også godkjent i etterfølgende møte 09.06.2004, og det foreligger deretter tilsvarende omtale av fastprisen i en rekke andre dokumenter uten innvendinger fra Capgemini's side.

Administrerende direktør Jan-Erik Karlsson må ha hatt kunnskap om SBILFs oppfatning i minst 3 ½ måned før Capgemini stilte spørsmålsteget ved fastprisen. Det vises til at han var medlem av en tomanns intern styringsgruppe sammen med Ola Furu fra påsken 2004 og fikk rapporter fra Smeby og L'Orange hvor det etter hvert kom frem at SBILF mente at de hadde en avtale om fastpris. Dette skapte en plikt for Capgemini v/Jan-Erik Karlsson til å korrigere kundens oppfatning for å unngå binding, uten at det skjedde. Jan-Erik Karlsson var også til stede i styringsgruppemøtet den 20.08.2004 hvor han overhørte Ola Furus redegjørelse uten å gripe inn, og hvor Furu relaterte fastpristilbudet til opprinnelig Amartautviklingen. Dette var et svar som ikke stemmer godt med at fastpristilbudet allerede var bestridt. Capgemini har anført at spørsmålet kom overraskende og at Ola Furu ga et unnvikende svar for å omgå seg. Men han hadde ikke behov for å omgå seg dersom Capgemini allerede hadde sagt klart fra om at det ikke forelå noe fastpristilbud. At han trengte tid på å omgå seg, avslører derfor at dette ikke hadde skjedd. Jan-Erik Karlsson burde derfor ha grepet inn dersom han mente at det ikke forelå noe fastpristilbud. Jan-Erik Karlsson var videre til stede i møtet den 02.09.2004 uten å ytre noen kommentar om notatet vedrørende status for kontraktsforhandlingene. Det må altså legges til grunn at det først ble stilt spørsmål ved fastprisen den 16.09.2004, altså minst 3 ½ mnd. etter at Karlsson fikk kunnskap om SBILFs oppfatning av fastpristilbudet, og fullmaktsoverskridelse ble deretter ikke påberopt før etter ytterligere 2 år, etter at nærværende søksmål var reist og under saksforberedelsen.

Her skulle Capgemini for å unngå binding, ha reagert straks eller uten ugrunnet opphold. Det skjedde ikke, og konsekvensen må være at Capgemini er bundet ved passivitet. Binding ved passivitet har sammenheng med lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Det vises til blant annet Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, side 84 flg og Jo Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, side 354 flg, med blant annet henvisning til analogisk anvendelse av agenturlovens § 19. I dette tilfelle var det åpenbart av stor interesse og betydning for SBILF å få korrigert sin (forutsetningsvis feilaktige) oppfatning av at det allerede forelå et fastpristilbud som Capgemini var bundet av. Samtidig forelå det ingen beskyttelsesverdige interesser for Capgemini i å holde informasjonen tilbake og heller ingen praktiske vanskeligheter med å få den kommunisert. Det forelå ingen legitim årsak til at Capgemini ikke ga beskjed, og konsekvensen av at beskjed ikke ble gitt, må være at Capgemini er bundet på grunn av passivitet.

Rettighetene etter Pilotavtalen er ikke utløpt eller bortfalt på grunn av manglende reklamasjon. Akseptfristen den 29.02.2004 i eposten 05.12.2003 er irrelevant idet Pilotavtalen fornyet tilbudet. Pilotavtalen hadde ikke 30.06.2004 som frist for kontraktsinngåelse. Capgemini's plikt var knyttet til at SBILF «velger å forhandle med SGE&Y og gå videre hovedprosjektet direkte etter pilotprosjektets avslutning», og i denne sammenheng var den 30.06.2004 en plandato for avtaleutkast etter milepælsplanen, mens avtalen ikke var forutsatt inngått før etter sommeren. Dato for ferdig evaluering av piloten var også først 31.08.2004, og avtale ville forutsetningsvis først kunne inngås etter dette. Hvis «frys» av kontraktsdokumentene ble ansett å medføre bortfall av plikt til å inngå avtale, måtte Capgemini ha varslet om sitt standpunkt. I stedet viser forprosjektmandatet og referatet fra møte 20.08.2004, notatet av 31.08.2004 om «kontraktsstatus», samt møtereferatet den 02.09.2004 at fastpristilbudet forutsetningsvis fortsatt eksisterte.

Pilotavtalens reklamasjonsfrister er irrelevante idet det ikke er leveransene under Pilotavtalen det ble reklamert på, men den særskilte «fortsettelsesforpliktelsen» etter § 7.

Det forelå intet grunnlag for å anse denne misligholdet før 16.09.2004, og da kun som et forvarsel om et antasert mislighold. SBILF klargjorde da sitt syn på kontraktsforholdet og påberopte fastpristilbudet.

Gjenstående «huller» i kontraktsdokumentasjonen hindrer ikke krav på erstatning for den positiv kontraktsinteresse. Da Capgemini ikke lenger ville vedstå seg fastpristilbudet, forelå det i realiteten allerede full enighet om hovedavtalen og Delavtale 1 om Amarta utvikling, og kontraktsdokumentene forøvrig var kommet så langt at det forelå enighet om alle vesentlig punkter slik at partene ikke ville hatt problemer med å slutføre forhandlingene. Forutsetningen i Pilotavtalen § 7 om «*at partene enes om avtalevilkår som anses rimelige for den type prosjekt som skal gjennomføres*», innebærer ikke at ethvert gjenstående forhold kan begrunne ubundethet. I så fall ville forpliktelsen bli innholdsløs. Forhandlingene måtte skje innenfor rammen av det som allerede var avtalt. Partene kunne ikke ta posisjoner utenfor rammen av hva som var «rimelig avtalevilkår». Gjenstående punkter som med sannsynlighet ville blitt løst ved en lojal fullføring av forhandlingene, hindret

heller ikke avtalebinding. Det forelå ingen vesentlige utestående punkter i avtaleverket for så vidt gjaldt Aamartautviklingen da kontraktsdokumentene ble «frosset». Det forelå blant annet enighet om oppdragsbeskrivelsen i Hovedavtalens § 1, enighet om oppdragsbeskrivelsen i Delavtale 1 Amarta Utvikling og resten av teksten i denne delavtalen, og tilnærmet enighet om teksten i underbilag 1 til Delavtale I. Det som forøvrig forelå av bilag i utkasts form, hadde mindre kommersiell betydning og er ikke til hinder for å anse at avtale forelå som grunnlag for SBILFs krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse. Ifølge Thor-Christian L'Orange var viktigste gjenstående forhold avklaring av rekkefølge, distributørløsning og grensesnitt innenfor Aamartautviklingen. På ingen av disse områdene var det noen vesentlige problemer. Grensesnitt innenfor Aamartautviklingen var stort sett ferdig avklart, og det var kun tale om en endring i rekkefølgen ved at Unit Linkprodukter ble skjøvet til første fase med en merkostnad på ca. NOK 5 millioner. Det påståtte behov for et «scope document», som nevnt i oversikten over grunnlagsdokumenter i Hovedavtalens bilag 1, er ikke et «uavklart forhold» som taler mot avtalebinding. Et «scope»-dokument var ikke egnet til å presisere oppdragets innhold utover den enighet som allerede forelå om å erstatte de åtte fagsystemene med minst tilsvarende funksjonalitet slik at SBILF kunne drive forsikringsvirksomhet under gjeldende lover og regler, og støtte eksisterende produktportefølje. Noe annet ville bryte med utviklingsmetodikken i Amarta. «Scope»-dokumentet av 05.12.2003 ga i hovedsak kun en oversikt over hvilke «byggeklosser» fra Amarta som Sherwood har til hensikt å benytte og når. Tilsvarende hovedinntrykket gir det mer omfattende «scope»-dokumentet av 12.10.2004, og gir ikke uttrykk for resultatansvar med hensyn til oppnåelse av minst samme funksjonalitet og støtte for eksisterende produkter. En kundefokusert oppdragsbeskrivelse og et leverandørfokusert «scope»-dokument, er alternative beskrivelser som innebærer ulik plassering av risiko for om SBILF oppnår sitt formål med leveransen. Med denne betydning av et «scope»-dokument, måtte et slikt inkorporeres som en uttrykkelig begrensning i leverandørens forpliktelser, enten i eposten 05.12.2003 eller i den senere Pilotavtalen. Men verken Pilotavtalen eller eposten 05.12.2003 knytter leveringsforpliktelsene til noe «scope»-dokument. Phillip Hodges valgte også bevisst ikke å sende «scope»-dokumentet med eposten 05.12.2003 eller å gjøre noen som helst referanse til dokumentet. Det er ingen som kan bekrefte om og i så fall når dokumentet senere ble overlevert. Noen briefing for SBILF som forutsatt av Philip Hodges den 05.12.2003, ble aldri holdt, og «scope»-dokument er ikke tatt med som begrensning av leverandørforpliktelsen i Pilotavtalen. Referanse til «scope»-dokument ble forsøkt gjort i «Letter of Intent» med Sherwood, men avvist av SBILF, noe Sherwood godtok. Konklusjonen må derfor være at Capgeminis forsøk på å introdusere referanse til et ikke eksisterende «scope»-dokument på slutten av mai 2004, var et forsøk på begrensning av Capgeminis forpliktelser i forhold til det som fulgte av Pilotavtalen. Manglende enighet om et slikt dokument kan da heller ikke brukes som argument mot avtalebinding.

Det følger av rettspraksis og juridisk teori at det ikke kreves en skriftlig, undertegnet og fullstendig kontrakt for at binding skal kunne oppstå selv i mer sammensatte avtaleforhold, jf. Rt-1998-946. Hvor pris og andre vesentlige vilkår er på plass slik som i denne saken, viker ikke Høyesterett tilbake for å statuere bundethet etter en konkret prøvning av påståtte områder for uenighet. En gjennomgang teori og rettspraksis (Hov, «Avtaleslutning og ugyldighet», side 117 flg om «Avtaler som gror frem etter hvert» og Woxholth, «Avtalerett», side 154 flg om «Trinnvis binding, deklarasjonelle regler og retningslinjer», samt Rt-1998-946 «Vincompagniet», Rt-1998-761, Rt-1996-415, Rt-1995-543, Rt-1992-1110 m.fl.), underbygger at avtale i dette tilfelle må anses å foreligge med krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det er ikke riktig som anført av Capgemini at rettspraksis bare gir holdepunkter for binding gjennom forhandlinger for enkle kontraktsforhold, jf. Geir Woxholths «Avtalerett», side 158 om kompliserte avtaler «de lege lata» og omtalen av «Vinagentur-dommen», Rt-1998-946 flg.

Capgeminis spørsmål av fastprisforpliktelsen representerer et forsettlig, antasipert mislighold av vesentlig karakter som ga SBILF hevningsrett og krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. Nektelse av å levere til fastpris slik SBILF hadde opsjon på etter Pilotavtalen § 7, var åpenbart et vesentlig mislighold idet Capgemini ved dette gikk fra den avtalte plassering av hele resultatrisikoen i prosjektet. Skyldformen er forsett og rettsvillfarelse fritar ikke Capgemini for ansvar. Det er ikke riktig og heller ikke dokumentert at Capgemini før hevingen tilbød seg å levere Amarta innenfor kr 80 millioner med «tilstrekkelig funksjonalitet til å slå av eksisterende systemer».

I styringsgruppemøte den 07.10.2004 sa Capgemini seg riktignok beredt til å levere et prosjekt for 80 MNOK, men ikke med slik «tilstrekkelig funksjonalitet» som nå hevdes.

80 MNOK ville ifølge den presentasjon som Ola Furu ga, også være styrende for hva SBILF fikk, og det er ikke det samme som at SBILF likevel stod ved fastpristilbudet.

Subsidiært anføres det at det foreligger culpa in contrahendo ved Capgeminis unnlatelse av å korrigere SB1LFs forutsetninger m.h.t. fastpris/påliteligheten av estimatet.

SB1LF ble ved dette forledet til å forhandle med Capgemini over lang tid på et sviktende grunnlag. SB1LF la til grunn at det forelå en fastprisforpliktelse. Dette var synbart for Capgemini, som unnlot å korrigere oppfatningen. Alternativt har Capgemini i det minste latt SB1LF tro at leverandøren kunne gi en fastpris før prosjektstart, og SB1LF måtte dessuten kunne tro at beløpet på NOK 79,5 millioner i eposten 05.12.2003, representerte et pålitelig estimat over kostnadene. Ingen av disse forutsetningene var holdbare hvis det bygges på Ola Furus presentasjon den 16.09.2004. Denne presentasjonen med sine konklusjoner og anbefalinger, var ikke situasjonsbestemt, men en konsekvens av Amartas egenskaper. Han kom med helt generelle utsagn, knyttet til Amartas iboende egenskaper. Ifølge Ola Furu måtte «scope» lukkes for å være sikker, men «scope» lot seg ikke lukke ifølge Capgemini uten resultatene fra Business Modelling / Solution Modelling, og var dermed ikke lukkbart uten å bryte med utviklingsmetodikken i Amarta. Det vise videre til at Philip Hodges forklaring om at «no amount of information» ville kunne gi Sherwood tilstrekkelig grunnlag for fastpris. I så fall kan Capgemini bebreides for at Capgemini ikke sa fra om dette allerede høsten 2003.

SB1LFs økonomiske krav som følge av mislighold, består av krav på restitusjon av utbetalte beløp fra SB1LF med kr 1.750.000. Capgemini har sendt fakturaer for totalt kr 8.687.526 knyttet til Amarta hvor til sammen kr 5.802.472,- er betalt og som utgangspunktet for beregningen av SB1LF restitusjonskrav. Det erkjennes at det skal gjøres et berikelsesfradrag tilsvarende den verdien Sherwoods og Capgeminis ytelser har for SB1LF til tross for at det samlede avtaleforhold ble hevet. Når det gjelder pilotprosjektet, fremgår det av pilotavtalens bilag 2 pkt 4 at pilotprosjektet blant annet skulle verifisere at Amarta var et egnet rammeverk som kunne benyttes for å løse SB1LFs behov. Dernest skulle man evaluere utviklingsverktøyene, og tillegg skulle man vurdere samarbeidet med og mellom Sherwood og Capgemini, og til slutt om Capgemini hadde den nødvendige kompetanse. De fleste av disse formålene er fortsatt relevante. SB1LF har blant annet fortsatt nytte av arbeidet knyttet til evalueringen av Amarta som rammeverk. Derimot har SB1LF åpenbart ingen nytte av evalueringen av samarbeidet med Capgemini. I tillegg påløp en del konsulenttimer knyttet til at Capgeminis konsulenter skulle erverve nødvendig kunnskap om Amarta. Det ble blant annet benyttet timer til kompetanseoverføring fra Sherwood til Capgemini knyttet til Business Modelling, Solution Modelling og Build. Dette er noe som hadde hatt en verdi dersom prosjektet var blitt gjennomført med Capgemini, men som nå er verdiløst for SB1LF. Når det gjelder saneringsprosjektet og bistand ved Business Case, aksepteres det at ytelsenes verdi er uberørt av hevingen.

Den nærmere fastsetting av restitusjonen må gjøres skjønnsmessig. Capgeminis konsulenter utgjør ca. 60% av timene i prosjektet. Øvrige timer er levert av Sherwood. Etter SB1LFs oppfatning er det rimelig å anta at halvparten av timene til Capgemini representerer aktiviteter som nå ikke har noen verdi for SB1LF, og som derfor skal restitueres. Timer påløpt for Capgeminis assistanse under pilotprosjektet tilsvarer kr 3.481.483. Det vil si at restitusjonskravet utgjør kr 1.740.742, som i lys av vurderingens skjønnsmessige karakter avrundes til kr 1.750.000.

Når det gjelder kravet på erstatning for positiv kontraktsinteresse, skal denne utmåles slik at SB1LF stilles økonomisk som om kontraktsbruddet ikke hadde funnet sted, dvs. som om Capgemini hadde oppfylt sitt ansvar med å utvikle Amarta til den avtalte fastprisen.

