

Land	Norge
Domstol	Oslo tingrett
Parter	Telenor ASA mod International Business Machines AS
Dato for afgørelse	19. januar 2010
Afgørelsestype	Dom
Status	Retskraftig
Dato for publicering i domsdatabasen	10. juni 2020
Omtalt i It-kontraktret, 2. udgave	s. 236
Gengivet fra	Lovdata

Resumé

Sagen angik kundens mulige erstatningskrav efter leverandørens misligholdelse i en omfattende IT-kontrakt. Leverandøren forsømte sin pligt til at udarbejde et fyldestgørende estimat for en ændringsanmodning med angivelse af konsekvenser og pris. Kunden rykkede leverandøren adskillige gange. Leverandørens forsømmelse medførte, at ændringsarbejdet ikke blev i gangsat. Retten fandt, at dette var en væsentlig årsag til, at projektet mislykkes. Kunden krævede derfor erstatning. Det fremgik af parternes aftale, at det var en betingelse for at yde erstatning for tabt avance, at leverandøren havde handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Retten fandt, at dette ikke var tilfældet. Der blev lagt vægt på, at kunden havde fremsat et meget stort antal ændringsanmodninger. Der måtte derfor gælde en høj tærskel for, at svigt og fejlurderinger i forbindelse med ændringshåndteringen kunne siges at være groft uagtsomt. Kunden havde derfor ikke krav på erstatning men alene forholds-mæssigt afslag.

Nøgleord: ansvarsbegrænsning, udviklingsaftaler, ændringsanmodninger, groft uagtsomt, leverandørens erstatningsansvar, leverandørens misligholdelse, kundens medvirken, erstatning, forholds-mæssigt afslag

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-2008-126000

Instans	Oslo tingrett – Dom.
Dato	2010-01-19
Publisert	TOSLO-2008-126000
Stikkord	Kjøpsloven § 43 annet ledd, § 33, § 38, avhendingsloven § 4-12, tvisteloven § 20-2 første og annet ledd, § 20-3.
Sammendrag	Saken gjelder krav om erstatning, subsidiært prisavslag, etter mislighold av forpliktelser i et omfattende IT-kontraktsforhold. Retten kom etter en konkret vurdering til at det forelå et mislighold fra leverandøren som førte til at prosjektet strandet. Kundens erstatningskrav førte ikke frem, men retten tilkjente kunden et prisavslag, som etter fradrag forleverandørens motkrav utgjorde kr 106.192.552.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2008-126000 (08-126000TVI-OTIR/03). Anket til Borgarting lagmannsrett LB-2010-55512.
Parter	Telenor ASA (advokat Borgar Høgetveit Berg) mot International Business Machines AS (advokat Magnus Hellesylt).
Forfatter	Tingrettsdommer Jonas Petter Madsø.

Innholdsfortegnelse

Oslo tingrett - Dom. - TOSLO-2008-126000	1
Innholdsfortegnelse	2

Saken gjelder krav om erstatning, subsidiært prisavslag, etter anført mislighold av forpliktelser i et omfattende IT-kontraktsforhold.

1. Framstilling av saken

Telenor ASA («Telenor») startet i 2001 et program for kostnadsreduksjoner. Gjennom programmet ble det blant annet identifisert mulige kostnadsreduksjoner knyttet til drift og vedlikehold av serverparken og IT-infrastrukturen innenfor Telenors fastnett. Det eksisterende produksjonsmiljøet på dette området bestod av flere datahaller, mange nettverk og et stort antall servere. Dette ble ansett for å være lite kostnadseffektivt, og Telenors serverpark var dessuten moden for utskifting på grunn av alder. Telenor besluttet derfor i 2003 å igangsette et prosjekt som ble kalt ICON (IT-infrastructure Consolidation).

Målsetningen med serverkonsolideringsprosjekt var at dette skulle føre til reduserte kostnader for Telenor, samt at det også skulle etableres en fremtidsrettet og sikker infrastruktur for eksisterende og nye applikasjoner. Det skulle foretas en systemkonsolidering og migrering av Telenors servere, som var spredt på 37 lokasjoner rundt i Norge, til en sentral datahall på Fornebu, og antall servere skulle også reduseres betraktelig. EDB Business Partner ASA («EDB»), som har en tilknytning til Telenorkonsernet, ønsket videre å være med på dette prosjektet.

Verken Telenor eller EDB hadde selv tilstrekkelig kompetanse til å gjennomføre et så omfattende og komplisert serverkonsolideringsprosjekt som det ble lagt opp til. Det ble derfor besluttet å engasjere en leverandør som hadde spisskompetanse innenfor dette området. Det ble deretter avholdt flere kvalifikasjonsrunder før International Business Machines AS («IBM») ble valgt som leverandør til å gjennomføre prosjekt ICON.

Partene inngikk den 16. oktober 2004 «General Conditions of Contract» («GCC») som var basert på et kontraktsutkast som var utarbeidet av Telenor. GCC utgjør det sentrale kontraktsdokumentet i prosjekt ICON, og det inneholder blant annet 19 vedlegg, og som igjen inneholder underbilag. I GCC punkt 5.2.1 står det blant annet at:

«This GCC shall be the overall administrative and legal tool for the Program»

Det følger videre av bestemmelsene i GCC at prosjektet skulle gjennomføres ved inngåelse av en rekke modulkontrakter. For hver modul skulle det inngås en «Module Analysis Contract» («MAC») og en «Module Implementation Contract» («MIC»). Telenor/EDB hadde imidlertid ingen kjøpsforpliktelser i denne forbindelse. IBM hadde på sin side en plikt til å levere modulene i prosjektet dersom Telenor/EDB valgte å bestille disse.

De to viktigste modulene i prosjektet var «the Basic Infrastructure Module» («BIM») og «the Server Consolidation and Migration project» («SCON»).

I BIM skulle det først designes arkitektur og velges infrastruktur. Deretter skulle den tekniske løsningen/plattformen for den fremtidige produksjonen knyttet til applikasjonsservere, nettverk og databaser implementeres.

Formålet med SCON var å konsolidere systemer, servere, applikasjoner og databaser. Tanken med prosjektet var som nevnt å redusere antall datahaller hvor servere var plassert, samt å foreta en vesentlig reduksjon av antall servere som var i bruk. Dette skulle blant annet føre til bedre kapasitetsutnyttelse og færre servere å vedlikeholde.

Det var også en sammenheng mellom de to modulene. BIM var en investering som var grunnlaget og forutsetningen for den effektivitet og de kostnadsbesparelser som skulle oppnås gjennom den etterfølgende applikasjonsmigreringen (SCON).

Prosjekt ICON skulle imidlertid starte med en forprosjektanalyse («Pre-Project Analysis Phase» – «PPAP»). Under PPAP skulle IBM blant annet utarbeide oversikter over de modulene som skulle utgjøre det totale prosjektet, herunder skulle det utarbeides oversikter over «as is»-situasjonen og «to be»-målsetningen etter fullført prosjekt.

Arbeidet med forprosjektanalysen ble noe forsinket, og når denne analysen ble ferdigstilt viste beregningene som var foretatt av IBM at prosjektet ville ha en negativ forretningsverdi. Kostnadene ville med andre ord overstige inntektene og kostnadsbesparelsene ved en gjennomføring av prosjektet. EDB besluttet etter dette at de ikke ville gå videre med prosjekt ICON. Telenor, som fortsatt hadde et prekært behov for en fornyelse av sin serverpark, ønsket imidlertid at IBM skulle undersøke om det var mulig å bedre lønnsomheten ved å redusere kostnader. Ulike kostnadsreduserende tiltak ble derfor vurdert. Nye beregninger basert på disse tiltakene, som blant annet omfattet at noe funksjonalitet ble fjernet/utsatt, viste til slutt en positiv forretningsverdi. På denne bakgrunn besluttet Telenors ledelse og investeringskomité i desember 2005 at man skulle gå videre med prosjekt ICON.