Kravet omfatter tapte besparelser knyttet til IT-drift og tapte besparelser i form av redusert bemanning ved at prosjektet ble forsinket i 5 måneder på grunn av Capgeminis vesentlige mislighold. SB1LF krever videre erstatning for antatt dyrere dekningskjøp, og for SB1LFs forhandlingsutgifter med Sherwood i denne sammenheng.

At prosjektet ble forsinket med 5 måneder, følger av at prosjektstart i følge «Overall Project Plan» som Capgemini fremla i styringsgruppemøte den 21. oktober 2004, skulle være den 1. november 2004. Capgemini forutsatte altså selv at prosjektstart skulle skje den 01.11.2004 dersom misligholdet tenkes bort, og må dermed kunne legges til grunn for tapsberegningen. Det er heller ikke holdepunkter for annet. Forhandlingene med Sherwood som implementeringspartner, ble gjennomført i løpet av høsten 2004 og våren 2005, og prosjektet ble påbegynt den 1. april 2005. Dette innebærer en forsinket prosjektstart på 5 måneder.

Når det gjelder tapte besparelser knyttet til IT-drift, har Capgemini bistått SB1LF med å utarbeide et Business Case knyttet til Amarta. Det fremlagte og oppdaterte Business case datert 26. november 2004, er utført av konsulentene Trond Nerdrum og Asle Borud (tidligere Capgemini) og viser en årlige besparelse på ca. 60 millioner kroner for SB1LF ved implementering av Amarta. Besparelsene knytter seg blant annet til reduserte

kostnader til videreutvikling av eksisterende systemer, reduserte lisenskostnader, billigere vedlikehold m.m. Dette er ikke fantasitall. Det vises til at SBILF med eksisterende fagsystemer har ekstremt høye IT-kostnader som utgjør ca kr 800.000 pr ansatt pr år. Beregningen er ikke blitt til i anledning saken, men som beslutningsgrunnlag for styret, og tapet som grunnlag for SBILFs erstatningskrav anses tilstrekkelig sannsynliggjort. Disse besparelser er på grunn av Capgeminis mislighold utsatt i måneder som gir SBILF et tap på 5/12 av kr 60 millioner, dvs. kr 25 millioner. Det kreves dermed erstatning på kr 25 millioner for tapte besparelser knyttet til IT-drift.

Når det gjelder tapte besparelser i form av redusert bemanningsbehov, utgjør disse ca kr 10 millioner over den aktuelle perioden på 5 måneder. De tapte besparelsene i form av redusert bemanningsbehov, knytter seg først og fremst til saksbehandlere, men også i noen grad til administrative funksjoner. SBILF har underveis mottatt erfaringstall fra Capgemini, som Capgemini igjen har fått fra Sherwood. Tallene er basert på erfaringer hos andre kunder, og har angitt forventet redusert bemanningsbehov for relevant personell. Forventningene har variert fra 30-50 % til 40-60 %. Det må legges til grunn at informasjonen fra Capgemini er reelt begrunnet og i overensstemmelse med virkeligheten. SBILF ser ingen grunn til at selskapets forventede besparelse skal være mindre enn erfaringstallene mottatt fra Capgemini, og for SBILFs erstatningskrav må en middelvei på 40 % kunne legges til grunn som tilstrekkelig sannsynliggjort. Dette er også i overensstemmelse med hva SBILF selv mener burde være en reell forventning. SBILF har 76 årsverk innen saksbehandling. Disse stillingene har en årsverkkostnad på kr 640.000,-. En reduksjon på 40 % vil gi en årlig besparelse på kr 19.456.000,-. I tillegg har SBILF 8 årsverk i økonomiavdelingen. Dette antas å kunne reduseres med to årsverk. I denne avdelingen er årsverkkostnaden på kr 750.000,- slik at besparelsen utgjør årlig kr 1,5 millioner. Til siste kommer 17 årsverk i avdelingen for Produkt/Aktuar/Pensjonstjenester. Denne forutsettes å kunne reduseres med 4 årsverk. Årsverkkostnaden er også her på kr 750.000 slik at årlig forventet besparelse er på kr 3 millioner. Samlet er dermed den årlige forventede besparelse på kr 23.956.000, og som innebærer med en forsinkelse på 5 måneder, en tapt besparelse på ca. kr 10 millioner. Det er ikke mulig å dokumentere tapet utover det som her er anført, og det må legges til grunn i forhold til de beviskrav som stilles i rettspraksis for tilsvarende krav, at tapet er tilstrekkelig sannsynliggjort.

Når det gjelder SBILFs krav på erstatning for antatt dyrere dekningskjøp, er det foreløpig ikke mulig å fastslå tapets størrelse. Dekningskjøpet kommer sannsynligvis til å bli dyrere enn den avtalte fastprisen med Capgemini, men det er usikkert hvor mye. Avtalen med Sherwood er ikke basert på en fastpris, men på en mer sammensatt modell hvor Sherwood skal levere inntil 48 000 timer til en timepris på 92/ 44 (onshore/offshore ressurser), og slik at Sherwood skal levere ytterligere inntil 20 000 timer til redusert timepris (77/ 43) i den grad prosjektet ikke bli fullført innenfor de første 48 000 timene. Dersom prosjektet heller ikke blir fullført innenfor disse timene, skal Sherwood levere inntil 7 000 timer gratis. Slik prosjektet har utviklet seg frem til nå, er det på det rene at det vil bli benyttet mer enn de 48 000 timene til ordinær pris, og dette innebærer at kostnadene for SBILF vil overstige den avtalte fastprisen med Capgemini. Ettersom det er usikkert hvor stor prisforskjellen blir, må utmålingen av denne erstatningsposten skje på et senere tidspunkt. SBILF nedlegger derfor fastsettelsespåstand for dette tapet i tillegg til fullbyrdsdom for øvrige tapsposter.

SBILF krever videre sine utgifter til forhandlinger med Sherwood i forbindelse med dekningskjøpet erstattet av Capgemini under den positive kontraktsinteressen.

Capgeminis mislighold fikk som konsekvens at SBILF måtte gå inn i nye kontraktsforhandlinger. Forhandlingene medførte nødvendige kostnader for SBILF, blant annet knyttet til advokatutgifter og bruk av interne ressurser. Disse kostnadene ville SBILF vært foruten dersom Capgemini hadde stått ved sitt fastpristilbud. Det fremgår av den fremlagte og dokumenterte timerapport fra Wiersholm, Mellbye & Bech Advokatfirma AS i perioden fra 6. desember 2004 til 22. februar 2005 at advokatkostnadene totalt beløper seg til kr 410.300. Når det gjelder kostnader knyttet til interne ressurser i forbindelse med forhandlingene og arbeidet for øvrig knyttet til prosjektet før prosjektstart, anføres det at Yngvar Rund og Marit Solem hver brukte ca. 3 månedsverk og Trond Kiplesund ca. 1,5 månedsverk til arbeid knyttet med Sherwoodprosjektet i tiden mellom 8. november og prosjektstart. Med en månedsverkskostnad på kr 83.350, utgjør totalt 7,5 månedsverk en kostnad på ca kr 625.000. Advokatkostnader og kostnader knyttet til interne ressurser i tiden før prosjektstart beløper seg etter dette til kr 1 million avrundet til nærmeste hundre tusen.

Når det gjelder erstatningsutmålingen i forhold til SBILFs subsidiære grunnlag, dvs. culpa in contrahendo ved at SBILF ble forledet til å forhandle med Capgemini over lang tid på sviktende grunnlag, er utgangspunktet for erstatningsutmålingen at SBILF skal stilles økonomisk som om SBILF ikke hadde gått i forhandlinger med Capgemini.

Kravet på restitusjon må bli det samme som ved erstatning for den positive kontraktsinteressen, altså kr 1.750.000.

Det må videre legges til grunn at tidsforsinkelsen for SBILF som følge av Capgeminis culpa in contrahendo, er minst like stor som tidsforsinkelsen som følge av kontraktsbrudd. Dersom Capgemini ikke hadde gitt SBILF det grovt uriktige estimatet 05.12.2003, ville SBILF allerede på dette tidspunktet ha kunnet gå i forhandlinger med alternative leverandører. Det må i mangel av andre holdepunkter, tas utgangspunkt i de samme anslagene som gjort ovenfor i forhold til det prinsipale ansvarsgrunnlaget, dvs. kr 35 millioner i tapte besparelser for IT-drift og redusert bemanning.

Prisdifferansen for dekningskjøpet kan ikke kreves erstattet på grunnlag av culpa in contrahendo. Derimot har SBILF krav på erstatning for de ressursene som er brukt på de bortkastede forhandlingene med Capgemini. Forhandlingene foregikk i perioden 15. april til 20. oktober 2004. Marit Solem og Yngvar Rund brukte ca 4 månedsverk hver til forhandlinger, forberedelser og oppfølging mv. Trond Kiplesund brukte ca 1,5 månedsverk. Årskostnad på ca. 1 millioner kroner gir en månedsverkskostnad på kr 83.350. Med 9,5 bortkastede månedsverk utgjør dette et samlet tap på ca. kr 791.000.

I tillegg kommer erstatning for kostnader til interne ressurser i forbindelse med forprosjektet. Forprosjektet ble satt i gang for å sikre at Capgemini fikk nødvendig forståelse for kompleksiteten knyttet til Nytt Liv, slik at Capgemini kunne utarbeide nødvendige planer for prosjektet. Det vises til prosjektmandatet. Dersom Capgemini på dette tidspunktet hadde tilkjennegitt at fastpristilbudet ikke gjaldt, ville partene sannsynligvis ikke ha satt i verk forprosjektet, og kostnadene til interne ressurser i forbindelse med forprosjektet faller derfor innenfor ansvaret for culpa in contrahendo.

Erstatningen for den negative kontraktsinteressen må fastsettes etter rettens skjønn. I lys av det som er anført ovenfor, krever SBILF erstatning for inntil kr 38 millioner, som med en 80/20 fordeling betyr kr 30,4 millioner for SpareBank 1 Livsforsikring AS og kr 7,6 millioner for SpareBank 1 Fondsforsikring AS.

Når det gjelder fordelingen av SBILFs krav mellom livsforsikringsselskapet og fondsforsikringsselskapet, er det mest naturlig å ta utgangspunkt i de årlige budsjetterte systemkostnader for de to selskapene (lisens, drift, applikasjonsforvaltning og utvikling). Dette gir en fordeling på 80/20 som nevnt ovenfor, og som er reflektert både i den prinsipale og subsidiære påstanden nedenfor.

Det er ikke grunnlag for Capgeminis krav på betaling for forprosjektet med kr 2.326.439. Forprosjektets mandatet var først og fremst å evaluere Capgemini som implementeringspartner, og dette arbeidet har ingen verdi for SBILF i dag. Kravet er derfor uberettiget, prinsipielt som konsekvens av Capgeminis mislighold og SBILFs berettigede hevning av det samlede avtaleforhold, samt manglende nytte av forprosjektet. SBILF hadde heller ikke påtatt seg noen ubetinget betalingsforpliktelse for forprosjektet, jf. Trond Kiplesunds epost av 25.06.2004 til Ola Furu.

Subsidiært anføres det at Capgemini ikke har krav på betaling av fakturaen idet forprosjektet ble igangsatt på basis av uriktige forutsetning med hensyn til fastpris/estimat.

Capgeminis krav på erstatning kan under enhver omstendighet ikke føre frem idet SBILF ikke hadde plikt til å videreføre kontraktsforhandlingene høsten 2004. SBILF hadde betinget seg å stå fritt, jf. Pilotavtalens opsjonsbestemmelse, og SBILF ingen grunn til å videreføre forhandlingene etter at den basis saksøkerne la til grunn (fast pris), viste seg ikke lenger å være tilstede.

Capgeminis erstatningskrav under motsøksmålet, er ikke sannsynliggjort. Capgeminis disponeringstap er basert på påstand om tapte sjanser, og slike tap kan som hovedregel ikke være erstatningsmessige. Tapet er heller ikke sannsynliggjort. Hovedregelen er at retten skal bygge på det mest sannsynlige faktum. Capgemini har selv anslått sannsynligheten for at sjansene ville ha blitt realisert dersom hevningen tenkes bort, til 20 pst. Det var altså mest sannsynlig at det ikke ville ha oppstått et disponeringstap, og det er da ikke grunnlag for denne delen av erstatningskravet.

Saksøkerne har nedlagt slik

påstand:

SpareBank 1 Livsforsikring AS:

Prinsipalt:

1. Capgemini Norge AS er forpliktet til å erstatte det tap SpareBank 1 Livsforsikring AS lider om følge av at Capgemini Norge AS uberettiget trakk et tilbud om å utvikle IT-løsningen Amarta Nytt Liv til en fast pris kr 84,6 mill (etter korreksjon for forskyvning av Unit Link produkter). Erstatningsplikten er ikke begrenset til tapspostene i pkt. 2 nedenfor.
2. Capgemini Norge AS dømmes til å betale restitusjon og erstatning til SpareBank 1 Livsforsikring AS, fastsatt etter rettens skjønn og oppad begrenset som angitt nedenfor:
 - a. Erstatning for tapte besparelser knyttet til IT-drift kr 20.000.000
 - b. Erstatning for tapte besparelser knyttet til bemanning kr 8.000.000
 - c. Erstatning for kostnader knyttet til forhandlinger m.m. med Sungard Sherwood Systems Group Limited kr 800.000
 - d. Restitusjon av utbetalte vederlag kr 1.400.000

Subsidiært:

3. Capgemini Norge AS dømmes til å erstatte SpareBank 1 Livsforsikring AS' negative kontraktsinteresse, fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr 30.400.000.

I begge tilfeller:

4. Capgemini Norge AS dekker SpareBank 1 Livsforsikring AS' omkostninger.

SpareBank 1 Fondsforsikring AS:

Prinsipalt:

1. Capgemini Norge AS er forpliktet til å erstatte det tap SpareBank 1 Fondsforsikring AS lider som følge av at Capgemini Norge AS uberettiget trakk et tilbud om å utvikle IT-løsningen Amarta Nytt Liv til en fast pris kr 84,6 mill (etter korreksjon for forskyvning av Unit Link produkter). Erstatningsplikten er ikke begrenset til tapspostene i pkt. 2 nedenfor.
2. Capgemini Norge AS dømmes til å betale restitusjon og erstatning til SpareBank 1 Fondsforsikring AS, fastsatt etter rettens skjønn og oppad begrenset som angitt nedenfor:
 - a. Erstatning for tapte besparelser knyttet til IT-drift kr 5.000.000
 - b. Erstatning for tapte besparelser knyttet til bemanning kr 2.000.000
 - c. Erstatning for kostnader knyttet til forhandlinger m.m. med Sungard Sherwood Systems Group Limited kr 200.000
 - d. Restitusjon av utbetalte vederlag kr 350.000

Subsidiært:

3. Capgemini Norge AS dømmes til å erstatte SpareBank 1 Fondsforsikring AS' negative kontraktsinteresse, fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr 7.600.000.

I begge tilfeller:

4. Capgemini Norge AS dekker SpareBank 1 Fondsforsikring AS' omkostninger.

Saksøkte har i det vesentlige anført

Capgemini må frifinnes i hovedsøksmålet idet Capgemini ikke hadde bundet seg til å utvikle og levere Amarta til fastpris etter en uspesifisert muntlig kontrakt eller på annen måte, da det samlede avtaleforhold ble hevet. At Capgemini ikke vedstod seg noe fastpristilbud, innbar dermed intet vesentlig og antesipert mislighold som ga grunnlag for hevning, slik som anført av SB1LF. Forhandlingene var heller ikke forøvrig kommet så langt at avtale om levering av Amarta kunne anses å foreligger. At avtale ikke forelå, lå også til grunn som en forutsetning for forprosjektet fra SB1LFs side, jf. Trond Kiplesunds epost 25.06.2004 til Ola Furu.

RFP'en ga ikke Sherwood/Capgemini tilstrekkelig grunnlag for fastpristilbud. Sherwood/Capgeminis svar på RFP'en nevnte heller intet om fastpris, men talte kun om estimer basert på «T&M».