Det ble inngått flere modulkontrakter mellom Telenor og IBM. Under prosjektgjennomføringen oppsto det imidlertid etter hvert stor uenighet mellom partene. Partene var blant annet uenige om kvaliteten på designdokumenter som var utarbeidet for BIM, samt omfanget og alvorlighetsgraden av feil som ble avdekket i forbindelse med testing av delleransers av BIM. Tidligere avtalte fremdriftsplaner ble videre skjøvet ut i tid. Partene var også uenige om en rekke andre sentrale forhold i kontraktsforholdet, herunder om priser, ansvars- og risikofordeling, forsinkelser, kostnadsoverskridelser, om IBM hadde overholdt sine leveranseforpliktelser og om Telenor hadde overholdt sitt ressursbidrag til prosjektet. Partene inngikk flere tilleggsavtaler for å sikre videre fremdrift av prosjektet, men det oppsto også her uenighet mellom partene. Det ble videre avholdt forhandlinger mellom partene høsten 2007 uten at det ble oppnådd enighet, herunder ble det ikke oppnådd enighet i forhold til det gjenstående arbeid med BIM. Etter bestemmelsene i GCC ble det i februar/mars 2008 gjennomført utenrettslig mekling mellom partene som i felleskap hadde oppnevnt advokat Jan Fredrik Wilhelmsen som meklingsmann. Meklingen førte imidlertid ikke frem. Prosjekt ICON strandet for godt da IBM i brev av 6. mai 2008 meddelte at de anså prosjektet som ferdigstilt og avsluttet fra deres side.

Telenor v/advokat Borgar Høgetveit Berg tok den 22. august 2008 ut stevning mot IBM med krav om erstatning/prisavslag fastsatt etter rettens skjønn. IBM v/advokat Magnus Hellesylt tok til motmæle ved tilsvaret av 6. oktober 2008, hvor det i tillegg til påstand om frifinnelse for Telenors krav, ble fremmet et motkrav for ubetalte fakturer med kr 30 784 034 med tillegg av forsinkelsesrenter.

Hovedforhandling ble avholdt i perioden 5. oktober til 13. november 2009. Witold Sitek møtte som stedfortreder for Telenor, mens Simen Blaker Strand møtte som stedfortreder for IBM. Witold Sitek avga partsforklaring. Det ble avhørt 16 vitner og ellers foretatt slik bevisføring som fremgår av rettsboken.

2. Saksøkeren har i det vesentlige gjort gjeldende:

2.1 Sakens kjerne

Ved inngåelsen av GCC påtok IBM seg et ansvar for å etablere en ny infrastruktur for Telenor, samt å flytte applikasjoner og data fra eksisterende servere til den nye infrastrukturen. Etter GCC hadde IBM en leveringsforpliktelse, som både gjaldt dokumentleveranser i form av analyser og design, samt fysiske leveranser av blant annet ny infrastruktur og managementløsninger for denne. Arbeidet skulle deles inn i ulike moduler. Den første modulen som skulle utvikles var en basis infrastruktur modul (BIM) som skulle ta i mot applikasjonene og dataene fra eksisterende servere. Videre skulle det leveres moduler knyttet til denne migreringen av applikasjoner (SCON) over til BIM.

IBM påtok seg også et systemintegrasjonsansvar og et omfattende ansvar for ledelsen av prosjektet. Det ble videre avtalt en maksimalpris for prosjektet (NTE-pris).

Telenor besluttet i første omgang å bestille en begrenset del av løsningen som var beskrevet i forprosjektanalysen (PPAP). Denne løsningen ble omtalt som mandatory scope, og den skulle ha tilsvarende funksjonalitet som Telenors produksjonsmiljø hadde i desember 2005. Det var IBM som definerte mandatory scope, og forutsetningen var at Telenor på et senere tidspunkt skulle bestille de resterende deler av løsningen som var beskrevet i PPAP (full scope) som omfattet vesentlig ny funksjonalitet, samt en ny datahall som skulle tjene som katastrofesikring.

I forbindelse med inngåelsen av analysekontrakten (MAC) og implementeringskontrakten (MIC) skulle partene i hovedsak bare bli enige om de vesentlige kommersielle parametere som omfang, leveranstidspunkt og pris. Innholdet av de kommersielle parametere måtte videre ligge innenfor de rammene som GCC oppstilte. Bakgrunnen for inndelingen av moduler var i det vesentlige begrunnet i Telenors behov for risikoreduksjon.

Telenor bestilte BIM innenfor rammen av mandatory scope, og IBM var derfor forpliktet til å levere BIM på de vilkår som fulgte av GCC.

Funksjonaliteten som er beskrevet i Change Package 4 (CP4) var nødvendig for å kunne sette BIM i full produksjon, herunder gjaldt dette viktige områder som sikkerhet, virtualisering og ITSM-verktøy. Uten funksjonaliteten i CP4 ville ikke BIM kunne understøtte den etterfølgende applikasjonsmigreringen (SCON).

IBM maktet aldri å ferdigstille leveransen i henhold til avtalte kriterier. Det hadde vært en rekke feil og mangler ved delleveranser til BIM, samt store forsinkelser og kostnadsoverskridelser i prosjektet som IBM hadde ansvaret for. I tillegg ville ikke IBM vedstå seg helt sentrale kontraktsforpliktelser. Selv om det forelå et grovt mislighold fra IBM, forsøkte Telenor likevel å komme i mål med prosjektet gjennom forhandlinger med IBM. IBM overholdt imidlertid heller ikke tilleggsavtaler som partene inngikk for å løse de oppståtte problemer, herunder gjaldt dette Supplementary Agreement av 28. juni 2007 (SA8a/07).

IBM erklærte ensidig den 6. mai 2008 at de hadde avsluttet sin leveranse. Følgen av dette var at Telenor satt igjen med en leveranse fra IBM som kun hadde en svært begrenset verdi. Uten funksjonaliteten i CP4 kunne ikke BIM settes i produksjon, og prosjekt ICON kunne derfor heller ikke realiseres. Løsningene i CP4 er ikke utviklet. Fraværet av disse arbeidene, samt IBMs manglende evne og vilje til å forplikte seg med hensyn til hvilke arbeider det var nødvendig å utføre, prisen for disse og tidsrammene utgjør et klart kontraktsmislighold fra IBM. De tap som Telenor er påført kreves erstattet av IBM, subsidiært kreves et prisavslag.

Bakgrunnen for at IBM ikke klarte å levere ICON-programmet som avtalt skyldes flere forhold. I sin iver etter å få kontrakten oversolgt IBM, herunder solgte IBM inn flere umodne løsningsforslag, noe skapte problemer senere i prosjektet. IBM hadde store problemer i designfasen, herunder med omfattende mannskapsbytte i IBM og det forhold at IBM også igangsatte parallelle arbeidsstrømmer. IBM var symptomatisk mer opptatt av å levere noe på tid enn å levere kontraktsmessig kvalitet, hvilket skapte misnøye i prosjektet og merarbeid, og dette bidro også til å forsterke problemene som var skapt ved de mange parallelle arbeidsstrømmene. Prosesser som skulle ha vært koordinert fra IBMs side var ukoordinerte, herunder ble BIM og SCON planlagt uten at det ble sikret at de ville fungere sammen i henhold til kravet om systemintegrasjonsansvar i GCC. IBM hadde videre en mangelfull endringshåndtering, hvilket til slutt førte til at IBM også mistet kontrollen over prosjektet, og ikke klarte å levere som avtalt. IBM har misligholdt sitt prosjektlederansvar, og IBM har i denne forbindelse også handlet grovt uaktsomt. IBMs alternative forklaringsmodeller – hvor all skyld legges på Telenor – er uholdbare.

2.2 IBMs mislighold av leveranseforpliktelsene

CP4 utgjør en mangelsliste ved BIM. Endringspakken CP4 inneholder sentrale løsninger som Telenor i all hovedsak hadde bestilt enten gjennom BIM MAC eller ved senere tillegg til BIM MAC. Det er kun CR 111 og 113 i CP4 som var utenfor scope for BIM MAC

Det er for øvrig ikke nødvendig – slik IBM anfører – å knytte hver enkelt CR/mangel til den detaljerte scopebeskrivelsen. Formålet med BIM MAC-avtalen var å analysere og designe en BIM som gjorde det mulig og sikkert å starte applikasjonsmigreringen. Det fremgår videre av scopebeskrivelsen i attachment 2 til BIM MAC-avtalen at funksjonaliteten også skulle være minst like god som i Telenors eksisterende produksjonsmiljø. Med en BIM uten løsningene i CP4 ville funksjonaliteten ikke være like god som i Telenors eksisterende produksjonsmiljø, og det ville heller ikke være mulig å starte applikasjonsmigreringen. Under enhver omstendighet utgjør manglende leveranse av CP4 brudd på systemintegrasjonsansvaret og forpliktelsene knyttet til prosjektledelse i GCC. Det er spesielt tre sentrale områder, som er omfattet av endringspakke CP4, der IBMs leveranse har sviktet; manglende løsning knyttet til ITSM, manglende sikkerhetsløsninger og manglende løsning for virtualisering på Linux

2.2.1 Manglende løsning knyttet til ITSM (managementsystemer)

ITSM-løsning var sentral i ICON-programmet. Funksjonaliteten som ligger i CR 59, 60 og 61 er dekket av scopet til BIM MAC-avtalen. Det er på det rene at noe funksjonalitet på ITSM-området ble tatt ut i denne avtalen. Kravet i BIM MAC var imidlertid også at Telenor skulle ha en funksjonalitet som svarte til det eksisterende produksjonsmiljøet, og at BIM skulle kunne motta migrerte applikasjoner fra Telenors 1 300 eksisterende servere. Disse kravene kunne ikke oppfylles uten funksjonaliteten i CR 59, 60 og 61. I det eksisterende produksjonsmiljøet hadde Telenor SAFE, som var et effektivt og egenutviklet managementverktøy.

Det vises i denne forbindelse til Trond Kolsakers vitneforklaring om at CR 59, 60 og 61 alle har sitt utspring i managmentverktøyet SAFE. Det er på de rene at disse CRene er klassifisert som flytting fra full til mandatory scope i tilleggssavtale av 22. desember 2006 (SA4a). Denne klassifikasjonen er imidlertid ikke avgjørende ettersom Telenor ikke satte slike scopespørsmål på spissen fordi Telenor mente partene uansett hadde avtalt en NTE-pris.

Under enhver omstendighet ble CR 59, 60 og 61 bestilt gjennom endringsregimet. De ble godkjent i «Change Controll Board» i oktober 2006. Det vises videre til POer av

12 oktober 2006, samt til SA4a av 22. desember 2006, hvor disse CRene er inntatt og hvor det bestilles assessment og design mot betaling av 3 115 000. Senere ble partene også enige om at Telenor skulle betale 10 500 000 for CP3 implementering, hvor CR 59, 60 og 61 var inntatt, hvilket fremgår av PO av 22. desember 2006. IBM var imidlertid ikke i stand til å løse utfordringene på dette området, og arbeidet med CR 59, 60 og 61 ble derfor skjøvet ut i endringspakken CP4 som IBM ikke har levert. IBM har derfor også misligholdt sin leveranseforpliktelse og systemintegrasjonsansvar i GCC.

2.2.2 Manglende sikkerhetsløsninger

I det alt vesentlige er de sikkerhetsrelaterte CRene i CP4 innenfor scope for BIM MAC. Nedskjæringen til mandatory scope innebar ikke at funksjonalitet i disse CRene ble tatt ut, og det er derfor kontraktsbrudd at IBM ikke har levert dette. Todelingen i managmentnettverket er isolert sett gjennomført. Problemet er at IBM ikke har tatt konsekvensen av sitt eget løsningsforslag – todelingen – ved å legge alle verktøyene i sone 2 i managmentnettverket, hvilket muliggjør innbrudd i den sikre sonen (sone 4) i produksjonsnettverket. IBMs sikkerhetsarkitekt har i ICON BIM Security Architecture Overview også erkjent at dette «violates the general security model». Denne feilen fra IBM ledet til CR 103. Denne endringen førte også til et behov for å vurdere sikkerheten på verktøysiden i managmentnettverket nærmere, hvilket ledet til CR 112 som igjen har sammenheng med CR 105, 106, 115, 124 og 125. Når det gjaldt sikkerhetsmekanismer for virtuelle maskiner bygget IBMs løsningsforslag på PVLAN, men dette var ikke støttet som forventet for VMware. IBM foreslo da å benytte Host Based Security (som tidligere var tatt ut i mandatory scope) som et substitutt, men når dette ble gjort ble det oppdaget problemer med produktet fra Symantec. Problemet var altså at IBM solgte inn løsninger som var umodne. Feilene førte til CR 110 i CP4, og manglende levering fra IBM utgjør også her et kontraktsbrudd.

Uten de sikkerhetsrelaterte CRene i CP4 var det heller ikke mulig/forsvarlig å starte applikasjonsmigreringen, og funksjonalitet/sikkerheten ville heller ikke være like god som i Telenors eksisterende produksjonsmiljø. Fraværet av de sikkerhetsrelaterte CRene i CP4 medfører uansett brudd på systemintegrasjonsansvaret og plikter for prosjektledelse. Telenor har ikke kommet med nye krav på sikkerhetsområdet slik IBM anfører. IBM har derimot nedprioritert sikkerhetsarbeidet. Telenor påpekte svakhetene i designet ved første mulighet og dette ble ytterligere konkretisert da IBM til slutt fikk inn en sikkerhetsarkitekt i prosjektet i august 2006. IBM burde ha designet sikkerhet på et langt tidligere tidspunkt slik at løsningene ble implementert fra begynnelsen av.

2.2.3 Manglende løsning for virtualisering på Linux.

Virtualisering var en sentral del av ICON-programmet. Telenors kravspesifikasjon inneholder krav om virtualisering og IBMs løsningsforlag i HLAD tilbyr også dette. Det er heller ikke tvilsomt at virtualisering er i scope for BIM MAC-avtalen ettersom virtualisering er beskrevet i designdokumentene hvor IBM anbefalte å virtualisere både Windows og Linux på VMware. IBM solgte imidlertid også her inn en løsning som var vanskelig å realisere. Hovedproblemet var at kombinasjonen av RHEL og VMware som IBM hadde foreslått, ikke var støttet av leverandørene. I tillegg var det enkelte tekniske problemer. Virtualisering på Linux endte opp som en «open issue» i BIM MIC-avtalen. Det ble etter hvert utarbeidet CR 122 som gjelder den utestående virtualiseringen, og den ble inntatt i CP4. Denne CRen har videre sammenheng med CR 123, som også er inntatt i CP4. IBM har ikke levert løsningene i CP4, og det foreligger derfor også et mislighold av BIM MAC-avtalen og leveranseforpliktelsene i GCC, herunder mislighold av systemintegrasjonsansvaret.