«Fixed scope» var en klar forutsetning for «fixed price». Det er ikke riktig som hevdet av SB1LF (Marit Solem) at krav om «scope» var i strid med Amartas «natur». Det vises til Capgeminis vitner. Det dreide seg her

om en iterativ prosess hvor Capgemini var avhengig av samarbeid med SB1LF som kunde, og hvor blant annet rekkefølge, faser, ressursbehov/ fordeling m.v. måtte avklares i et «fixed scope» før fastpris kunne gis.

Amartas programmoduler hvorav noen hadde «fast start», var ikke standard programvare, men måtte tilpasses kundens unike produkter og forretningsmetoder, og hvor også det som de eksisterende systemer skulle erstattes med, måtte avklares gjennom «fixed scope».

«Scope» ble flere ganger forsøkt endret og utvidet av SB1LF under forhandlingene som omfattet alle deler av prosjektet – også konvertering og grensesnitt – og hvor avklaring av blant annet grensesnitt i og utenfor Amarta stod sentralt. Dette var fortsatt uavklart da forhandlingene ble brutt.

Det var uakseptabelt at SB1LF ifølge møtereferat fra forhandlingsmøte 13.05.2004 avsto å definere kvalitetsbegrepet «i tilknytning til den prosessrelaterte utviklingen som skal skje».

Alle vitnene fra Capgemini som var til stede i forhandlingsmøtene 01. og 09.06.2004 har klart gitt uttrykk for at Capgemini ikke aksepterte at det allerede forelå et bindende fastpristilbud. Det fremgår av de fremlagte utkast til kontraktsbilag at det under forhandlingene ikke var uvanlig å kommunisere via kontraktsbilagene. Det er i denne forbindelse helt uforståelig og kan ikke legges til grunn at SB1LF forhandlere ikke leste de synspunkter som Capgemini gjorde gjeldende, herunder Ingar T. Rønnings kommentar på bilag 3 til Delavtale 1 om at SB1LF uriktig hadde tatt til seg Capgeminis nettoestimat som en fastpris. Det fremgår at Sherwood v/blant annet Philip Hodges var til stede i forhandlingsmøtet 09.06.2004, og Rønning og L'Orange var klar på at Hodges i dette møtet sa at Sherwood ikke hadde gitt fastpris i møtet 27.11.2003 og ved telefaksen av 05.12.2003. Det er ukjent hvorfor dette ikke ble referatført, men vitnene var entydige på at dette var tema som ble tatt opp i møtet og besvart av Sherwood.

Det kan heller ikke legges til grunn at Capgemini forledet SB1LF til å tro at det eksisterte et fastpristilbud for Amarta. Capgemini var riktignok innstilt på å nå frem til en fastprisavtale med SB1LF for Amarta slik SB1LF ønsket, men prisen var ikke avklart da kontraktsforhandlingene ble brutt. Hvilke forutsetninger og hva som måtte avklares før fastpris kunne avtales, var opplyst av Thor-Christian L'Orange under kontraktsforhandlingene. Da Capgemini omkring 1. juni 2004 ble klar over at SB1LF ikke bare ønsket å oppnå fastpris, men mente at bindende fastpristilbud allerede forelå, ble dette bestridt av Capgemini. Det vises til vitneforklaringen til blant annet Thor-Christian L'Orange.

Thor-Christian L'Orange var videre i sin vitneforklaring sikker på at han i møtet med Marit Solem mandag den 14. juni 2004 på nytt gjorde det klart at det ikke forelå noe fastpristilbud, og at det er det som det refereres til når Marit Solem ved epost samme dag innkaller til møte dagen etter med henvisning til «dagens urimeligheter». Det er også påfallende at denne eposten kun er sendt Capgeminis folk og i kopi til Kiplesund og Yngvar Rund. At hennes reaksjon ikke var sterkere i møtet dagen med Ola Furu den 15.06.2004, kan skyldes at hun nå forstod at det som hun hadde lovet SB1LFs styre i februar, så ut til å rakne og at hun hadde lovet styret mer enn hun kunne holde. I møtet den 15.06.2004 ble Ola Furu og Marit Solem enige om hvordan de skulle gå videre for å redde prosjektet, og hvor fastpris var tema i betydningen forventet fastpris, og hvor de begge visste at dette var blitt satt på spissen dagen før i møtet mellom L'Orange og Solem. Det vises til Ola Furus forklaring. De var enige om å ta «to skritt tilbake» hvor «begrepet å bryte forhandlingene» ble brukt, og med nye mennesker i ledelsen, med P4P (plan for plan) og et forprosjekt i form av et spleiselag.

Hvis fastpris var en forutsetning for SB1LF, var SB1LF selv nærmest til å avklare denne forutsetningen og må selv bære risikoen for at det ikke skjedde. SB1LF er også nærmest til å bære risikoen for sine uriktige forutsetninger. SB1LF var gjort kjent med Capgeminis holdning om at det ikke var gitt noe bindende fastpristilbud, lenge før bruddet 20.10.2004. Forut for dette hadde SB1LF aldri gitt Capgemini inntrykk av at en bestemt fastpris var en «deal breaker» for SB1LF.

Marit Solems notat til møtet 26. og 27.11.2003 viser at hun var kjent med Sherwoods timepriser. Ifølge Sherwoods interne epost av 27.11.2003 var det gitt 50 % rabatt på dagsprisen i fase 1, hvilket var i samsvar med det regneark som var grunnlag for eposten av 05.12.2003 fra Philip Hodges, og i samsvar med Thor-Christian L'Oranges notat som ble gjennomgått i møte med Marit Solem den 28.11.2003. Sherwood og Capgeminis fokus var dermed på timeprisene, mens totalprisoverslagene var betegnet som «estimer», med svært lave timeprisene i fase 1 som følge av forhandlingene med SB1LF, og hvor Sherwood og Capgemini strakk seg så langt som mulig. Alle som var involvert i forhandlingene den 26. og 27.11.2003, hadde fokus på SB1LFs «Business Case», og vitneførselen viser at påstanden om at det ble gitt fastpristilbud, ikke er holdbar. Det fremgår også uttrykkelig av Philip Hodges epost av 05.12.03 at det dreide seg om estimer («estimated

project costs»). Philip Hodges benektet i sin vitneforklaring at Sherwood i møtet den 27.11.2003 eller ved eposten av 05.12.2003, hadde gitt et fastpristilbud, noe som ifølge hans forklaring også ville ha vært i strid med Sherwoods praksis.

SB1LF har uansett ikke ført bevis for muntlig fastpristilbud. Det vises til at Høyesterett har trukket relativt strenge grenser for hvilke muntlige tilsagn en profesjonell part kan feste tiltro til, sml. Rt-1998-761.

Det er ikke grunnlag for SB1LFs tolkning av Phillip Hodges epost av 05.12.2003. Beløpene i eposten er klart angitt å være estimer. SB1LFs tolkning er klart i strid med ordlyden. Det fremgår videre av Marit Solems forklaring at hun ikke hadde lest eposten, men bare festet seg ved beløpet nederst til høyre (i eposten) på kr 79 54 262 som hun oppfattet som et fastpristilbud, og som hun – om hun hadde lest eposten – ville ha sett at det ikke var grunnlag for. Marit Solems epost av 09.12.2003 hvor hennes forståelse av tilbudet etter det anførte presiseres, er til dels uklar og uforståelig, og er i realiteten ikke egnet til å klargjøre hvordan SB1LF oppfattet tilbudet. E-posten av 09.12.2003 er også stilet til Jan-Fredrik Seeberg i Capgemini, og ikke Philip Hodges som tilbudet kom fra. Marit Solem gjorde deretter ikke ytterligere forsøk på å få bekreftet sin uriktige forståelse av tilbudet hos andre i Sherwood eller Capgemini. Det er uforståelig at det ikke skjedde sammenholdt med hvor viktig fastprisforutsetningen etter det anførte var for SB1LF.

Jan-Fredrik Seeberg hadde ikke fullmakt til å bekrefte tilbudet som et fastpristilbud.

Det er derfor uansett uten betydning om Marit Solem basert på samtale og eposten til ham, la til grunn at eposten av 05.12.2003 var et fastpristilbud.

Ved Thor-Christian L'Oranges epost av 12.02.2004 hvor det blant annet ble redegjort for ulempene med Capgemini som direkte kontraktpart, ble høyere pris (som partene forutsetningsvis skulle forhandle seg frem til) også varslet dersom Capgemini ble hovedkontraktpart.

Thor-Christian L'Oranges epost av 12.02.04 viser at Capgemini ikke anså at det forelå noe fastpristilbud. Denne eposten ble oversendt Marit Solem ved to forskjellige anledninger. Hun må derfor ha vært klar over innholdet. Fordi denne eposten forklarer de ekstrakostnadene som vil påløpe med Capgemini i «førersetet» (i stedet for Sherwood), er dette også egnet til å frata fra SB1LF en eventuell god tro om at fastpristilbud forelå.

SB1LF var gjennom Thor-Christian L'Oranges epost 12.02.04 også gjort oppmerksom på at en avtale mellom SB1LF og Capgemini ville kreve godkjenning av nordisk ledelse i Capgemini. Jan Erik Karlsson hadde ikke fullmakt til å signere en fastprisavtale på NOK 80 millioner. Det var heller ingen i Capgemini som trodde at man hadde forpliktet Capgemini i dette omfang, da Pilotavtalen ble undertegnet. Kravet om godkjenning fra overordnet nivå, kan ikke ha overrasket SB1LF. Med SB1LF forståelse av Pilotavtalen, dreide det seg om en helt ekstraordinær avtale – en fastprisavtale på NOK 80 millioner – uten fast «scope» – ville åpenbart ha krevd en spesiell fullmakt. Ingen i Capgeminis ledelse hadde slik fullmakt. SB1LF hadde dermed etter omstendighetene også sterk oppfordring til å avklare fullmaktsforholdet i den grad man mente at noen i Capgemini hadde fremsatt fastpristilbudet.

Det er ikke grunnlag for å anse Capgemini bundet ved passivitet. Rt-2000-610 (Oslo bankdommen) som saksøkerne har vist til, er i denne sammenheng ikke sammenlignbar.

Avtale kan ikke anses å foreligge gjennom suksessiv binding under forhandlingene.

Rettspraksis har hittil ikke anerkjent noen muntlig avtale i svært komplekse og langvarige avtaleforhold hvor partene binder seg til nært samarbeid om kompliserte utviklingsprosesser over lengre tid, jf. Geir Woxholth «Avtalerett», side 177 flg. hvor han skiller mellom enkle avtaler, hvor det kan være tilstrekkelig for avtalebinding at partene er kommet til enighet om vesentlige punkter, og kompliserte avtaler, med langvarige, kompliserte og sammensatte forhandlinger, hvor det må sies å være en presumsjon for at avtalebinding krever ferdigforhandlet avtaletekst. Det vises også til Viggo Hagstrøm Lov og Rett 1995 side 595 flg. om «Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold» hvor hans konklusjon er at: «Det foreliggende domsmateriale gir ikke holdepunkter for at prinsippene om avtalebundethet ved enighet om «vesentlige vilkår» skal anvendes på forhandlinger om større, komplekse kommersielle kontrakter der slikt ikke er kotyme».

Det er ikke riktig som anført av SB1LF, at Jan-Erik Karlsson senest 01.06.2004 måtte være klar over at SB1LF mente at det forelå bindende fastpristilbud uten at Capgemini hadde protestert på dette. Det vises til Thor-Christian L'Oranges og Philip Hodges forklaring om forhandlingsmøtet 01. og 09.06.2004 hvor bindende fastpristilbud ble bestridt. Det var en stor overraskelse for de som møtte for Capgemini styringsgruppemøte den

20.08.2004 da fastprisspørsmålet plutselig kom opp igjen, og det var rimelig at de trengte tid til å områ seg. Spørsmålet ble deretter besvart uten ugrunnet opphold.

Capgemini har ikke holdt tilbake informasjon. Det ble ikke avklart før langt ut i prosessen at Pilotavtalen ble påberopt som grunnlag for SBILFs krav.

Capgemini var ikke klar over og hadde heller ingen oppfordring til å korrigere SBILF feiloppfatning av eksistensen av et fastpristilbud før 01.06.2004.

Heller ikke Pilotavtalen etablerte en «opsjon» på levering av Amarta til fastpris på 80 MNK. Det vises blant annet til Ingar T. Rønnings forklaring. Henvisningen til «tilbud» gjaldt tidligere estimater og rabatterte timepriser i første fase, og gjaldt på ingen måte noen referanse til fastpristilbud. Slik kunne Pilotavtalen § 7 heller ikke tolkes. En språklig tolkning av § 7 etablerte heller ingen opsjon, men kun en plikt til å forhandle. Opsjonen ble aldri tiltrådt. Forhandlingene hadde som mål å komme frem til en fastpris, men da forhandlingene ble brutt, stod partene så langt fra hverandre at avtale ikke kan anses inngått. Hvis innholdet i den påståtte opsjonen skal forstås som en henvisning til RFPen og funksjonalitet som er beskrevet der, kan denne ikke være bestemmende for hva som skulle leveres. Dette er også bekreftet i prosjektmandatet.

Det er ikke rom for utvidende tolkning av Pilotavtalen. Det vises til Høyesteretts holdning til utvidende tolkning av kommersielle avtaler, jf. Rt-2002-1155. Saken gjelder i dette tilfelle to svært kompetente parter som tidligere hadde forhandlet IT-kontrakter. Likevel inneholder ikke Pilotavtalen spor av at det her skulle være avtalt fastpris uten at «scope» var lukket. SBILF må ha risikoen for at dette ikke ble regulert på en klar måte i Pilotavtalen.

SBILFs forutsetninger for avtalen har ingen betydning ved tolkningen av Pilotavtalen for så vidt som de var ukjent for Capgemini.

Det er åpenbart at Capgemini v/Ingar T. Rønning ikke mente å gi § 7 slikt vidtrekkende innhold som SBILF nå hevder, og SBILF var her nærmest til å synliggjøre sin forutsetning om at Capgemini allerede hadde avgitt et bindende fastpristilbud. Denne forutsetningen var ikke kjent for Capgemini da forhandlingene ble innledet. Høyesterett har blant annet i Rt-2002-1155 og Rt-1994-582 understreket betydning av å klarlegge egne forutsetninger i kommersielle forhold.

SBILF har heller ikke tidligere brukt Pilotavtalen § 7 som argument for fastprisavtale, og Capgemini har dermed ikke forsvart seg mot dette grunnlaget før tvist ble reist.

I Trond Kiplesunds epost av 16.04.2004 til Ingar Rønning står det at det for «hver områdeavtale» må være egne bilag så som «kravspesifikasjon/oppdagsbeskrivelse».

Dette avslører at SBILFs advokat på dette tidspunkt ikke hadde det syn som nå gjøres gjeldende. Det er også dårlig samsvar mellom den påståtte fastprisavtalen og det forhold at SBILF etter at Pilotavtalen var inngått, forhandlet en bit av det som var omfattet av den påståtte fastprisavtalen, ved inngåelse av egen lisensavtale med Sherwood til redusert pris.

Det foreligger heller ingen spor av henvisning til Pilotavtalen i den etter hvert mer og heftige diskusjon om fastpris som senere oppstod. Først 04.07.05, dvs. 9 måneder etter hevingserklæringen, fikk Capgemini vite at Pilotavtalens § 7 ifølge SBILF ga «en opsjon for SBILF til å inngå avtale om implementering av Amartaløsning i tråd med tilbud».

Denne påståtte opsjonen er etter Capgeminis oppfatning et i ettertid oppkonstruert grunnlag hvor både begivenhetene i forkant og etterkant av Pilotavtalen taler for at det ikke forelå noe bindende fastpristilbud.