2.2.4 Fellesbemerkninger til arbeidene i CP4

IBM har ikke levert eller tilbudt å levere arbeidene i CP4 i henhold til vilkårene i GCC. Det alt vesentlige av CP4 var bestilt designet gjennom BIM MAC-avtalen. Begge parter opptrådte også høsten 2006 og våren 2007

som om CP4 skulle bli implementert i BIM. Det sto ikke på Telenors vilje til å gå videre med prosjektet. IBMs håndtering medførte imidlertid at dette ikke var mulig/forsvarlig.

IBM fikk betalt for arbeid med sikkerhetsarkitektur under CR 55, og IBM arbeidet i denne forbindelse også med sikkerhetsløsningene som senere ble tatt inn i CP4. Partene inngikk videre SA8a/07 som regulerte hvordan videre arbeid med CP4 skulle håndteres. Denne avtalen innebar ikke at tidligere arbeider ble avbestilt. Formålet var derimot å sikre at IBM ville levere arbeidene som var tatt inn i CP4. Det forhold at det ikke ble inngått en egen avtale for CP4 skyldtes at IBM i lang tid hadde vist at de ikke var i stand til å utføre dette arbeidet. IBM kunne heller ikke bekrefte at BIM hadde tilstrekkelig funksjonalitet til å understøtte SCON. På tross av forpliktelsene i GCC og SA8a/07 maktet IBM heller ikke å estimere verken arbeidsomfang, tidsmessige eller kostnadmessige konsekvenser av CP4. Dette utgjorde et klart mislighold som medførte at prosjektet strandet. Uten funksjonaliteten i CP4 kunne ikke BIM settes i produksjon, og prosjekt ICON kunne derfor heller ikke realiseres. Det ville også ha vært helt uforsvarlig av Telenor å inngå noen avtale med IBM knyttet til de gjenstående arbeider når IBM ikke ønsket å påta seg noen risiko og ansvar for dette arbeidet.

2.2.5 Mangler ved BIM MIC – knyttet til BIM 0.92 + CP3

Telenor mottok en BIM-leveranse basert på BIM MIC 0.92 + CP3. Denne skulle ha vært levert til pilotproduksjon 30. mars 2007. Testingen våren 2007 måtte imidlertid avbrytes fordi det var for mange feil i løsningen, og testingen høsten 2007 tok også vesentlig lenger tid enn planlagt fordi løsningen fortsatt inneholdt feil, herunder feil i verktøy som var implementert i BIM 0.92. Våren 2008 hadde denne leveransen fortsatt enkelte mindre feil, men den kunne kanskje ha vært satt i begrenset pilotdrift på dette tidspunkt. Det var imidlertid ikke noe poeng å iverksette en slik pilotdrift ettersom en BIM uten CP4 ikke ville understøtte SCON. Telenor har ikke funnet det hensiktsmessig å kreve noen isolerte misligholdssanksjoner knyttet til leveransen av BIM 0.92 + CP3. Kontraktsbruddene ved denne leveransen er likevel relevante i totalvurderingen av IBMs oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, herunder vurderingen av om det er utvist grov uaktsomhet.

2.3 IBMs mislighold av prosjektlederansvaret

IBM påtok seg et omfattende ansvar for prosjektledelsen i prosjektet, jf. GCC punkt 7.1 og annex 8. Prosjektledelse er en konkret forpliktelse på linje med leveranseforpliktelsene. Normen må fastlegges i lys av den internasjonale standarden PMI og det kontraktuelle lojalitetskravet. Vurderingen av IBMs oppfyllelse av prosjektlederforpliktelsene må også ses i lys av Core Teamavtalen. IBM har misligholdt sitt prosjektlederansvar på en rekke områder. Det var manglende fremdriftsstyring og planlegging i prosjektet. Prosjektets arbeidsomfang var ikke forsvarlig planlagt og koordinert. Endringshåndteringen fra IBM var også mangelfull og uforsvarlig, hvilket førte til at IBM til slutt mistet kontrollen over utestående arbeider. Det var manglende ressursstyring. Videre var det mangelfull rapportering og informasjon fra IBM. IBM stilte heller ikke med tilstrekkelig kompetente ressurser. Det var manglende kostnadsstyring. IBM har handlet grovt uaktsomt når det ses hen til misligholdet av de sentrale forpliktelsene. IBMs mislighold av prosjektlederansvaret var også den direkte foranledningen til misligholdet av leveringsforpliktelsene.

2.4 Rettslik karakteristikk av IBMs mislighold

Det avgjørende mislighold er at prosjektet aldri ble ferdigstilt fordi løsningene som skulle inngå i CP4 ikke ble levert, og uten disse var det ikke mulig/forsvarlig å sette BIM i produksjon for å motta applikasjonsmigreringen. IBM meddelte i brev av 6. mai 2008 at de anså prosjektet som ferdigstilt og avsluttet. Det foreligger derfor også et konstatert og endelig mislighold av IBMs leveringsforpliktelse. Subsidiært anføres at det foreligger et antasipert mislighold fra IBM.

IBMs mislighold av leveranseforpliktelsene utgjør en mangel etter GCC. IBM hadde avsluttet sin leveranse, og misligholdet kan derfor ikke betraktes som noen forsinkelse slik IBM anfører. Det vises også til kjøpsloven § 43 annet ledd. Dersom retten skulle kommet til et annet resultat, slik at manglende ferdigstillelse av BIM kun betraktes som en forsinkelse, gjør Telenor de samme misligholdsbeføyelser gjeldende, og tapsutmålingen vil bli den samme uavhengig av om forholdet betraktes som en mangel eller forsinkelse. Alternative ferdigstillingsdatoer for BIM leveransen var juni 2006 og juni 2007. Det sentrale poeng er uansett at en BIM med funksjonaliteten i CP4 ikke ble levert da prosjektet ble avsluttet fra IBMs side våren 2008.

2.5 Mislighold forbundet med forhandlingene høsten 2007

Telenor ble også påført unødvendige utgifter ved at IBM forledet Telenor til å bruke tid og kostnader på å forsøke å finne en minnelig løsning. IBMs forutsetninger for en slik minnelig løsning i august 2007 ble ikke gjort kjent for Telenor før to uker etterpå. I forbindelse med forhandlingene med Telenor misligholdt IBM sine lojalitetsforpliktelser, hvilket påførte Telenor et økonomisk tap.

2.6 Ikke forhold på Telenors side som fører til bortfall av ansvar for IBM

Telenor har oppfylt sine forpliktelser og forutsetninger i kontraktsforholdet med IBM, herunder medvirkningsforpliktelser, ressursbidrag, godkjennings- og betalingsbeslutninger.

Telenor har også reklamert rettidig i henhold til GCC punkt 22.1.1 for alle de ulike postene Telenor krever erstattet, subsidiært kompensert gjennom prisavslag. Telenor påpekte at det forelå mislighold fra IBM flere ganger. Det var ikke grunnlag for å påberope ytterligere mislighold mens forhandlingene pågikk høsten 2007. Da IBM ikke maktet å estimere gjenstående arbeider, og heller ikke ville forplikte seg med hensyn til omfang, tid eller kostnader, sendte Telenor et formelt varsel i brev av 12. desember 2007, og denne reklamasjonen ble senere utdypet i den utenrettslige meklingen. Det var videre nødvendig å bruke noe tid på å analysere og vurdere hvilke økonomiske tap Telenor ville bli påført etter at det ble klart at prosjektet med IBM strandet. Det dreier seg om et svært komplekst prosjekt, og IBMs mislighold er også sammensatt. Reklamasjonsfristen må under enhver omstendighet settes til side etter prinsippet i kjøpsloven § 33.

2.7 Telenors erstatningskrav

IBM har misligholdt sine leveringsforpliktelser og prosjektlederansvar og har i den forbindelse også utvist grov uaktsomhet. Det følger av GCC punkt 22.2.3 at Telenor på objektivt grunnlag har krav på å få dekket sitt direkte tap ved mislighold fra IBM. Ved grov uaktsomhet har Telenor i henhold til GCC punkt 22.2.3 også krav på erstatning for indirekte tap.

Telenor skal ha erstattet sitt fulle tap, og har krav på dette i henhold til den positive kontraktsinteresse. Det må foretas en differansebetraktning, hvor Telenors situasjon med og uten mislighold sammenlignes. Telenor har mottatt moduler med en svært begrenset verdi. Telenors tap består i en verdireduksjon og tapt fortjeneste. Det er ikke riktig at forgjeves kostnader i dette tilfelle er tapsposter som faller inn under den negative kontraktsinteresse. Det er en presumpsjon for at kontraktsgjenstanden uten mislighold skulle fått en verdi tilsvarende anskaffelseskostnadene, jf. Lasse Simonsen (prekontraktuelt ansvar) og Torsten Iversen (Erstatningsberegning i kontraktsforhold). Subsidiært anføres at oppfyllelseskostnader uansett kan kreves erstattet som følge av at IBM handlet grovt uaktsomhet og illojalt under utførelsen av prosjektet.

Telenors forgjeves kostnader utgjør kr 182 471 770, hvorav kr 142 687 280 er kostnader som er betalt til IBM, kr 14 960 270 er Telenors interne kostnader og kr 24 824 220 er Telenors kostnader til eksterne konsulenter i prosjektet. Ved denne tapsutregningen er det allerede gjort et fradrag for kjøpet av hardware fra IBM og et fradrag på kr 6 040 149 i forbindelse med Telenors totale kostnader under softwareavtalene, ettersom Telenors gjenbruksverdi her utgjør 19 %. Det gjøres et ytterligere fradrag på kr 4 449 660 ettersom det legges til grunn at Telenor har hatt en gjenbruksverdi på 4 % forbundet med IBMs timer til medgått utvikling av BIM, 4 % av interne kostnader og 4 % av forprosjektanalysen. Samlede forgjeves kostnader som kreves erstattet som direkte tap utgjør da kr 178 022 110. Når det gjelder fastsettelsen av tapsutregningen vises det til fremlagte fakturaoversikter, hjelpedokumenter, vitneforklaringer og fremlagte dokumenter som viser hvordan utrangeringen av kostnader i prosjektet er beregnet i Telenors regnskaper.

Videre krever Telenor erstattet tapt fortjeneste med kr 80 000 000, slik at

Telenors samlede erstatningskrav utgjør kr 258 022 110. Prosjekt ICON var forventet å gi Telenor positiv avkastning, og Telenors erstatningskrav for tapt fortjeneste er meget nøkternt beregnet. Det vises til vitneforklaringer og de ulike beregninger som ble gjort av «business caset» underveis i prosjektet.

Det foreligger ikke noen slike konkurrerende årsaker til Telenors tap slik IBM hevder. Telenor ønsket prosjekt ICON, men det var ikke mulig å gå videre med dette som følge av IBMs mislighold. Ansvarsbegrensningene i GCC punkt 22.2.3 kommer heller ikke til anvendelse ettersom denne bestemmelsen ikke gjelder ved brudd på GCC, som er en programkontrakt og ikke en prosjektkontrakt. Ansvarsbegrensningene kan under enhver omstendighet ikke komme til anvendelse når IBM har utvist grov uaktsomhet, og det er heller ikke grunnlag for å sette «loss of profit» i en særstilling slik IBM anfører.

2.8 Subsidiært krav om prisavslag

For det tilfelle at retten skulle komme til at Telenor ikke kan kreve erstatning for forgjeves kostnader, krever Telenor subsidiært prisavslag etter GCC punkt 22.2.2 knyttet til verdireduksjonen i leveransen som følge av at BIM ikke kunne tas i bruk. Ordet «corresponding» i bestemmelsen referer seg til størrelsen på verdireduksjonen, og ikke rettekostandene slik IBM anfører. Størrelsen på prisavslaget skal settes tilsvarende den verdireduksjonen som mangelen representerer. Verdien av IBMs ytelse i mangelfri tilstand må presumeres å tilsvare vederlaget som Telenor har betalt til IBM. Alternativt kan det ses hen til mangelens betydning for kjøper. Leveransen fra IBM hadde svært begrenset verdi ettersom manglene ved BIM førte til at prosjektet ikke kunne realiseres, og beregningen av gjenbruksverdien blir den samme som for erstatningskravet. Telenors subsidiære krav om prisavslag utgjør kr 138 492 552, og det vises til beregningene i de fremlagte hjelpedokumenter.

2.9 IBMs motkrav

IBMs motkrav på kr 29 392 395 gjelder fakturaer for leveranser som er nærmest helt uten verdi for Telenor, og dette er en speilvending av Telenors krav knyttet til tap for verdireduksjon. Telenor erkjenner imidlertid betalingsplikt for hardware som er tatt i bruk samt en gjenbruksverdi på 4 % for den øvrige del, hvilket utgjør en samlet beløp på kr 1 192 106 som inkluderer merverdiavgift og forsinkelsesrenter frem til 22. august 2008 da Telenor erklærte motregning. Ettersom Telenor har erklært motregning skal Telenor frifinnes for motkravet fra IBM ved at Telenors krav mot IBM reduseres med kr. 1 192 106. Telenor krever videre forsinkelsesrenter av sitt gjenstående krav (etter foretatt motregning). For enkelthetens skyld legges stevningen til grunn som påkravtidspunkt, slik at forsinkelsesrenter påløper fra 21. september 2008 til betaling skjer.

Saksøkerens påstand:

1. International Business Machines AS dømmes til å betale til Telenor ASA et beløp fastsatt etter rettens skjønn, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 21. september 2008 til betaling skjer.
2. Telenor ASA frifinnes.
3. International Business Machines dømmes til å erstatte Telenor ASA sine sakskostnader.

3. Saksøkte har i det vesentlige gjort gjeldende:

3.1 Sakens kjerne

GCC er ingen leveransekontrakt slik Telenor anfører. Det fremkommer ingen leveringsforpliktelser direkte av GCC. IBMs leveranseforpliktelser følger derimot av de modulbaserte avtaler, herunder av etterfølgende MAC- og MIC-avtaler. Under kvalifiseringsprosessen valgte Telenor å endre gjennomføringsstrategi i prosjektet. Telenor gikk fra en turnkey leveransekontrakt til en iterativ kontraktsmodell. I «HLD – Project Requirements» av 26. januar 2004 skulle IBM gi «a binding proposal containing description of products, services, warranties and prices for the delivery of a complete solution». I den nye forespørselen «CPS – Project Requirements» av 24. mai 2004 endret Telenor strategi og gikk over til en modulær gjennomføring.