Subsidiært anføres det at «opsjonen» var utløpt da den ble gjort gjeldende. Av Pilotavtalens bilag 2. pkt. 11 fremgår det som en hovedmispåen at forslag til kontrakt for hovedprosjektet skulle være ferdigstilt 30.06.04, og i § 7 er dette formulert som «direkte etter pilotprosjektets avslutning». Ressurser som var avsatt hos Capgemini, kunne ikke stå til disposisjon på ubestemt tid. Derfor ble det i alle tilfelle ikke gitt en tidsbegrenset opsjon. Når kontraktsforhandlingene var brutt i juni 2004 og deretter aldri ble gjenopptatt, så var også den påståtte opsjon bortfalt.

Det foreligger heller ingen henvisning til Pilotavtalen den 20.08.2004 eller senere fordi det ikke forelå noen «opsjon» da SBILF valgte å heve «det samlede avtaleforhold».

Det ble heller ikke etter juni 2004 gitt dispositivt utsagn om at det eksisterte et fastpristilbud fra Capgeminis side. Ola Furus utsagn i styringsgruppemøtet den 20.08.2004 var ikke dispositivt. Han fikk spørsmålet før

styringsgruppen hadde konstituert seg og spørsmålet kom overraskende fordi han trodd at dette ikke lenger var et tema. Han sa ikke mer enn det som står i referatet. Hans utsagn slik som inntatt i referatet, var heller ikke egnet til å berolige SB1LF. Hvis 80 millioner kroner på dette tidspunkt var en «deal breaker», må det være SB1LFs risiko at det ikke under møtet ble fremtvunget en fullstendig avklaring av spørsmålet. I stedet aksepterte SB1LF at dette var noe Capgemini kunne komme tilbake til. På dette tidspunktet var det heller ikke grunnlag for å definere hva Capgeminis forpliktelse var, og Ola Furus utsagn kan derfor uansett ikke i seg selv danne grunnlag for noen avtale.

Det påstøtte omforente notatet som ble fremlagt i styringsgruppemøtet den 03.09.2004, var heller ikke dispositivt. Dette var ikke et omforent notat. Det vises til Ola Furus forklaring om SB1LFs forgjeves forsøk på å få ham til å undertegne notatet, og det anførte bevismessige grunnlag for å anse dette som et fellesnotat, er også forøvrig «ganske tynt». Notatet innholdet «klipp og lim» fra tidligere referater, og notatet ble ikke godkjent eller vedtatt av styringsgruppen. Det vises til at notatet kun ble fremlagt til «orientering».

Det foreligger heller ikke noe dispositivt utsagn om fastpris fra Capgeminis side under forprosjektet. At Capgemini ikke kom tilbake med en nærmere redegjørelse til fastprisspørsmålet før den 16.09.2004, kan ikke endre på dette.

SB1LF har anført at implementeringsrekkefølgen ble fastlagt etter anbefaling av Capgemini. Det fremgår imidlertid av den fremlagte presentasjon av «Anbefalt implementeringsplan for «Nytt Liv»» at det «ble lagt mest vekt på forretningskrav under evaluering av de alternative scenarioene», da rekkefølgen ble besluttet av SB1LFs ledergruppe den 07.09.2004.

Atter subsidiært anføres det at partene ikke var enige om avtalevilkår som anses som rimelige, jf. Pilotavtalen § 7 annet ledd, da hevingserklæringen ble fremsatt. Det er ingen bevismessig dekning for å avgrense dette forbeholdet i § 7 annet ledd til alminnelige vilkår slik som anført av SB1LF, men gjelder både ytelse, pris og øvrige leveringsvilkår (dog slik at sterkt rabatterte timepriser i fase 1 var tilbudt). Det vises til Ingar T. Rønnings forklaring. Forhandlingene var ikke kommet så langt at rimelige avtalevilkår var på plass.

SB1LF var ikke urolig for Capgeminis evne til å levere prosjektet. Det var derfor ikke grunnlag for analogier til antasert mislighold. SB1LFs usikkerhet knyttet seg til ett enkeltstående spørsmål, nemlig hvordan vederlag for ytelsen skulle beregnes.

Denne kan i alle tilfelle ikke karakteriseres som vesentlig, isolert sett.

Det ble under enhver omstendighet reklamert for sent i forhold til Pilotavtalens bestemmelser. Hevingen ble fremsatt 28. oktober og i følge Statusrapport for pilotprosjektet ble pilotprosjektet avsluttet 17. juni 2004. Pilotavtalen angir at reklamasjon senest skal skje innen tre måneder etter at erstatningsgrunnlaget ble oppdaget, noe som var mulig ved avsluttet prosjekt. Det vises til at SB1LF den 17. juni 2004 var gjort kjent med at verken Sherwood eller Capgemini hadde ansett seg bundet av noen fastpris etter møtet 27.11.2003 og på grunnlag av eposten av 05.12.2003.

Ved kontraktsforhandlinger er det juridiske utgangpunkt at hver av partene er fri til å trekke seg fra forhandlingene uten å risikere ansvar for mislykkede forhandlinger, jf. Viggo Hagstrøms «Obligasjonsrett» side 86 med henvisning til UNIDROIT art. 2.15(1): «A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement».

Hovedregelen er videre at så lenge bindende aksept ikke foreligger, er man fortsatt på forhandlingsstadiet, jf. Rt-1984-624 og LG-2005-12414, og det vil som hovedregel ikke kunne kreves erstatning dersom ikke forhandlingene fører frem.

Det foreligger uansett intet vesentlig mislighold fra Capgeminis side. Det fremgår av møtereferatene fra de tre siste styringsgruppemøtene at Capgemini tilbød seg å levere et prosjekt til 80 millioner kroner. Det ble ifølge møtereferatene – utfylt med Ola Furus vitneforklaring – sagt i alle møtene at: «Hvis dere vil ha et prosjekt for 80 MNK, så skal dere få det. Men ikke på gjeldende kravspesifikasjon. Dere skal få tilstrekkelig funksjonalitet til å skru av de gamle systemene.» Det er i realiteten det SB1LF i denne saken hevder de hadde fastpris på.

Det forelå således ikke grunnlag for antasert mislighold. Dersom retten kommer til at det forelå et kontraktsforhold, er hevingen basert på en ikke unnskyldelig rettsvillfarelse. Capgemini sa riktignok at selskapet ikke var forpliktet, men var likevel villig til å levere hvis SB1LF insisterte. Dette fremgår klart av de tre siste styringsgruppemøtereferatene.

Capgeminis adferd frem til forprosjektet utgjør ikke culpa in contrahendo. Partene hadde aldri nådd så langt i forhandlingene at vesentlige punkter var avklart. Det var intet som tilsa at SB1LF på dette tidspunkt hadde grunnlag for konkrete og beskyttelsesverdige forventninger om at kontrakt var rett rundt hjørnet. De vanskelige og ømtålige spørsmål var spart til sluttforhandlingene som ble mer og mer ubehagelige, og med minkende grad av kontraheringsvilje fra SB1LFs side slik det fremgår av møtereferatene, inntil forhandlingene stoppet opp. Senest i juni 2004 må SB1LF ha vært klar over Capgeminis holdning til fastprisspørsmålet. Capgemini investerte deretter betydelig ressurser for å mobilisere og for å møte SB1LFs krav. Hvis fastpris på dette tidspunkt var en «deal breaker», burde SB1LF ha sagt fra om dette allerede i juni 2004. Det er altså SB1LF og ikke Capgemini som har opptrådt culpøst i dette tilfelle.

Det er ikke riktig at som anført av SB1LF at forprosjektet ikke ville ha blitt igangsatt dersom SB1LF allerede i juni hadde vært klar Capgeminis holdning til fastprisspørsmålet, og at prosjektet utelukkende ble igangsatt for å vise at Capgemini hadde tilstrekkelig kompetanse. Det er tvert i mot slik at Capgemini ikke ville ha kastet bort tiden på forprosjektet dersom man mente at man allerede var bundet av en fastpris. Det vises til Ola Furus forklaring. I så fall ville Capgemini straks ha satt i gang for å levere den minimumsløsning som SB1LF nå hevder da hadde en avtale om, og ikke kastet bort ressurser i et forprosjekt. Capgeminis første utkast til mandat for forprosjektet var basert på at partene skulle starte med blanke ark i samsvar med samtaler med Marit Solem etter at kontraktsforhandlingene var brutt. Utkastet var i samsvar med Jan-Fredrik Seebergs forslag til «Letter of Intent» og som ble oversendt Marit Solem ved epost av 18.06.2004, hvor man gjennom forprosjektet blant annet skulle oppnå enighet om en klar spesifisering av løsning, samt oppnå enighet om samarbeidsform, deltakelse fra SB1LF og Capgemini, samt blant annet definere krav til SB1LFs deltagelse i prosjektet. Det ble startet opp for fullt i arbeidsgruppene fra mandag 02.08.2004, og Capgemini fortsatte uten skriftlige garantier for å få betalt for sitt arbeid etter at Marit Solem hadde ombestemt seg med hensyn til inngåelse av Letter of Intent. Capgemini tok deretter ingen kamp om mandatutformingen etter at Capgeminis forslag ble endret. I praksis ble dette heller ikke lagt særlig vekt på av noen av partene. Forprosjektet og statusrapportene til statusgruppemøtene viser at en i realiteten arbeidet etter Capgeminis opprinnelige mandatutkast av 02.07.2004.

SB1LFs pretenderte erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse bestrides.

Det foreligger ingen avtale, og dermed intet grunnlag for kravet.

Det foreligger uansett ingen årsakssammenheng mellom det påståtte hevningsgrunnlaget og det pretenderte tap. Capgemini tilbød seg å levere et prosjekt for Amartautviklingen til 80 millioner kroner. Det vises til referatene fra styringsruppemøtene i september/oktober 2004. Selv om fastpris ikke legges til grunn, ville Capgemini fremdeles ut fra dataene i scopedokumentet fra forprosjektet, og rabatterte priser for fase 1, kunne levere et prosjekt innen 80 millioner kroner. Det er således hevningserklæringen i seg selv og ikke hvorvidt det forelå et fastpristilbud, som medførte den forsinkelsen av prosjektet som SB1LF krever erstattet. Det datagrunnlaget som ble presenterte av Capgemini, brøt ikke med SB1LFs opprinnelige prisforventning.

SB1LFs krav på restitusjon av betaling for ytelser SB1LF har mottatt, og erstatning for tapte innsparinger og dyrere dekningsstransaksjoner, er alt indirekte tapsposter som ikke kan kreves erstattet.

Restitusjonskravet bygger videre på en urettmessig, fullstendig skjønsmessig og vilkårlig reduksjon av verdien av Capgeminis arbeid med pilotprosjektet og den bistand Capgemini har ytt SB1LF mens forhandlingene pågikk.

Når det gjelder kravet på tapte innsparinger på IT-drift og bemanning, er beregningen av månedlige tap udokumentert og ikke sannsynliggjort. SB1LF har her bevisbyrden, og denne er ikke oppfylt. At tidligere personell fra Capgemini har bistått SB1LF under utarbeidelsen av det interne dokumentet som er grunnlaget for SB1LFs tapsberegning, kan ikke snu bevisbyrden. Det er også uavklart hvor stor del av konvertering og grensesnitt som skulle utføres av SB1LF. Dette medfører at det er usikkert hvor mye totalprosjektet ville ha kostet SB1LF.

Utgangspunktet for erstatningsutmålingen vil også avhenge av hva retten finner bevist om ansvarsgrunnlaget. Det anføres at SB1LF forsto at Capgemini ikke anså seg bundet av noen fastpris, og hadde dermed ut fra sin tapsbegrensningsplikt oppfordring og plikt til å gå i forhandlinger med andre leverandører på et mye tidligere tidspunkt.

Det kan uansett ikke legges til grunn i forhold til kravet på erstatning for tapte besparelser, at forsinkelsen må regnes fra 01.11.2004 og frem til prosjektstart etter dekningskjøpet.

Forutsetter man at det forelå en fastpris slik at dette spørsmålet ikke var tema for forhandlingene, måtte partene like fullt ha kommet til enighet om en rekke andre essensielle avtalevilkår før en hovedavtale ville være på plass. Det er ikke sannsynlig at dette ville ha skjedd innen utløpet av oktober 2004. SBILF trodde heller ikke selv på prosjektstart 01.11.04. Det vises til referat fra styringsgruppemøte 06 hvor SBILF under punkt 5.2 selv sier at oppstart pr. 01.11.2004 for hovedprosjektet neppe var realistisk. SBILFs tapsberegning kan derfor ikke ta utgangspunkt i prosjektstart 01.11.2004.

Erstatningskravet for så vidt gjelder tapte innsparinger på IT-drift og bemanning, er heller ikke dokumentert. Forutsetningene for beregningen av tapte innsparinger på IT-drift, er ikke nærmere opplyst. Beregningen kan dermed ikke kontrolleres. At SBILF under hovedforhandlingen korrigerste fastprisen fra ca 79,5 millioner til 84,6 millioner i påstanden, må også ha betydning for tapsberegningen som det ikke er korrigerst for.

Forhandlingene med Sherwood om dekningskjøpet tok etter omstendighetene også lengre tid enn det som med rimelighet kan legges til grunn for tapsberegningen. Det var enklere og dermed raskere for SBILF å fremforhandle en avtale på «time and material»-basis.

Det forelå ikke samme behov for å avklare «scope», og gjennom det materialet som var utarbeidet i forbindelse med forprosjektet, hadde SBILF og Sherwood også et bedre grunnlag for forhandlingene. Det må derfor legges til grunn at den tiden som rent faktisk ble brukt på forhandlingene om dekningskjøpet, var lengre enn nødvendig og dermed ikke kan legges til grunn i forhold til tapsberegningen.

Når det gjelder SBILFs krav på erstatning for tapte innsparinger som følge av redusert bemanningsbehov, må det tas hensyn til at det ville ha vært helt utenfor Capgeminis kontroll hvorvidt SBILF faktisk valgte å si opp ansatte når systemet var ferdig implementert, og Capgemini kan derfor heller ikke være ansvarlig for et slikt eventuelt tap, som ikke er dokumentert, og i alle tilfelle for høyt.

Capgemini kan uansett ikke holdes ansvarlig for SBILFs utgifter ved bytte av leverandør og merkostnader ved dekningskjøpet i forhold til den fastprisavtale SBILF hevder å ha hatt med Capgemini. Sherwood har ikke i den nye avtalen med SBILF akseptert noen fastpris for utviklingen av Amarta, og det er ikke sannsynliggjort at det som leveres på T&M-basis, har samme funksjonalitet og kvalitet som det SBILF ville hatt krav på etter den påståtte fastprisavtale med Capgemini.

Hevningen var også uberettiget. For så vidt hevningen utelukkende skyldtes at Capgemini ikke stod ved fastprisen, kunne SBILF ha fortsatt utviklingen med Capgemini med forbehold om hvordan eventuell kostnadsoverskridelser skulle fordeles. Denne fremgangsmåten ville fjernet det tap SBILF nå krever erstattet på grunn av forsinkelser og leverandørbyttet. Kravet til årsakssammenheng er dermed heller ikke oppfylt i denne sammenheng. Capgemini kan derfor uansett ikke være ansvarlig for SBILF angivelig tap som følge av leverandørbyttet og dekningskjøpet.

SBILF har subsidiært påberopt seg culpa in contrahendo som grunnlag for sitt erstatningskrav. Heller ikke dette kan føre frem. Capgemini har ikke på en culpøs måte forledet SBILF til å handle i tillit til at det foreligger en gyldig avtale, sml Rt-1998-761 og Geir Woxholth «Avtalerett», side 215, hvor han karakteriserer ansvaret hvis avtale ikke kommer i stand, som å ha «karakter av å være et unntak fra en hovedregel om ansvarsfrihet og for så vidt en «sikkerhetsventil»». Det vises videre til Lasse Simonsens «Prekontraktuelle ansvar», side 195 hvor det uttales at: «De to hovedhensyn har generelt stor vekt og det synes å være en utbredt oppfatning at det alminnelige prekontraktuelle ansvar kun bør representere en beskyttelse mot de klart uakseptable handlemåter».