Iterative kontraktsmodeller som GCC gir en annen risikofordeling mellom partene enn turnkey leveransekontrakter. Kravet til leverandøren er ved de iterative prosesser mer en innsatsforpliktelse enn en resultatforpliktelse som kreves ved utvikling etter fast spesifisering og til fast pris. Det som kjennetegner iterative kontrakter er blant annet at det ikke er hensiktsmessig/mulig å fastsette et nøyaktig eller detaljert scope på kontraktstidspunktet, hvilket også var tilfelle i vår sak. Andre kjennetegn er at det vil bli behov for fortløpende presiseringer/endringer av scope under kontraktsforløpet, at betaling er basert på «time and material», at det er sannsynlig at tidsplan og budsjett vil kunne sprekke, og at det foreligger en fortløpende avbestillingsrett for kunden uten kompensasjon for leverandøren. Det samme gjelder i vår sak, og det bestrides at det var avtalt noen maksimalpris. Ved iterative kontrakter som GCC er det også en høyere terskel for å konstatere mislighold av totalleveransen ettersom kunden er forsvarlig sikret gjennom en fortløpende avbestillingsrett.

IBMs leveranse- og kontraktsforpliktelser må vurderes i forhold til den enkelte modulavtale, og IBM har overholdt sine forpliktelser etter samtlige av disse leveranseavtalene. Det som ble bestilt av Telenor er levert av

IBM i kontraktsmessig stand, herunder gjelder dette BIM 1.0 (BIM 0.92 + CP3). Det som Telenor klager over, fraværet av CP4, ble aldri bestilt av Telenor.

Telenors innsigelser til IBMs leveranser er basert på ikkekontraktsfestede visjoner og funksjonalitetskrav. Anførselen om at BIM ikke understøtter SCON er udokumentert. Telenors innsigelser synes i hovedsak å gå ut på at Telenor mener det ikke var tilstrekkelig sikkerhet, og at det ville bli for mange manuelle operasjoner dersom endringene i CP4 ikke ble implementert. Spørsmålet er imidlertid hva som er kontrahert. Kunden må selv vurdere hva han vil ha, og Telenor har aldri bestilt CP4. Det foreligger derfor heller ikke noe mislighold fra IBM.

Bakgrunnen for at prosjektet strandet skyldes forhold som Telenor selv må ta ansvaret for. Telenor hadde et marginalt business case som bygget på forutsetninger som det ville kreve sterk disiplin å fastholde (blant annet nedkuttet scope, konsolidert gjennomføringsmetode og 30 % resursbidrag). Nedskjæringen fra full til mandatory scope var ikke tilstrekkelig forankret hos brukerne som var Telenors linjeorganisasjon. På dette stadiet i prosjektet hadde Telenor kostnader i fokus mens funksjoner kom i bakgrunnen. Senere ble det et stort endringsvolum som enten skyldes manglende kontroll/korreksjon fra Telenor av IBMs scopebeskrivelser, og/eller manglende kontroll/sensur av endringsønskene underveis. På dette stadiet i prosjektet var det nå funksjoner som var i fokus hos Telenor mens kostnader var i bakgrunnen. Telenor utviklet blant annet nye sikkerhetskrav etter at Henrik Strøm tiltrådte som sikkerhetsarkitekt sommeren 2006. Dette hadde vært en nyttig prosess i 2003–2004, men viste seg å være ødeleggende for prosjektet i 2006–2007. Det var videre en kronisk ressursmangel hos Telenor som skapte forsinkelser og kostnadsøkninger i prosjektet. Manglende PO fra Telenor medførte at prosjektet stoppet opp av seg selv da IBM ikke lenger hadde noe kontrahert arbeid. Telenor kunne ikke kreve at IBM skulle jobbe gratis med CP4 uten en bestilling. Telenor må derfor også selv ta ansvaret for at prosjektet strandet.

3.2 Foreligger ikke mislighold av IBMs leveranseforpliktelser

Leveransene i modulavtalene har funnet sted med en kontraktsmessig kvalitet, og det foreligger ikke noe mislighold fra IBM som kan begrunne erstatning eller prisavslag. CP4 var ikke del av opprinnelig eller endret scope til BIM MAC slik Telenor anfører. Motparten har ikke fremlagt noen dokumentasjon som kan understøtte en slik anførsel. Telenors alternative tilnærming, om at det må oppstilles krav til samme funksjonalitet i BIM som i eksisterende produksjonsmiljø, kan heller ikke føre frem. Dette var kun en grov retningslinje for partenes felles arbeid med nedskjæringen fra full til mandatory scope. En slik retningslinje kan ikke brukes som noen norm/scope å arbeide etter. Det var et heterogent miljø, slik at det også var helt umulig å fastslå hva det skulle sammenlignes med. Generelle og vage utsagn om eksisterende funksjonalitet overstyres og presiseres uansett gjennom beskrivelser av inkludert og ekskludert funksjonalitet i Attachment 2 til BIM MAC-avtalen. Telenor har dessuten ikke forsøkt å dokumentere hvilken funksjonalitet som finnes i det eksisterende produksjonsmiljø for å holde dette opp mot CP4. Telenors påstand om at BIM 0.92 + CP3 ikke understøtter SCON er videre udokumentert. Det er ikke påvist eller anført noen teknisk inkompatibilitet, og det foreligger derfor heller ikke noe brudd på systemintegrasjonsansvaret slik Telenor anfører. Kunden må selv vurdere hva han vil ha, og i attachment 2 til BIM MAC-avtalen sto det klart hvilken funksjonalitet kunden fikk. Utvidelse av scope forutsetter avtale eller bestilling. Det ble ikke inngått noen særskilt avtale for CP4, og Telenor har heller aldri bestilt funksjonaliteten som lå i CP4.

3.2.1 Nærmere om ITSM

Løsningene i CR 59, 60 og 61 er ikke del av scope for BIM MAC. Tilleggsavtalen SA4a bekrefter utrykkelig at funksjonaliteten i disse CRene er scopeutvidelser. Senere ble det reist nye endringer (59a, 60b og 61a), og disse nye fasene ble inntatt som del av CP4. Det fremgår klart av tilleggsavtalen SA8a/07 at eventuelt arbeid med disse CRene var betinget av særskilt bestilling fra Telenor. Det foreligger heller ikke noe mislighold fra IBM i forbindelse med CR 59, 60 og 61 med bakgrunn i SA4a og etterfølgende PO slik Telenor nå også syns å anføre. Reguleringen i SA8a/07 er uforenelig med slike anførsler. Det er heller ikke fremlagt noen dokumentasjon som kan vise arbeidet som ble utført under SA4a eller at Telenor skal ha kommet med innsigelser mot dette arbeidet tidligere. For hver CR ble det utarbeidet et dokument på flere sider, og man måtte derfor også ha gjennomgått disse for å vurdere et eventuelt mislighold, men disse dokumentene har Telenor ikke funnet grunn til å fremlegge.

3.2.2 Nærmere om sikkerhetsløsninger

Hva som er tilstrekkelig sikkerhet er det opp til kunden å bestemme, og dette bør også gjøres så tidlig som mulig for å unngå låsning til et stadig mer presisert scope. Sikkerhetskravene i BIM MAC-avtalen fremgår av Module Brief fra PPAP med innskrenkninger til mandatory scope som ble godkjent av Telenor. Sikkerhet i managementnettverket var definert som «open issue» i BIM MIC-avtalen, men dette innebærer ikke at IBMs løsning på dette punkt avviker fra avtalt scope. Det er heller ikke påvist at IBMs løsning i detaljert design fra BIM MAC, som ikke engang er fremlagt, avviker fra scope i BIM MAC. Telenor har også erkjent at todelingen i managementnettverket er gjennomført. Plasseringen av verktøyene i den ene sonen innebærer ikke noe avvik fra scope. Kommentaren i arkitektokumentet som Telenor har vist til («violates the general security modell») referer seg kun til at løsningen avviker fra de nye krav som Telenor oppstilte. Arkitektokumentene som ble utarbeidet under CR 55, som Telenor har erkjent at er utenfor scope, ledet til nye sikkerhetsløsninger som endte opp som en rekke CR i CP4, jf. SA8a/07. Sikkerhetsløsningene i CP4 var derfor kun en opsjon for Telenor, men disse arbeidene ble aldri bestilt.