Det er ikke Capgemini, men SBILF som i dette tilfelle har utvist culpa in contrahendo ved på en klanderverdig måte å bryte forhandlingene med Capgemini. Dette var et klart brudd på lojalitetsplikten. Capgemini forhandlet i god tro og hadde grunnlag for å innrette seg i tillit til at partene også ville oppnå enighet. Blant annet lot SBILF Capgemini fortsette forprosjektet og svarte også positivt på Capgeminis forespørsler om å starte bemanningen av hovedprosjektorganisasjonen i SBILFs lokaler til tross for at Capgemini før dette hadde klargjort sin oppfatning av fastprissituasjonen. Da presentasjonen av resultatene fra forprosjektet fant sted 21.10.04, hadde således Capgemini god grunn til å tro at partene ville begynne forhandlinger om hovedavtalen og slutføre disse i løpet av november.

I stedet hevet SBILF «det samlede avtaleforhold» uten forhåndsvarsel og uten å åpne for ytterligere forhandlinger den 28.10.04. At SBILF brått og uventet terminerte videre forhandlinger under dekke av at Capgemini ikke ville vedstå seg tilbud om fastpris for utvikling av Amarta, var culpøst. SBILF varslet aldri om at hevning var aktuelt og ga dermed heller ingen konkret begrunnelse for sin oppfatning av situasjonen. Partene ble dermed avskåret fra å presisere sine standpunkter, og å søke minnelig løsninger og eventuelt finne et

omforent grunnlag for å fortsette prosjektet. SB1LF ville dersom SB1LF ikke hadde erklært hevning, sannsynligvis ha oppnådd fastprisavtale i det omfang som var forutsatt. Capgemini sa seg også villig til å levere Amarta til 80 millioner kroner hvis SB1LF insisterte på dette som en fastpris. Det fremgår av administrerende direktør Ole-Wilhelm Meyers brev av 19.10.2004 at han var klar over at Capgemini var beredt til å levere et prosjekt til NOK 80 millioner, men var likevel ikke interessert. SB1LF ville ha en erkjennelse av at det forelå et bindende fastpristilbud for å forsøke å skaffe seg et hevningsgrunnlag og deretter å inngå direkte avtale med underleverandøren og for ikke å betale for forprosjektet. Capgemini hadde grunn til å forvente at SB1LF ville fortsette forhandlingene. Når det ikke skjedde, foreligger det brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Capgemini hadde grunnlag for å innrette seg i tillit til at partene ville oppnå enighet. Capgemini ble foreldet til å fortsette et forprosjekt som SB1LF etter eget utsagn egentlig ikke hadde bruk for, og som SB1LF dermed skulle ende opp med å ikke betale for. SB1LFs påstand om fastpris fremstår langt på vei som en skinnbegrunnelse, idet det egentlige problem for SB1LF var den samlede interne og eksterne ressursbruk for totalprosjektet som bestod i utvikling, grensesnitt, konvertering og øvrige tjenester.

SB1LF handlemåte må anses grovt klanderverdig og gi Capgemini grunnlag for krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse, samt krav på at fakturaen av 09.12.2004 for forprosjektet på kr 2.326.439 med tillegg av forsinkelsesrente, betales.

Når det gjelder Capgeminis krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse, anføres det at Capgemini i løpet av 2004 hadde satt inn store ressurser innen personell og ledelse for å fullføre forhandlingene med SB1LF, samt å forberede oppstart av prosjektet i henhold til det «scope» som var avklart i oktober 2004. Blant annet ble det ansatt ytterligere to personer som skulle arbeide med SB1LF. Som følge av hevningserklæringen, var denne innsatsen bortkastet. Det dreier seg om utgifter til forhandlingspersonell, nyansettelser og forberedelser til implementering av Amarta, slik som dokumentert ved det fremlagte regneark med oppstilling over kostnader ved Capgeminis aktiviteter hos SB1LF, og som til samme beløper seg til kr 1.398.677.

I tillegg har Capgemini hatt et disponeringstap på anslagsvis kr 4.320.000. Det vises til den fremlagte beregning av tap i fremtidige inntekter knyttet til Capgeminis Amartasatsing.

Hadde avtalen med SB1LF kommet i stand, ville Capgemini med stor sannsynlighet også ha oppnådd fortjeneste og anledning til å bruke ervervet kunnskap i andre prosjekter.

Riktignok anføres det at partenes respektive forhandlingsposisjoner var så langt fra hverandre da SB1LF trakk seg fra forhandlingene, at det ikke forelå noen formell avtale mellom dem. SB1LF hadde imidlertid gått langt i å binde opp ressurser hos Capgemini ut fra den forventning at endelig avtale var nært forestående, og denne adferden fra SB1LF påførte Capgemini tap utover de rene forhandlingsutgiftene som nevnt ovenfor.

Grunnen til at Capgemini satte så vidt store ressurser inn på å berge forhandlingene med SB1LF, og derunder også å fullføre Pilot- og forprosjektet med tilnærmet null fortjeneste, var at Capgemini ønsket å bruke erfaringene med å generere en Amartaløsning for forsikringsbransjen, til å skape grunnlag for vesentlige innsparinger ved implementering av slike løsninger hos andre aktører innen bransjen. Capgemini holdt parallelt med slutføringen av forhandlingene med SB1LF, kontraktsforhandlinger med 3 større aktører innen forsikring slik som opplyst i den fremlagte tapsberegningen, og la til grunn for sine tilbud overfor disse aktørene at man ville kunne utnytte den merkompetanse

Amartautviklingen for SB1LF ville generere. Disse forutsetningene for å fullføre forhandlingene med de tre øvrige aktørene, ble revet bort da SB1LF plutselig avbrøt forhandlingene og avsluttet samarbeidet med Capgemini.

Dersom SB1LF hadde formidlet sin påståtte holdning om at det forelå en fastpris og at denne var en «deal breaker» for prosjektet, ville Capgemini ha møtt de tre øvrige aktørene på en helt annen måte. SB1LFs hevning hadde en direkte ødeleggende virkning på de kontraktsforhandlingene som Capgemini hadde pågående om utvikling av Amartaløsninger. Som det fremgår av den fremlagte tapsberegning, vurderte Capgemini at det forelå henholdsvis 20 og 40 % sannsynlighet for at Capgemini ville få disse prosjektene, og som dermed på grunn av SB1LFs culpa in contrahendo, har påført Capgemini et samlet tap på kr 4.320.000. Tapet kreves erstattet med et beløp fastsatt etter rettens skjønn. Det foreligger årsakssammenheng mellom SB1LF handlinger og Capgeminis tap.

Når det gjelder Capgeminis faktura for forprosjektet, som i samsvar med partenes forutsetninger bare omfatter ca. halvparten av Capgeminis reelle kostnader, fremstår det som svært lite trolig at ikke leveransen fra forprosjektet har hatt verdi for SB1LF. Det er ikke omtvistet at Capgemini har levert en korrekt og mangelfri

tjeneste i henhold til forprosjektavtalen. Det følger av Marit Solems forklaring at hun var imponert og tilfreds med det som ble levert. Det er blant annet på denne bakgrunn lite trolig at leveransen var uten verdi for SBILF selv om SBILF senere inngikk avtale med Sherwood på T&M-basis. Timeangivelsene i leveransen fra forprosjektet gjorde det blant annet mulig for SBILF å planlegge egen innsats, anslå kostnader, samt legge til grunn en tidsplan. SBILF ønsket da også å fortsette forprosjektet selv om SBILF i styringsgruppemøte den 16.09.2004 var gjort kjent med Capgeminis holdning til fastprisspørsmålet. Videre har også Roar Skorge i SBILF bekreftet at man hadde nytte av leveransen blant annet i forbindelse med arbeidet med grensesnitt. Leveranse må imidlertid også ha hatt betydning for SBILFs planlegging av egen innsats. At SBILF anså forprosjektet som viktig, bekreftes av Yngvar Runds forklaring om at kontraktsforhandlingene og forprosjektet ble oppfattet som to sideordnede løp som ikke skulle blandes sammen.

SBILF må uansett ved sin passivitet anses å akseptere å betale for forprosjektet, særlig etter at SBILF senest den 16.09.2004 var blitt klar over at det etter Capgeminis oppfatning ikke forelå noe fastpristilbud for Amarta utviklingen, og likevel valgte å fullføre forprosjektet. Capgemini ble derved forledet til å fortsette prosjektet på sviktende grunnlag. I denne sammenheng vil det være irrelevant for Capgeminis krav på vederlag om SBILF hadde behov for eller nytte av leveransen. Capgemini må uansett ha krav på dekningen av fakturaen.

Saksøkte har nedlagt slik

påstand:

I hovedsøksmålet

1. Capgemini Norge AS frifinnes.
2. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS dømmes en for begge og begge for en til å erstatte Capgemini Norge AS sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

I motsøksmålet

1. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS dømmes til å betale Capgemini Norge AS kr 2.326.439 i henhold til faktura av 09.12.04 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall 09.01.2005 og til betaling skjer.
2. Capgemini Norge AS tilkjennes erstatning etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr 5.718.697 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.
3. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS dømmes en for begge og begge for en til å erstatte Capgemini Norge AS sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

Rettens bemerkninger

Retten har kommet til at Capgemini må frifinnes i hovedsøksmålet og gis medhold i sitt krav på betaling av fakturaen for forprosjektet på kr 2.326.439 i motsøksmålet.

Forøvrig må SBILF bli å frifinne i motsøksmålet.

Pilotavtalen gir etter rettens oppfatning verken direkte eller indirekte ved sin henvisning til tidligere «tilbud» i avtalens § 7, tilstrekkelige holdepunkter for at Capgemini hadde forpliktet seg til å utvikle og levere Amarta til en fastpris på ca. kr 79,5 millioner dersom SBILF valgte å gå videre med hovedprosjektet etter pilotprosjektets avslutning.

Slik fastpris kan etter omstendighetene heller ikke anses etablert ved passivitet eller konkludent adferd. Det forelå dermed intet vesentlig mislighold som ga SBILF grunnlag for hevning av «det samlede avtaleforhold» da Capgemini ikke ville vedstå seg noe fastpristilbud. Noen avtale kan heller ikke anses å foreligge på hevningstidspunktet så lenge prisen fortsatt var uavklart. Slik saken er opplyst, finner retten det mest sannsynlig at Capgemini ikke var klar over SBILFs fastprisforutsetning og at denne var en avgjørende forutsetning for SBILF da Pilotavtalen ble inngått og kontraktsforhandlingene innledet med Capgemini som hovedleverandør. SBILF var etter omstendighetene nærmest til å klargjøre prisforutsetningen for Capgemini, og må bære risikoen for at det ikke skjedde på en tilstrekkelig klar måte. Det er på den annen side ikke påvist eller

tilstrekkelig sannsynliggjort at noen av partene har forhandlet i ond tro eller på annen måte opptrådt illojalt under kontraktsforhandlingene, slik at det foreligger grunnlag for krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Ad. Pilotavtalen § 7 i «kontekst»:

SB1LFs prinsipale grunnlag for fastpristilbudet er Pilotavtalen § 7 annet ledd og bestemmelsen om at Capgemini var forpliktet til å inngå avtale «i tråd med tilbud» dersom SB1LF valgte å gå videre med hovedprosjektet etter pilotprosjektets avslutning.

Denne forpliktelsen for Capgemini var etter Pilotavtalen § 7 annet ledd betinget av at partene kunne «enes om avtalevilkår som anses som rimelige for den type prosjekt som skal gjennomføres». Det var altså ingen betingelsesløs opsjon SB1LF i tilfelle hadde.

At man skulle enes om avtalevilkår som anses rimelige, kunne blant annet gå på en forutsetning om avklaring av «scope».

Dette er imidlertid ikke avgjørende idet retten uansett ikke finner bevist at henvisningen til «tilbud» i § 7 annet ledd, var en henvisning til et allerede eksisterende fastpristilbud.

Dette må SB1LF ha bevisbyrden for, og beviskravet skjerpes av at det her er tale om et omfattende, langvarig (minst to år) og komplekst avtaleforhold hvor omfanget i realiteten var uavklart så lenge detaljene i utviklingen og leveransen av Amarta ikke var avklart. Retten må legge til grunn som anført av Capgemini, at RFP'en ikke ga tilstrekkelig grunnlag for en forsvarlig vurdering av omfang og risiko, og dermed fastpris. RFP'en beskrev kun eksisterende produkter og løsninger på et overordnet nivå, som en «asis»-beskrivelse, uten en nærmere angivelse av den funksjonalitet som SB1LF ønsket å få levert, og uten definisjon av tilstrekkelig kvalitet og testrutiner for akseptansetester m.v. Retten må legges til grunn at den iterative utviklingsmetode som Sherwoods svar på RFP'en forutsatte, hvor det med utgangspunkt i en behovsanalyse som skulle videreføres og videreutvikles i en overordnet kravliste, og hvor både krav og system skulle utvikles i et tett samspill og kontinuerlig vekselvirkning mellom brukere og utviklere, i utgangspunktet ville være lite egnet for fastpris, slik som anført av Capgemini. Det vises til at eksisterende funksjonalitet i en slik iterativ prosess ifølge Capgemini, ikke være avgjørende for hva som til sist skal leveres: «*Unlike a traditional package, Amarta includes a development environment and therefore the question of current and future functionality is not particularly relevant*». Fastpris vil derfor som anført av Capgemini, i utgangspunktet måtte forutsette at det foreligger et lukket «scope» som «betegner» hva leverandøren er forpliktet til å levere og det kunden har krav på å få, og som ifølge Capgemini bestemmes av flere komponenter slik som «løsningsspesifikasjon» (dvs. en funksjonell-, teknisk- og operasjonell spesifisering), «tidsplan for gjennomføring» og «en avklaring av hvilke ressurser som skal utføre arbeidet» (her særlig fordelingen av ressursene mellom kunde og leverandør), samt «kriterier for akseptanse av løsningen». Retten må legge til grunn at RFP'en ikke ga slik tilstrekkelig informasjon som grunnlag for fastpris, og at dette dermed skjerper kravene til bevis for at en stor og profesjonell aktør som Capgemini, likevel faktisk hadde bundet seg til en fastpris i den størrelsesorden det her er tale om, uten spesifikt å ha avtalt hvilke ytelser som prisen omfattet.

At Capgemini hadde behov for en nærmere avklaring av detaljene i leveransen, dvs. et såkalt lukket «scope», slik som anført, er blant annet flyttingen av Unit Linkproduktene fra tredje til første fase eksempel på. Retten legger til grunn at denne endringen først og fremst berodde på en forretningsmessig vurdering og avgjørelse fra SB1LFs side på grunnlag av Pilotprosjektet. Det er erkjent under hovedforhandlingen at flyttingen av Unit Linkproduktene medførte en økning av totalprisen på ca. 5 millioner kroner som SB1LF på forespørsel og på forhånd var blitt gjort kjent med, jf. Jan-Fredrik Seebergs epost av 19. mai 2004. Til tross for dette har SB1LF fastholdt sin opprinnelige oppfatning av fastpristilbudet, også etter at Unit Linkproduktene var blitt besluttet flyttet til første fase. Det vises til referatene fra styringsgruppemøtene hvor det fremgår at SB1LF fortsatt mente at det forelå et fastpristilbud på ca kr 80 millioner etter at Unit Linkproduktene var flyttet fra tredje til første fase. Først under hovedforhandlingen ble det korrigert for endringen, uten at retten har fått noen forklaring på hvorfor dette ikke hadde skjedd på et tidligere tidspunkt og forut for hevingen. Eksempelet viser at utviklingsrekkefølgen i realiteten var uavklart – slik som anført av Capgemini – da Capgemini ifølge SB1LF ga sin fastpris, og taler for at «scope» også forøvrig var for uavklart til at bindende fastpris kunne gis på dette tidspunkt.

Det har altså formodningen mot seg at Capgemini allerede på grunnlag av RFP'en skulle være villig til gi bindende fastpris, og dette er en omstendighet som i hvert fall må skjerpe kravet til bevis for at fastpris faktisk ble gitt for Amarta.