3.2.3 Nærmere om virtualisering av Linux

BIM MAC-avtalen forplikter ikke IBM til noen bestemt virtualiseringsløsning, selv om Linux på VMware var det prefererte alternativ da BIM MAC ble påbegynt. Designdokumentene som Telenor har vist til beskriver bare den tekniske løsningen ved virtualisering av servere på VMware. Det forelå flere alternativer, herunder Sun Solaris container. Telenors anførsler tilslører at virtualisering krevde en prosess med utredning av flere alternativer i samråd med kunden, og et valg fra kundens side. Gjenværende arbeid med virtualisering (CR 122 og 123) ble videre tatt inn som del av CP4 som i henhold til SA8a/07 var betinget av en særskilt bestilling fra Telenor. IBM anså at løsningen med Linux på VMware ville fungere, men «proof of concept» og kundens valg av løsning under CR 122 og 123 i CP4 ble aldri gjennomført som følge av at Telenor ikke bestilte disse arbeidene. Det er videre opplyst at Telenor i dag kjører Linux på VMware som anbefalt av IBM.

3.2.4 Fellesbemerkninger til CP4

Prinsipalt anføres at partenes adferd og korrespondanse fra desember 2006 og gjennom 2007 klart viser at funksjonaliteten i endringspakken CP4 var utenfor scope. Subsidiært anføres at dersom noen del av CP4 skulle kunne anses å være omfattet av scope for BIM MAC eller BIM MIC, etablerer partenes adferd og SA8a/07 uansett en forutsetning om særskilt bestilling eller avtale.

Bakgrunnen for at partene ikke ble enige om CP4 skyldtes at Telenor ikke ville bestille analyse/design uten trygghet for totalkostnaden for CP4. Det er imidlertid svært vanskelig å kunne gi noe presist estimat for implementeringskostnader uten en forutgående analyse- og designfase. Det kan heller ikke utledes at estimeringen av CP4 som var avtalt i SA8a/07 også omfattet implementering slik Telenor anfører. En eventuell manglende estimering fra IBM kan uansett ikke begrunne Telenors krav om erstatning eller prisavslag. Ettersom Telenor hevder det var avtalt en maksimalpris kunne Telenor ha bestilt CP4 og betalt etter løpende regning, og deretter ha saksøkt IBM for å få fastslått at det forelå en maksimalpris, herunder beløpet den utgjorde og eventuelt hva den dekket. Telenor valgte imidlertid å ikke bestille CP4 og har heller ikke fremsatt noe krav med bakgrunn i at det forlåg en slik maksimalpris. I fravær av annen avtale er alt arbeid på løpende regning, og når Telenor ikke vil bestille og betale, er IBM heller ikke forpliktet til å utføre noe arbeid.

3.2.5 Vedrørende leveransen av BIM 1.0 (0.92 + CP3)

Først under prosedyren opplyste Telenor at det ikke ble fremmet noen selvstendige krav basert på de småfeilene som var igjen våren 2008. Det må derfor legges til grunn at denne leveransen heller ikke hadde noen feil som kunne begrunne en nektelse av aksept fra Telenor i mars 2008, og det er grunn til å spørre hvorfor denne erkjennelsen fra Telenor ikke har kommet før. IBM bestrider videre at det foreligger noen kontraktsbrudd ved denne leveransen som viser svikt ved IBMs prosjektledelse slik Telenor anfører. Bakgrunnen for at det ble tidsforskyvninger skyldes i all hovedsak alle endringskravene fra Telenor, manglende ressurser fra Telenor og svikt i Telenors mottaksevne. Telenors anførsel om at BIM 0.92 + CP3 ikke understøtter SCON er uholdbar. En slik anførsel må under enhver omstendighet bedømmes under synsvinkelen antasipert mislighold, og de strenge beviskrav som oppstilles for et slikt mislighold er ikke oppfylt.

3.3 Foreligger ikke mislighold av IBMs prosjektlederansvar

Telenors kritikk av IBMs prosjektledelse er basert på subjektive vurderinger som ikke ble fremført av Telenor under prosjektets løpetid. Noen feil vil alltid kunne bli begått, men det betyr ikke at det også er svikt i prosjektledelsen. Noen grunnleggende svikt ble heller aldri avdekket og påberopt underveis i prosjektet. Det vises til rapportene om «Client satisfaction status Telenor ICON» av 14. september 2006 og «Joint Review» av 1. mars 2007. Alle de påståtte kritikkverdige forhold som Telenor har trukket frem i ettertid er udokumenterte, herunder gjelder dette anførselen om manglende endringshåndtering og estimering. CP4-estimering var uhyre vanskelig og det er heller ikke korrekt at IBM ikke utarbeidet «change estimates». Slike estimater ble utarbeidet i endringsdokumentene som ble utarbeidet for hver enkelt CR. Ettersom Telenor ikke engang har fremlagt disse dokumentene, har Telenor heller ingen dekning for å hevde noe mislighold på dette punkt. Det er under enhver omstendighet ikke noe grunnlag for Telenors anførsel om at IBM skal ha utvist grov uaktsomhet.

3.4 Subsidiært om rettslig karakteristik av et eventuelt mislighold

Kjernen i Telenors anførsel om mislighold synes å være at BIM ikke hadde den kvalitet som gjorde at den oppfylte vilkårene for godkjenning, eventuelt at det var utestående analysearbeid etter BIM MAC-avtalen. Dette er imidlertid forhold som må bedømmes som en forsinkelse, og ikke en mangel. I juridisk teori for utviklingskontrakter legges det til grunn at manglende godkjenning på grunn av kvalitetsavvik skal bedømmes som forsinkelse. GCC punkt 22 med underpunkter må forstås på samme måte. Begrunnelsen for Telenors feilaktige tilnærming antas å være at det ved mangler kan kreves prisavslag, hvilket også er Telenor subsidiære krav i forbindelse med forgjeves kostnader.

3.5 Ingen illojalitet i forhandlingene høsten 2007

Det foreligger ikke noe grunnlag for å hevde at IBM forhandlet i ond tro eller forledet Telenor under disse forhandlingene. Dette har også sterkt formodningen mot seg. IBM brukte store ressurser og høyt plasserte ledere i forhandlingene. Alle IBMs CP4-forutsetninger ble presentert i møte 28. august 2007. Det forelå ganske enkelt en skinnuenighet mellom partene som ble avdekket etter kort tid. Forhandlingene fortsatte dessuten i flere måneder etter at denne skinnuenigheten var avdekket.