At fastpris var en avgjørende kontraktsforutsetning – en etter det anførte såkalt «deal breaker» – som Sherwood/Capgemini var eller burde ha vært klar over da SB1LF ga slipp på øvrige leverandørene som Sherwood/Capgemini konkurrerte med, kan retten ikke se er tilstrekkelig sannsynliggjort. Det er riktignok ikke tvilsomt at SB1LF ønsket og presset på for å oppnå fastpris slik at risikoen ved prosjektet i størst mulig grad var avklart for SB1LF på forhånd. Men at fastpris var en avgjørende kontraktsforutsetning, fremgår ikke av RFP'en – hvilket det kan hevdes det burde dersom dette allerede i utgangspunktet var en «deal breaker». Det er heller ikke ført bevis for at dette på annen tilstrekkelig klar måte ble gjort kjent for Sherwood/Capgemini da forhandlingene ble innledet høsten 2003, og retten konstaterer at fastpris ikke var noen «deal breaker» i det etterfølgende dekningskjøp hos Sherwood.

Capgemini har erkjent at man var klar over at SB1LF ønsket og presset på for å oppnå fastpris, men ikke at SB1LF mente at det allerede forelå et bindende fastpristilbud da forhandlingene ble innledet med Capgemini i 2004. Noe annet er det heller ikke ført tilstrekkelig bevis for. Sherwood/Capgemini's svar på RFP var intet fastpristilbud, og tilbudet av 14. november 2003, som ifølge Capgemini utgjorde et grunnlag for prisoppstillingen av 05.12.2003, inneholdt også en tydelig reservasjon: «All figures are indicative and are subject further due diligence, audit and internal approval».

Det er anført at Capgemini var villig til å binde seg til den anførte fastpris på grunn av de store inntektsmulighetene som lå i totalprosjektet, blant annet grensesnitt og konvertering som ville bli gitt som regningsarbeid. Det er vist til Thor-Christian L'Oranges interne epost av 11.02.2004, jf. foran under sakens bakgrunn. Men det som fremgår her, var ikke en del av Capgemini's vurdering i november 2003 da Capgemini fortsatt var underleverandør for Sherwood. Og for så vidt som den anførte fastprisen innebar en tapsrisiko for Capgemini som forutsetningsvis ble oppveid av fortjenestemulighetene på grensesnitt og konvertering (etter at Capgemini kom inn som hovedkontraktspart for totalprosjektet under forhandlingene), vil det kunne hevdes at Capgemini uansett ikke kan være bundet av fastprisen uten at også de øvrige avtaler under totalprosjektet var på plass, hvilket ikke var tilfelle her, jf. Pilotavtalens § 7 annet ledd og forutsetningen om at partene kunne enes om avtalevilkår «som anses rimelig for den type prosjekt som skal gjennomføres».

Retten legger til grunn at henvisningen til «tilbud» i Pilotavtalen § 7 annet ledd, er en henvisning til eposten av 05.12.2005, og spørsmålet er om denne eposten tolket i lys av omstendighetene forøvrig slik som anført av SB1LF, kan oppfattes som et fastpristilbud på ca. 79,5 millioner.

SB1LF har anført at eposten er en bekreftelse på det muntlige fastpristilbud som Sherwood/Capgemini ga i møtet den 27.11.2003, og at denne forståelsen av eposten som et fastpristilbud, deretter også ble presisert av SB1LF v/Marit Solems epost av 09.12.2003 som senere ikke ble bestridt av Capgemini da Pilotavtalen ble inngått.

Vitneforklaringene spriker imidlertid når det gjelder hva som ble sagt, og hvilke tilbud som ble fremsatt, under møtet den 27.11.2003.

Til stede i dette møtet var Marit Solem og Yngvar Rund for SB1LF. For Sherwood møtte Barney Quinn, Kevin McGinty og Philip Hodges, og for Capgemini Jan Fredrik Seeberg. Det fremgår av Marit Solems forberedelsesnotat til møtet den 27.11.2003 at hun var meget bevisst på at Capgemini skulle forplikte seg på pris: «*Må også sikre fastpris. Må være fast pris. Skal ikke ha behov for detaljer fra oss. Nå må de stå for det*», og hennes håndskrevne notater fra selve møtet: «*Heelt nye produktområder i fht RFP – daa change kontroll*» og «*Sier det er fixed.*». Ifølge SB1LF underbygger også en etterfølgende epostveksling internt hos Sherwood den 27. og 28.11.2003 mellom Philip Hodges og Barney Quinn, at Sherwood/Capgemini hadde gitt et fastpristilbud i møtet den 27.11.2003 på kr 79,5 millioner: «*In other words we are bearing ALL the risk*». Dette siste stemmer ifølge SB1LF ikke godt dersom det kun dreide seg om et rent regningsarbeid.

Marit Solem har forøvrig forklart at hun under møtet den 27.11.2003 gjorde det helt klart at SB1LF måtte ha fastpris og forutsigbarhet. I formøte den 26.11.2003 var «*alle tallene gjennomgått*», og i selve «*stormøtet den 27. november*», hvor Barney Quinn (Sherwood) ifølge Marit Solem var den viktigste personen, ble det ifølge Solem fra Sherwood/Capgemini side gitt en fastpris på Amarta på ca. 79,5 millioner. Det ble understreket «*hvor enkelt det var å arbeide med Amarta*» og at det «*ikke forelå behov for spesifikasjoner*». Ifølge Solem «*skrøt*» de av RFP'en, og hun opplevde at Sherwood/Capgemini var «*veldig komfortabel*» med all den

dokumentasjonen som SB1LF hadde lagt frem i forkant, og som ga dem inngående kunnskap om alle SB1LFs produkter. Det var dermed grunnlag for fastpris slik Marit Solem oppfattet det. Marit Solem var ifølge sin forklaring skeptisk til at fastpris kunne gis fordi hun jo visste at det vanligvis var behov for kravspesifikasjon, og hun spurte flere ganger om dette, men ble forsikret om at fastpris kunne gis uten kravspesifikasjon. At det ble gitt fastpris, var viktig for SB1LF fordi så mange i styret ifølge Marit Solem «*hadde brent seg på store prosjekter*». Timepriser var ikke tema under møtet den 27.11.2003, og hun ville ifølge sin forklaring «*ha blitt sint*» hvis timer hadde blitt tatt opp som tema i forhold til Amarta. Hun ville heller ikke ha noen diskusjon om hva som var i «*scope*» under møtet den 27.11.2003. Dette var tilstrekkelig avklart. Sherwood/Capgemin hadde «*haket av alt i RFP'en*», og det forelå ifølge Marit Solem ikke behov for ytterligere detaljer fra SB1LF som grunnlag for fastpris. De løsninger som ifølge Marit Solem skulle utvikles i Amarta for fastprisen, skulle være tilstrekkelige til at SB1LF kunne slå av gjeldende fagsystemer og å drive livs- og fondsforsikringsvirksomhet i henhold til krav fra myndigheter og marked. Dette var det ifølge Marit Solem enighet om.

Yngvar Runds forklaring er i hovedsak i samsvar med Marit Solems. Han har forklart at partene på forhånd hadde hatt møter hvor det var gjort klart for Sherwood/Capgemin at smertegrensen for SB1LF lå på 70 millioner kroner, at pris var helt avgjørende for SB1LF og at man ikke kunne gå videre før prisen for Amarta var avklart. Under møtet den 27.11.2003 endte forhandlingene på kr 79,5 millioner, men da skulle dette ifølge Yngvar Rund til gjengjelde være en fastpris. SB1LF hadde ved dette gått opp ca. 9 millioner fra sin smertegrense, som dermed skulle være tilstrekkelig til å dekke Capgemini's risiko.

Ifølge Yngvar Rund var alle innforstått med at kr 79,5 millioner var en fastpris, dog med forbehold om strukturelle endringer slik som nye produktstrukturer som ikke var kjent på dette tidspunktet.

Jan-Fredrik Seeberg (selger i Capgemini med tittel «Business Development Manger») har forklart at Barney Quinn ledet forhandlingene for Sherwood og at Philip Hodges utfylt ham på «*detaljnivå*». Han tok ikke selv ordet under forhandlingene og hadde ifølge sin forklaring ikke fullmakt «*til å være enige med noen om noe*». Capgemini hadde på dette tidspunkt ifølge Seeberg en liten rolle i forhold til det som skulle leveres, og hadde ingen inngående kunnskap om produktet, men skulle i tilfelle bygge opp kompetanse. Slik han oppfattet det, hadde partene i møtet en felles forståelse av at 80 millioner kroner som «*ramme*», ville være nok til å utvikle og levere Amarta. Man hadde ingen kravsspesifikasjon og omforent «*scope*», men en «*omforent ramme*», «en felles forståelse», av 80 millioner kroner som tilstrekkelig til å utvikle funksjonalitet god nok til å skru av eksisterende systemer. Fastpris var ikke noe tema, men han mener at partene diskuterte seg frem til «*rammen*» ved at man brukte en «*estimeringsmodell*» med akkumulerte timepriser, uten at han har noen erindring i dag av detaljene rundt dette. Han hadde ikke selv hatt noen befatning med estimatene.

Philip Hodges har forklart at beløpene som ble presentert under møtet den 27.11.2003, var estimer basert på anslag over totale timer og rabatterte timepriser, med rabatter på 30-50% fra Sherwoods side, og med størst rabatt i første fase, for utvikling og levering av Amarta slik at SB1LF kunne slå av eksisterende systemer, og hvor totalbeløpet var på ca. 79,5 millioner for hele prosjektet. Dette var et estimat basert på regningsarbeid til rabatterte priser, særlig i første fase. Estimater ble gitt av Barney Quinn og var i samsvar med den senere eposten av 05.12.2003. Estimater var basert på den informasjon Sherwood hadde om «*scope*» på dette tidspunktet, og basert på «*time and material*». Ifølge Hodges gir ikke Sherwood fastpris på Amarta, og det skjedde heller ikke i dette tilfelle. Uansett hvor mye informasjon som gis, ville det ifølge Hodges ikke kunne være rom for fastpris for Amarta etter den praksis Sherwood har.

Med ovennevnte motstridende forklaringer kan det etter rettens oppfatning ikke legges til grunn som bevist at det i møtet den 27.11.2003 ble fremsatt et muntlig fastpristilbud på kr 79,5 millioner for Amarta. At slikt muntlig fastpristilbud ble fremsatt, har også, som nevnt, etter omstendighetene formodningen mot seg. Det må derfor gå ut over SB1LF at Marit Solems og Yngvar Runds forklaringer ikke kan underbygges på annen måte.

Dagen etter (den 28.11.2003) ble det også avholdt et nytt møte mellom Marit Solem og Thor-Christian L'Orange (Capgemini's forhandlingsleder) hvor Thor-Christian L'Oranges forberedelsesnotat til møtet ifølge L'Orange ble gjennomgått. Notatet er fremlagt i saken. Thor-Christian L'Orange var ikke til stede under møtet dagen før da Sherwood kom med sitt tilbud, men Marit Solem har bekreftet at et møte ble avholdt med L'Orange den 28.11.2003 uten at det av hennes notater fremgår hva møtet gjaldt og at timer og timepriser var tema under møtet slik L'Orange hevder. Dersom det hadde vært tale om estimer og ikke fastpris, kunne hun imidlertid ifølge sin forklaring ikke senere ha lagt frem «*Business case*» for SB1LFs styre slik hun gjorde. Hun forholdt seg ellers ifølge sin forklaring til Jan-Fredrik Seeberg som hun hadde oppfattet som sin motpart, og hadde ikke stort med Thor-Christian L'Orange å gjøre. Om dette betyr at hun ikke var klar over at L'Orange var

Capgeminis forhandlingsleder, er ikke opplyst. På dette tidspunkt var også Sherwood fortsatt SB1LFs hovedmotpart i forhandlingene om Amarta med Capgemini som underleverandør.

Retten kan imidlertid ikke se noen grunn til ikke å feste lit til Thor-Christian L'Oranges forklaring om at han i møtet den 28.11.2003 gjennomgikk notatet som er fremlagt i saken, herunder blant annet Capgeminis forutsatte timer og timepriser for fase 1, selv om det ikke foreligger noe referat fra dette møtet. Det foreligger ingen direkte motstrid mellom forklaringene. Marit Solem støtte seg fullt ut til sine notater og kunne i realiteten ikke huske hva som var blitt sagt i møtet utover det som fremgår av hennes notater. Thor-Christian L'Oranges forberedelsesnotat er et begivenhetsnært bevis. Det er ikke anført og heller ikke grunn til å tro at notatet er laget i ettertid. Det er mulig at Marit Solem ikke reagerte på gjennomgangen og at hun derfor heller ikke har notater fra møtet fordi gjennomgangen slik hun vurderte det da, ikke var uforenlig med hennes fastprisforutsetning. Det vises til at ordet «estimat» eller lignende ikke fremgår av L'Oranges notat, og selv om ordet «estimat» ble nevnt i møtet, viser hennes senere håndtering av eposten av 15.12.2003 at dette ikke var til hinder for at hun fortsatt ville kunne oppfatte Sherwood/Capgeminis tilbud som et fastpristilbud. Det er således mulig at L'Oranges gjennomgang av Capgeminis timer og timepriser, ikke ble ansett å berøre fastpristilbudet som hun mente at Sherwood/Capgemini allerede hadde avgitt dagen før.

Thor-Christian L'Oranges forklaring om timer og timepriser for fase 1, 2 og 3, er også i hovedsak i samsvar med totalbeløpene i Philip Hodges etterfølgende epost av 05.12.2003 hvor «agreed terms to develop Amarta» uttrykkelig fremgår som «estimated project cost for Amarta SB1LF», til «heavily discounted rates». Dette kan etter rettens oppfatning ikke lett oppfattes som et fastpristilbud selv om prosjektkostnadene for fase 1, 2 og 3 i eposten av 05.12.2003 ble oppgitt med totalbeløp uten angivelse av hvilke timer og timepriser som lå til grunn for estimatene. Timer og timepriser var riktignok ifølge vitneforklaringene ikke tema under møtet den 27.11.2003. Timer og timepriser var imidlertid som lagt til grunn ovenfor, tema i møtet dagen etter mellom Solem og L'Orange, og må også ha vært det mellom partene forut for dette. Det vises blant annet til Marit Solems forberedelsesnotat til møtet 27.11.2003 hvor hun kommenterte en timepris på kr 1900 (formentlig Sherwoods timepris) slik: «*ærlig talt: timepris på 1900,-*». At eposten av 05.12.2003 ikke inneholdt nærmere opplysninger om hvilke forutsetninger estimatene bygger på, kan derfor ikke være avgjørende. Det vises til at eposten heller ikke inneholdt en nærmere beskrivelse av hva leveransen skulle omfattet. Det er altså åpenbart at eposten av 05.12.2003 måtte tolkes og utfylles i lys av det partene forøvrig hadde avklart av vilkår og forutsetninger forut for eposten, herunder også timer og timepriser for så vidt gjelder grunnlaget for estimatene.

Retten finner det på denne bakgrunn – slik saken er opplyst – mest sannsynlig at beløpene i Philip Hodges epost av 05.12.2003 bygget på et bestemt timeomfang og rabatterte priser for hver enkelt fase, slik som forklart av bl.a. Hodges og L'Orange, og slik det fremlagte og interne «Revised estimates» viser. I denne sammenheng taler også epostens bestemmelse om «exit fee» og «delivery fee» for fase 1, mot å oppfatte eposten som et fastpristilbud for hele prosjektet.

Marit Solem presisering av tilbudet ved epost av 09.12.2003 til Jan-Fredrik Seeberg kan ikke endre på dette. Retten er enig med saksøkte i at «presiseringen» er uklar. Etter sitt innhold presiserer den i realiteten ikke noe som var uklart i eposten av 05.12.2003: «*Philip sier «fixes scope». Dette er det samme som fast pris*».

Ordene «fixes» eller «fixed scope» fremgår ikke av eposten av 05.12.2003, men må i tilfelle referere seg til muntlige utsagn fra Philip Hodges. Det er på det rene at «fixed scope» ikke er det samme som fastpris, og det blir dermed uklart på hvilken måte denne presiseringen avklarer vilkårene i Philip Hodges epost, særlig når eposten etter vanlig språkbruk ikke naturlig kunne oppfattes som et fastpristilbud.

Marit Solem har erkjent at hun heller «ikke så så nøye på» eposten av 05.12.2003, men at hun bare kastet et «*skrått blikk*» på den, og at det er «*mulig at*» hun «*så tallet nederst til høyre*», dvs. totalbeløpet, uten å registrere at dette var omtalt som et estimat. Hun hadde på dette tidspunkt i følge sin forklaring svært mye å gjøre, og overlot derfor eposten til Yngvar Rund som hadde «*finlest*» den.

Yngvar Rund har på sin side forklart at han reagerte på at det stod «*estimat*» i eposten av 05.12.2003, og at han straks ga beskjed til Marit Solem om dette.

Det er dermed ikke fullt samsvar mellom Yngvar Rund og Marit Solems forklaringer på dette punkt. At hun ikke hadde festet seg ved og ikke var klar over at beløpene i eposten var omtalt som estimer, stemmer ikke med at Yngvar Rund hadde gjort henne uttrykkelig oppmerksom på dette. Det fremgår også tydelig av eposten med fremhevet skrift og store bokstaver at det her var tale om: «*Estimated project cost for Amarta SB1LF*».

Marit Solems forklaring skaper dermed inntrykket av at hun som forhandlingsleder for SB1LF, ikke var mottakelig for og ikke ville høre tale om annet enn fastpris etter møtet 27.11.2003, og at hun dermed ikke var tilstrekkelig oppmerksom på innholdet av Philip Hodges epost. Dette må SB1LF selv har risikoen for.

Jan-Fredrik Seeberg har forklart at eposten av 09.12.2003 fra Marit Solem – som var ment å presisere Philip Hodges epost – ikke ble besvart skriftlig av ham, og at han ikke vet om den ble besvart muntlig, men at han «*sikkert snakket pr. telefon med Marit Solem*» om eposten «*siden de ofte var i kontakt*», uten at han kan huske hva som ble sagt i disse samtale.

Yngvar Rund har forklart at Jan-Fredrik Seeberg pr. telefon bekreftet at eposten 05.12.2003 skulle oppfattes som et fastpristilbud med forbehold om fundamentale endringer, men dette er ikke bekreftet av Seeberg i hans forklaring og er også uforenlig med epostens ordlyd slik retten oppfatter denne.

Retten har på denne bakgrunn kommet til at Marit Solems epost av 09.12.2003 til Jan-Fredrik Seeberg ikke var egnet til å presisere eposten av 05.12.2003 som et fastpristilbud.

Presiseringen er for uklar. Det er i denne sammenheng også et poeng slik som anført av Capgemini, at «presiseringen» ikke skjedde overfor Philip Hodges i Sherwood som var avsender av tilbudet. Slik saken er opplyst, må retten legge til grunn at SB1LF v/Marit Solem heller ikke gjorde nok for å forvisse seg om at presiseringen var kommet frem til og virkelig akseptert av rette vedkommende i Sherwood/Capgemini. Dersom SB1LFs tolkning av eposten som et fastpristilbud, var en helt avgjørende forutsetning for videre forhandlinger med Sherwood/Capgemini, burde dette – særlig ut fra kontraktens omfang og verdi for partene – ha vært avklart på en langt klarere og mer betryggende måte for å kunne legges til grunn.

Da Capgemini deretter – mer enn to måneder senere – i forbindelse med inngåelsen av Pilotavtalen i mars 2004 ble trukket inn som fremtidig hovedkontraktpart med Sherwood som underleverandør, lå det også i sakens natur at denne endringen ville ha betydning for prisen, slik som også varslet av Thor-Christian L'Orange i epost av 12.02.2004, jf. ovenfor under sakens bakgrunn. Her varslet han noe høyere pris som en av ulempene ved at Capgemini ble trukket inn som hovedleverandør. Videre ble det varslet om at omfang av større kontrakter også ville kreve godkjenning av nordisk ledelse. Varselet om noe høyere pris dersom Capgemini kom inn som hovedkontraktpart, var påregnelig og kan ikke ha kommet som noen overraskelse på SB1LF, og taler mot SB1LFs forutsetning om at Capgemini allerede hadde bundet seg til en fastpris.

Thor-Christian L'Oranges epost av 12.02.2004 var svar på aksjonspunkt 1 i referat fra møte 06.02.2004 om «*pro og con*» for avtalestruktur med Capgemini som kontraktpartner. I aksjonspunkt 5 fremgår at Jan-Fredrik Seeberg skulle definere «Fixed scope Fixed price» med frist 18.02.2004. Dette lå ifølge Jan-Fredrik Seeberg som en uavklart materie som partene skulle forsøk å skape enighet om. Det ble ifølge Jan Fredrik Seeberg gjort klart at forutsetningen for «*fixed scope*» og «*fixed price*» var «*en umulighet*» når Capgemini «*ikke visste hva som skulle leveres*». Ifølge Jan-Fredrik Seeberg var SB1LF uenige fordi de mente at fastpris forelå, mens Thor-Christian L'Orange ifølge Seebergs forklaring, ga uttrykk for overfor SB1LF at fastpris kunne være mulig hvis Capgemini fikk totalansvaret for hele prosjektet. Konflikten lå ifølge Seeberg som uavklart allerede i februar 2004, dvs. før Pilotavtalen ble inngått den 24.03.2004. Dette er imidlertid ikke bekreftet av andre vitner og stemmer heller ikke med L'Oranges forklaring. Han har forklart at han som forhandlingsleder, først på et senere tidspunkt ble klar over at SB1LFs mente at det allerede forelå et fastpristilbud, og dette er også i samsvar med Ingar T. Rønnings forklaring.

Det kan på bakgrunn av ovenstående konstateres at partene deretter – den 24. mars 2004 – inngikk Pilotavtalen med helt ulike forutsetninger. SB1LF forutsatte at Pilotavtalen henvist til et allerede avgitt fastpristilbud, mens Capgemini forutsatte at henvisningen gjaldt det forutgående estimat til sterkt rabatterte timepriser. SB1LF hadde etter rettens oppfatning som lagt til grunn ovenfor, ikke tilstrekkelig grunnlag for sin fastprisforutsetning og var dermed nærmest til å avklare denne prisforutsetningen som et vilkår for videre forhandlinger da Pilotavtalen ble inngått. Oppfordringen var desto sterkere dersom denne konflikten allerede i februar 2004 forelå som uavklart slik Seeberg har forklart.

I stedet for å henvise til et ubestemt og uklart «tilbud» i Pilotavtalen § 7, burde SB1LF derfor ha sørget for – slik som anført av Capgemini – at fastprisforutsetningen fremgikk direkte av avtalen ved en gjengivelse av tilbudet slik SB1LF hadde oppfattet det, dvs. som et fastpristilbud på MNOK 79,5 for utvikling av Amarta tilstrekkelig til at SB1LF kunne skru av eksisterende systemer (dersom SB1LF selv utviklet grensesnitt og konverteringsløsninger). At det ikke skjedde, må etter omstendighetene gå ut over SB1LF.

Ingar T. Rønning som forhandlet Pilotavtalen på vegne av Capgemini, var ikke klar over at SBILF oppfattet henvisningen til «tilbud» som en henvisning til et allerede eksisterende fastpristilbud. Det vises til hans forklaring. Advokat Trond Kiplesund som forhandlet Pilotavtalen for SBILF, ble først trukket inn i saken i slutten av februar 2004 – altså noen uker før Pilotavtalen ble inngått – og etter at Marit Solem hadde henvendt seg til juridisk avdeling i Sparebanken 1 Gruppen AS for bistand. Ifølge Kiplesund var man opptatt av å holde forhandlingsposisjonen som var etablert for SBILF, og dette ledet til bestemmelsen i § 7 annet ledd som ifølge Kiplesund var formulert av Ingar T. Rønning.

At fastprisforutsetningen ikke kommer klart frem av § 7 annet ledd, kan reise spørsmål om Kiplesund i løpet av denne korte tiden han hadde vært involvert i saken, var blitt tilstrekkelig informert om SBILFs fastprisforutsetning.

Uansett burde denne ha kommet klart frem av selve avtalen dersom den skulle kunne gjøres gjeldende overfor Capgemini.

Passivitet eller konkludent adferd:

Spørsmålet er dernest om Capgemini kan anses bundet av SBILFs fastprisforutsetning ved passivitet eller konkludent adferd.

Som utgangspunkt kan det ikke oppstå løftevirkninger av ren passivitet, jf. Viggo Hagstrøm, «Obligasjonsrett», side 84 flg., men allerede *«bestemmelsene i avtaleloven §§ 4 annet ledd og 6 annet ledd viser imidlertid at passivitet kan medføre at den passive blir bundet. Lovgrunnen må være at dersom lojalitetshensyn tilsier å tilkjenne sin oppfatning om at man ikke anser seg bundet, bør unnlatelse lede til at det inntreffer løftevirkninger.*

Skal en passivitet, f.eks. en unnlatelse, være grunnlag for en forpliktelse, må den følgelig ha forekommet i bestemte situasjoner, som har gitt vedkommende oppfordring til å ta forbehold hvis han ikke vil bli forpliktet».

Spørsmålet er her om den passivitet som foreligger fra Capgeminis side i forhold til fastprisforutsetninger som fremgår av møtereferater fra kontraktsforhandlingene etter at Pilotavtalen var inngått, var utslag av en vilje om å disponere, dvs. akseptere SBILFs fastprisforutsetning, eller om SBILF med rimelighet kunne oppfatte Capgemini slik, slik at Capgemini ut fra krav til lojalitet i kontraktsforhandlinger måtte ha sagt fra for ikke å bli bundet.

Retten har, som nevnt, kommet til at heller ikke det kan legges til grunn. Det legges da særlig vekt på at SBILFs fastprisforutsetningen ikke hadde et tilstrekkelig holdbart grunnlag, noe SBILF v/sin forhandlingsleder etter omstendighetene burde eller kunne ha innsett. SBILF hadde dermed – slik retten vurderer saken – ikke et tilstrekkelig berettiget grunnlag for å oppfatte Capgeminis passivitet som aksept av SBILFs fastprisforutsetning.

Capgemini var klar over at SBILF ønsket fastpris og var også innstilt på å gi fastpris når «scope» var tilstrekkelig klarlagt gjennom kontraktsforhandlingene. Det vises til L'Oranges og Ingar T. Rønnings forklaring. Retten finner sannsynliggjort at dette var bakgrunnen for at Capgemini i begynnelsen ikke reagerte på henvisningene til fastpris i innkalling og møtereferatene fra kontraktsforhandlingene frem til utløpet av mai 2004. Dette ble som forklart av L'Orange og Rønning oppfattet som den fastprisen partene forutsetningsvis skulle forhandle seg frem til, ikke som en henvisning til et allerede eksisterende fastpristilbud, og dette var heller ikke direkte uforenlig med ordlyden i de første møtereferatene.

Ifølge L'Orange og Rønning ble Capgemini først i kontraktsforhandlingsmøtet den 01.06.2004 klar over at SBILF mente at det allerede forelå et bindende fastpristilbud, noe Capgemini protesterte på. Dette siste er riktignok omtvistet, og det er riktig som anført av SBILF, at det ikke av de fremlagte møtereferatene fra kontraktforhandlingene den 01. og 09.06.2004 fremgår at Capgemini protesterte mot fastprisforutsetningen. På den annen side ble disse referatene utarbeidet av SBILF og referatene er som påvist av Capgemini, ikke senere godkjent av Capgemini idet kontraktsforhandlingene deretter ble «frosset"/"brutt».

De fremlagte møtereferatene fra kontraktsforhandlingene den 1. og 9. juni 2004 er dermed ikke omforente møtereferater som ellers – slik som anført av SBILF – ville måtte tillegges betydelig vekt i forbindelse med bevisvurderingen som såkalte begivenhetsnære bevis, når ord står mot ord.

Slik saken er opplyst, finner retten det mest sannsynlig at det under kontraktsforhandlingsmøtene den 01. og 09.06. 2004, og deretter i møte med Marit Solem 14.06.2004, ble reist spørsmål ved grunnlaget for

fastprisforutsetningen og deretter protestert slik Thor-Christian L'Orange og Ingar T. Rønning har forklart. På spørsmål om grunnlaget for fastprisforutsetningen på ca. kr 80 millioner, kom det frem at SBILF mente at Philip Hodges hadde gitt et slikt fastpristilbud. Derfor ble Sherwood v/Hodges innkalt til neste møte hvor han avviste dette. Capgemini ble ifølge L'Orange og Rønning presset av Marit Solem på at det forelå en fastpris på 80 millioner, noe Capgemini ikke aksepterte så lenge utviklingsrekkefølgen og leveransens omfang for øvrig var uavklart. Retten finner L'Oranges forklaring mest sannsynlig.

At Capgemini bestred SBILFs fastprisforutsetning i juni 2004 slik L'Orange og Rønning har forklart, støttes blant annet av henvisningen til «*dagens urimeligheter*» i Marit Solems epost av 14.06.2004 med innkalling til møte dagen etter. «*Dagens urimeligheter*» gjaldt ifølge L'Orange og Rønning nettopp at Capgemini hadde protestert på SBILFs fastprisforutsetning og ikke var villig til å utvikle og levere Amarta for kr 80 millioner før «*scope*» var avklart. Marit Solem har på spørsmål forklart at hun «*ikke kan skjønne*» hva «*dagens urimeligheter*» refererte seg til, annet enn «*kanskje diskusjoner om at de (dvs. Capgemini, rettens anm.) skulle ta ansvaret for helheten*». SBILFs anførsel om at «*dagens urimeligheter*» gjaldt misnøye med oppfølging og fremdrift hos Capgemini, har dermed ikke støtte i Marit Solems egen forklaring. Det fremgår ellers av hennes forklaring at hun ikke har notater fra møtet med L'Orange den 14.06.2004. Retten finner under disse omstendigheter L'Orange og Rønnings forklaringer mest sannsynlig.

At Capgeminis forhandlingsleder først i juni 2004 ble klar over fastprisforutsetningen og protesterte på denne, finner også støtte i Ingar T. Rønnings kommentarer til utkast til Delavtale 1 Bilag 3: «*Vi har diskutert pris ut ifra at vår pris var et netto estimat, mens de har tatt det til seg som en fast pris – altså inklusive normale risikopåslag og garanti – men slik er det jo ikke*». Riktignok var denne kommentarboksen slettet før oversendelsen til SBILF og den fremstår også etter sitt innhold som en intern kommentar, men den kunne hentes frem av SBILF slik at SBILF kunne gjøre seg kjent med den – slik de også senere har gjort. Kommentaren taler uansett for at det var først på dette tidspunkt at Rønning ble klar over SBILFs fastprisforutsetning. Ellers er det grunn til å anta at han ville ha tatt dette opp på et tidligere tidspunkt.

At prisen var noe man skulle forhandle seg frem til og som fortsatt var uavklart da kontraktsforhandlingene ble brutt slik Capgemini hevder, underbygges også av at «*fast pris for Amarta utvikling*» i samtlige fremlagte kontraktsutkast står angitt med «*NOK XX.000.000*», altså som ennå ikke fastlagt. Dersom fastprisen allerede var avklart slik SBILF hevder, kunne og burde denne vært inntatt allerede i første kontraktsutkast slik SBILF også hadde oppfordring til, for på et så tidlig tidspunkt som mulig, å tydeliggjøre sin fastprisforutsetning. Det er ikke opplyst hvorfor det ikke skjedde. Dokumentasjonen taler også for øvrig for at partene hadde utsatt diskusjon av pris og modell for vederlag inntil hele leveransen var kartlagt, som også er vanlig prosedyre i kontrakter av så stor kompleksitet, og som var forutsatt fra Capgeminis side.

At Eivind Gjerdal (SBILF) i styringsgruppemøte den 20.08.2004 spurte Ola Furu hvordan partene stod i forhold til fastpristilbudet, avslører at fastprisen før dette hadde vært et omtvistet tema (ellers hadde det ikke vært noen grunn til å reise spørsmålet), og stemmer ikke godt med at SBILF først i styringsgruppemøte den 16.09.2004 ble klar over at Capgemini ikke ville vedstå seg fastpristilbudet.

At Capgemini gikk inn i forprosjektet, kan også være en omstendighet som taler for at Capgemini hadde protestert på SBILFs fastprisforutsetning og trodde at man starte med «*blanke ark*» da forprosjektet deretter ble forhandlet og igangsatt. Capgemini hadde jo ellers ingen interesse av å pådra seg ytterligere utgifter i et forprosjektet for avklare «*scope*» m.v., dersom man anså seg bundet av SBILFs fastprisforutsetning. Da ville det som anført av Ola Furu, ha vært om å gjøre å komme i gang med Amarta utviklingen (eller insistere på dette) raskest mulig og uten å pådra seg ytterligere utgifter for å avklare prosjektets omfang som likevel ikke ville ha betydning for den prisen Capgemini kunne oppnå.

På bakgrunn av ovenstående – er det etter rettens oppfatning mest sannsynlig at SBILF – og i hvert fall SBILFs forhandlingsleder Marit Solem – i løpet av juni 2004 var klar over Capgeminis holdning til fastprisspørsmålet, og at Capgemini dermed ikke kan anses bundet av SBILFs fastprisforutsetning ved passivitet eller noen form for konkludent adferd.

Det er heller ikke holdepunkter for slik passivitet eller konkludent adferd fra Capgeminis side i forbindelse med forprosjektet og i styringsgruppemøter frem til hevningserklæringen. Det vises til den redegjørelse som er gitt ovenfor under sakens bakgrunn for det faktiske hendelsesforløp frem til hevningstidspunktet.

Ola Furus svar på Eivind Gjerdals spørsmål kan etter omstendighetene ikke oppfattes som en bekreftelse eller aksept av SBILFs fastprisforutsetning. At Ola Furu ikke straks avviste fastprisforutsetningen, kan riktignok

reise spørsmål om det er riktig at slik avvisning hadde funnet sted tidligere. Ellers var det jo ikke noen grunn til å nøle med å avvise fastprisforutsetningen. Retten fester imidlertid lit til Ola Furu forklaring om at han nølte fordi han ble overrumplet og stusset over spørsmålet. Ifølge Furu var styringsgruppen nesten ikke konstituert før han fikk spørsmålet, og han ble overrasket fordi han mente at partene allerede hadde vært gjennom dette tidligere. Det var dermed først nå han ble seg bevisst – så vidt retten forstår – muligheten av at ledelsen i SB1LF ikke var blitt informert av SB1LFs forhandlingsleder om den avklaringen som hadde skjedd i møter med henne, og at han ifølge sin forklaring ikke hadde lyst til «å dupere Marit der og da». Fordi han ble overrumplet av spørsmålet, valgte han derfor å svare «litt diffust». Sammenholdt med det sviktende grunnlag SB1LF etter rettens oppfatning hadde for fastprisforutsetningen som lagt til grunn ovenfor, kan Ola Furu «diffuse» svar uansett ikke med rimelighet oppfattes som en erkjennelse av fastprisforutsetningen.

Retten legger til grunn at det såkalte «Notat – status kontraktsforhandlinger» av 31.08.2004, ikke var et omforent notat som bekreftet fastpristilbudet slik som anført av SB1LF. Notatet er skrevet av Marit Solem og Yngvar Rund, og retten legger til grunn at Capgemini v/Ola Furu ikke var villig til å skrive under på notatet slik han har forklart, da han ble bedt om dette. At dokumentet ble umiddelbart motsagt av Capgeminis Ola Furu, er riktignok ikke gjenspeilet i punkt 5.4. i møtereferatet av Styringsgruppemøte 02 – tvert i mot. Capgeminis syn ble presentert på neste styringsgruppemøte gjennom Capgeminis redegjørelse av 20.09.2004 der Ola Furu skriver at: «Leverandøren er fullt ut innforstått med at Kunden har en klar forventning om at Amartautviklingen kan leveres på en fastpris stor 80 MNOK, og at dette vil måtte danne utgangspunkt for kontraktsforhandlingene».

Dette viser som anført av Capgemini, «tydelig hva man har tenkt om problemstillingen».

Culpa in contrahendo – erstatning for negativ kontraktsinteresse:

I og med at prisen for Amarta ikke var avklart, kan ikke avtale anses å ha foreligget på hevningstidspunktet. Kontraktsforhandlingene førte ikke frem. Det kan likevel foreligge grunnlag for krav på erstatning – slik begge parter har fremsatt krav om i henholdsvis hoved- og motsøksmål – dersom det er utvist såkalt culpa in contrahendo. Utgangspunktet er imidlertid som anført under henvisning til blant annet Viggo Hagstrøms «Obligasjonsrett», side 86 flg., og UNIDROIT, at hver av partene er fri til å trekke seg fra forhandlingene uten å risikere ansvar for mislykkede forhandlinger. Spørsmålet er om Capgemini (i hovedsøksmålet) eller SB1LF (i motsøksmålet) har opptrådt ansvarbetingende uaktsomt – eller nærmere bestemt illojalt – under kontraktsforhandlingene slik at den annen part har grunnlag for krav på erstatning av den negative kontraktsinteresse.

Ifølge Geir Woxholth's «Avtalerett», side 209 flg. må utgangspunktet være «at ansvaret baseres på en vurdering av de forretningsetiske retningslinjer og prinsipper som kan sies å gjelder for kommersielle forhandlinger av den type det gjelder. Det vil i bedømmelsen også være av betydning hvor langt forhandlingene er fremskredne, når den ene part «velter spillet» ved å trekke seg: Jo nærmere man er kommet en avtale, desto lettere inntre lojalitetsplikter og dermed ansvar. Hvor grensen skal trekkes, må fastsettes konkret. Et ledende synspunkt er likevel at det må kreves et illojalt forhold før ansvaret inntre – det er misbruket man reagerer mot, jfr nå også uttalelsene i Høyesteretts dom i den såkalte «Kina-Hansen»-saken, jfr Rt-1998-761. Dette samsvarer med det som er sagt foran om at ansvar i disse tilfelle har karakter av å være unntak fra en hovedregel om ansvarsfrihet og for så vidt en «sikkerhetsventil».

Det er etter rettens oppfatning ikke ført tilstrekkelig bevis for at noen av partene i dette tilfelle har opptrådt illojalt under kontraktsforhandlingene. Partene gikk inn i kontraktsforhandlingene med ulike forutsetninger, og partenes ulike forutsetninger som etter hvert ble avdekket, er årsaken til at forhandlingene ikke førte frem, uten at det er tilstrekkelig holdepunkter for at den ene mer enn den andre kan klandres dette ved å ha utvist illojalitet under kontraktsforhandlingene, i hvert fall ikke i et omfang som gir grunnlag for krav på erstatning.

Capgemini var således ikke klar over SB1LFs fastprisforutsetning da kontraktsforhandlingene ble innledet i mars/april 2004. Da Capgemini ble klar over fastprisforutsetningen, gjorde Capgemini det som med rimelighet kan kreves for å klargjøre sine kontraktsforutsetninger slik som lagt til grunn ovenfor, og retten finner ikke tilstrekkelig holdepunkter for erstatningsbetingende illojal opptreden. Da Capgemini ble klar over at SB1LF ville sette spørsmålet på spissen og avbryte videre kontraktsforhandlinger dersom Capgemini ikke vedstod seg fastprisen, tilbød Capgemini seg også å levere et prosjekt til 80 millioner kroner – riktignok slik at det først under hovedforhandlingen ble opplyst «tilstrekkelig til å slå av eksisterende systemer». Tilbudet viser imidlertid at Capgemini fortsatt ville levere – til tross for den uenighet som var oppstått om prisspørsmålet – og

når dette var SB1LFs eneste hevningsgrunnlag – kunne SB1LF slik som anført av Capgemini, ha valgt å fortsette med Capgemini som hovedleverandør med forbehold om at prisspørsmålet i tilfelle overskridelse, kunne avgjøres i en eventuell senere tvist. Retten mener at det under disse omstendigheter vanskelig kan legges til grunn at Capgemini har opptrådt illojalt under kontraktsforhandlingene, og det var heller ikke Capgemini som avbrøt videre forhandlinger.

SB1LF var på sin side ikke klar over Capgemini kontraktsforutsetninger og at Capgemini ikke hadde oppfattet SB1LFs fastprisforutsetning. Riktignok kunne og burde SB1LF ha innsett at fastprisforutsetningen ikke hadde tilstrekkelig holdbart grunnlag slik retten vurderer saken. Retten kan imidlertid ikke se bort fra at SB1LF var blitt villedet av utsagn fra Jan-Fredrik Seeberg i november og desember 2003. Det vises til Jan-Fredriks Seebergs noe uklare forklaring om «rammer» og hva han for sin del la i fastpris. SB1LF hadde også i innkalling og gjentatte ganger i møtereferater henvist til «fastpris» og «fastpristilbudet» som jo nettopp refererte seg til SB1LFs fastprisforutsetning uten at SB1LF var seg bevisst muligheten av at dette ble oppfattet som den prisen man skulle forhandle seg frem til, og ikke et allerede eksisterende fastpristilbud. Sett i sammenheng kan det på denne bakgrunn ikke legges til grunn at SB1LF kan klandres på erstatningsbetingende måte for at fastprisforutsetning ikke var tilstrekkelig avklart i forhold til Capgemini, i hvert fall ikke slik at det kan konstateres illojalitet fra SB1LFs side under kontraktsforhandlingene.

Slik kontraktsforhandlingene her utviklet seg, mener retten at SB1LF heller ikke kan klandres for «hevningen» på en måte som gir grunnlag for ansvar. Etter Pilotavtalen § 7 annet ledd kunne SB1LF velge å la være å fortsette hovedprosjektet med Capgemini etter at Pilotprosjektet var avsluttet. Slik kontraktsforhandlingene utviklet seg i forhold til SB1LFs kontraktsforutsetninger, antas det at SB1LF subjektivt sett hadde grunnlag for å avbryte videre samarbeid med Capgemini uten at det kan legges til grunn at dette var erstatningsbetingende illojalt.

På bakgrunn av ovenstående må det i samsvar med hovedregelen legges til grunn at hver av partene må bære ansvaret og risikoen for egne forhandlinger.

Capgemini blir derfor å frifinne for SB1LFs krav på den negative kontraktsinteresse i hovedsøksmålet, og SB1LF i motsøksmålet.

Retten er forøvrig enig med SB1LF i at Capgeminis «disponeringstap» i alle tilfelle ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort. Slik Capgemini selv fremstiller det, var det større sannsynlighet (mer enn 50% sannsynlighet) for at dette tapet ikke ville oppstå, og tapet vil da uansett ikke kunne anses tilstrekkelig sannsynliggjort til at det kan gis dom for kravet under motsøksmålet.

Capgeminis faktura for forprosjektet:

Retten finner sannsynliggjort at det mellom partene – før forprosjektet ble igangsatt – var forutsatt at SB1LF skulle dekke deler av Capgeminis arbeid slik som lagt til grunn i fakturaen. Det vises til Ola Furus forklaring. Noe annet ville også være urimelig, særlig når SB1LFs forutsetning om at Capgemini allerede hadde bundet seg til en fastpris, legges til grunn. I så fall hadde Capgemini, som nevnt ovenfor, liten eller ingen interesse av å pådra seg ytterligere utgifter i et forprosjekt. Riktignok hadde Kiplesund tatt forbehold om at SB1LF bare var innstilt på å diskutere hvorvidt deler av arbeidet skulle betales for dersom partene ikke gikk videre sammen med hoverprosjektet. Men forprosjektet var da – slik retten oppfatter det – allerede igangsatt. SB1LF må uansett være forpliktet til å betale fakturaen etter at SB1LF valgte å fullføre forprosjektet til tross for at man var klar over Capgeminis holdning til fastprisspørsmålet og som først etter at forprosjektet var avsluttet, ble påberopt som hevningsgrunn. Capgemini hadde i hvert fall ingen interesse av å fullføre forprosjektet dersom man hadde blitt gjort kjent med hevningen. Når SB1LF likevel valgte å gjennomføre forprosjektet uten å opplyse om hevningsplanene, må det være fordi SB1LF hadde nytte av leveransen og innså at man hadde en plikt til å betale for denne uansett, slik at det var unødvendig å opplyse om hevningsplanene. Ellers ble Capgemini forledet til å fortsette prosjektet på sviktende grunnlag ved at fastprisspørsmålet ikke ble satt på spissen på et tidligere tidspunkt, og SB1LF må dermed uansett anses å ha akseptert betalingsplikt ved passivitet/konkludent adferd. Hvorvidt SB1LF senere hadde nytte av leveransen fra forprosjektet, er derfor etter omstendighetene uten betydning for Capgeminis krav.

At SB1LF valgte å gjennomføre forprosjektet, taler imidlertid for at SB1LF mente at man uansett hadde nytte av forprosjektet. Marit Solem var ifølge sin forklaring også imponert og tilfreds med det som ble levert fra forprosjektet. Som anført av Capgemini fremstår det også som lite trolig at leveransen fra forprosjektet var uten verdi for SB1LF. Det fremstår derfor også som urimelig om ikke SB1LF betaler fakturaen.

Det gis på denne bakgrunn dom for Capgemini's krav i henhold til fakturaen av 09.12.2004 på kr 2.326.439,-. I tillegg kommer den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall 09.01.2005 og til betaling skjer. Det er ikke omtvistet at forsinkelsesrente kan regnes fra 09.01.2005.

Saksomkostninger:

Hovedsøksmålet:

Capgemini blir å frifinne i hovedsøksmålet, og SB1LF har dermed tapt saken i hovedsøksmålet slik at det skal «paalægges ham at erstatte motparten hans saksomkostninger», jf. tvistemålsloven § 172 første ledd. Avgjørelsen har budt på noe tvil, men ikke en slik kvalifisert tvil at retten finner grunnlag for unntak etter tvistemålsloven § 172 annet ledd som bestemmer at: «Undtagelse kan dog gjøres, hvis saken var saa tvilsom, at der var fyldestgjørende grund for den tapende part til at la den komme for retten».

Advokat Stein E. Hove har innlevert en omkostningsoppgave i hovedsøksmålet på til sammen kr 1.871.300 hvorav salærkravet utgjør kr 1.852.124. I tillegg har han krevd erstattet 85% av utlegg til tolk iht. regning. Rettens utlegg til tolk under hovedforhandlingen som Capgemini er ansvarlig for, er på til sammen kr 5.900 hvorav 85% utgjør kr 5.015.

Det er ikke innkommet innvendinger mot advokat Stein E. Hoves omkostningsoppgave som dermed legges til grunn. Capgemini tilkjennes etter dette saksomkostninger i hovedsøksmålet med kr 1.876.315.

Motsøksmålet:

I motsøksmålet må saken regnes som dels vunnet og dels tapt for Capgemini, og hver av partene skal da etter tvistemålsloven § 174 første ledd bære egne saksomkostninger.

* * * *

Domsavsigelsen har blitt noe forsinket på grunn av avviklingen av andre saker.

Domsslutning:

Hovedsøksmålet:

1. Capgemini Norge AS frifinnes.
2. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS pålegges – en for begge og begge for en – å erstatte Capgemini Norge AS sakens omkostninger med kr 1.876.315 – enmillionåttehundreogsyttisekstusentrehundreogfemten – kroner med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, fra oppfyllelsesfristen og til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

I motsøksmålet

1. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS dømmes til som solidarisk ansvarlige, å betale til Capgemini Norge AS kr 2.326.439 – tomillionertrehundreogtjuesekstusenfirehundreogtrettini – kroner med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, fra den 09.01.2005 og til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
2. SpareBank 1 Livsforsikring AS og SpareBank 1 Fondsforsikring AS frifinnes for Capgemini's krav på erstatning oppad begrenset til kr 5.718.697 under påstandens pkt. 2.
3. Hver av partene bærer egne saksomkostninger.