3.6 Evt. misligholdsansvar er uansett bortfalt som følge av for sen reklamasjon

Telenor har ikke reklamert innen rimelig tid i henhold til GCC punkt 22.1.1 for noen av de fremsatte krav. Et eventuelt mislighold av CP4 må senest ha fremstått som klart fra mars 2007 ettersom IBM ikke da arbeidet med CP4 grunnet manglende PO/avtale. Telenor hevdet ikke på noe tidspunkt frem til prosjektet ble avsluttet våren 2008 at hele eller deler av funksjonaliteten i CP4 var innenfor scope til BIM MAC-avtalen eller tidligere PO. Et eventuelt mislighold av prosjektledelsen må ha vært synbart for Telenor gjennom hele prosjektet, men ble første gang nevnt av Telenor i posisjonsdokumentet til megler den 21. februar 2008. Når det gjelder angivelige illojale forhandlinger, vises det til at disse forhandlingene fortsatte i flere måneder etter at skinnuenigheten ble avdekket medio september 2007 uten noen innsigelser fra Telenor. Retningslinjer som er trukket opp gjennom rettspraksis viser at Telenor ikke har reklamert innen rimelig tid i disse tilfellene.

3.7 Subsidiært om Telenors erstatningskrav

Telenors erstatningskrav for forgjeves kostnader, angitt til kr 178 022 110, kan ikke kreves erstattet under den positive kontraktsinteresse. Dette er oppfyllelseskostnader som faller inn under den negative kontraktsinteresse. Tapspostene om forgjeves kostnader står ikke årsakssammenheng med det påberopte misligholdet, og kan derfor heller ikke kreves erstattet. Det er intet grunnlag i norsk rett for at forgjeves kostnader kan kreves erstattet uten særskilt ansvarsgrunnlag, og noe slikt særlig ansvarsgrunnlag foreligger ikke her. Telenor har heller ikke fremsatt noen alternative anførsler/beregninger som kan gi grunnlag for å utlede noe tap fra det påståtte misligholdet. Telenor har lagt «alle egg i én kurv» og kun basert sin erstatningsanførsel på den «danske presumsjonsregel» som det ikke er dekning for i norsk rett.

Subsidiært anføres at Telenors tapsutmåling uansett ikke kan legges til grunn. Telenors interne kostnader er ikke dokumentert ettersom det kun er vist til oppstillinger i et exelark. At Telenors anførte gjenbruksverdi kun er på 19 % for software, og 4 % for den resterende del av leveransen, er heller ikke dokumentert. Disse fradragene er basert på regnskapsmessige nedskrivninger begrunnet i Telenors policyvalg, hvilket ikke kan belastes IBM. Gjenbruksverdien er uansett satt altfor lavt.

Telenors erstatningskrav for indirekte tap, angitt til kr 80 000 000, kan heller ikke føre frem ettersom det ikke er sannsynliggjort noe fortjenestetap. Det opprinnelige business caset bygget på usikre forutsetninger som ikke ble fastholdt gjennom prosjektet. Erstatning for indirekte tap kan uansett ikke kreves med mindre grov uaktsomhet foreligger, og noe slikt skyldkrav er ikke oppfylt her. Ethvert fortjenestetap – uavhengig av skyldgrad – er videre uttrykkelig avskåret etter GCC punkt 22.2.3 fjerde avsnitt punkt 1.

Det forligger heller ikke årsakssammenheng mellom påstått tap og mislighold. Det påståtte tapet har sammenheng med Telenors beslutning om å stanse prosjektet, og er således ingen nødvendig følge av IBMs eventuelle mislighold. Telenor unnlot å inngå nødvendige kontrakter for fullføring av prosjektet.

Beløpstakene i GCC punkt 22.2.3 annet avsnitt kommer under enhver omstendighet til anvendelse. «Project Contracts» i annet avsnitt er ikke et begrep som avgrenser mot GCC slik Telenor anfører. Uansett må IBMs eventuelle mislighold bedømmes ut fra det konkrete bruddet på den aktuelle modulkontrakt (BIM). Prisen for BIM er av Telenor i stevningen oppgitt til kr 10 248 105 for BIM MAC, kr 23 122 279 for BIM MIC og kr 32 586 069 for CP3. Beløpstakene i GCC punkt. 22.2.3 annet avsnitt gjelder også uavhengig av skyldgrad, og det er ingen grunn til å tilsidesette dette.

3.8 Subsidiært om prisavslag

Telenors subsidiære krav om 96 % prisavslag på alle leveranser (minus hardware) har samme virkning som heving ex tunc eller erstatningskrav for betydelig andel av de forgjeves kostnader men uten hensyn til ansvarsbegrensningen i GCC. Prinsipalt anføres at de påberopte mislighold må bedømmes som forsinkelse, og prisavslag kan da ikke kreves. Subsidiært anføres at et eventuelt prisavslag uansett må skje med utgangspunkt i leveransene under den enkelte modulavtale som påstås misligholdt (BIM). Mislighold av en kontrakt kan ikke gi grunnlag for 96 % prisavslag på feilfrie leveranser under alle andre modulavtaler. Misligholdsbestemmelsen i GCC punkt 22 er også gjennomgående knyttet til enkeltkontrakter. Dette dreier seg videre ikke om noe kjøp, og GCC oppstiller heller ikke samme regel som kjøpsloven § 38. Et eventuelt prisavslag etter GCC punkt 22.2.2 må forstås slik at den gjelder et verdiminus tilsvarende utbedringskostnader. Dersom en eventuell mangel er fraværet av CP4, kan Telenor ikke kompenseres for utbedring av et leveranseelement som IBM aldri har fått betalt for. Telenors prisavslagskrav kan derfor heller ikke føre frem.

3.9 IBMs motkrav

Ettersom Telenors hovedkrav ikke kan føre frem, har IBM krav på betaling for sitt motkrav på kr 29 392 395 med tillegg av forsinkelsesrenter regnet fra forfallsdatoene til de ulike fakturaene. For det tilfelle at deler av Telenors hovedkrav skulle føre frem, må det gjøres fradrag i dette for IBMs motkrav. Det anføres i denne forbindelse at det ikke er dokumentert at Telenor ikke kunne gjenbruke leveransen, og at Telenors anførte gjenbruksverdi uansett er satt alt for lavt.

Saksøktes påstand:

1. International Business Machines AS frifinnes.
2. Telenor ASA betaler International Business Machines AS et beløp oppad begrenset til NOK 29 392 395, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven
 - av NOK 188 867 fra 06.06.2007,
 - av NOK 14 656 fra 07.06.2007,
 - av NOK 2 807 566 fra 28.01.2008,
 - av NOK 470 104 fra 19.03.2008,
 - av NOK 2 931 326 fra 20.03.2008,
 - av NOK 4 604 047 fra 30.04.2008,
 - av NOK 434 710 fra 16.05.2008,
 - av NOK 93 344 fra 30.05.2008,
 - av NOK 216 784 fra 23.06.2008 og
 - av NOK 17 630 991 fra 30.06.2008 til betaling skjer.
3. Telenor ASA dekker International Business Machines AS' saksomkostninger.

4. Rettens vurdering

4.1 Innledning

Innledningsvis bemerker retten at saken gjelder et meget omfattende og komplekst IT-prosjekt. Dokumentasjonen som er fremlagt for retten utgjør eksempelvis rundt 9 000 sider. Etter det opplyste eksisterer det også annen prosjektdokumentasjon av betydelig omfang som ikke er blitt fremlagt.

Telenor hadde i 2003 et sterkt behov for fornyelse av sin serverpark. Formålet med prosjekt ICON var videre å redusere kostnader, samt å etablere en fremtidsrettet og konsolidert serverplattform som eksisterende og nye applikasjoner kunne migreres til.

Partene er på flere punkter uenige om hvordan GCC som ble inngått 16. oktober 2004 skal forstås. Telenor har blant annet anført at GCC pålegger IBM en rekke leveranseforpliktelser, mens IBM anfører at GCC ikke er noen leveransekontrakt.

Etter rettens vurdering er det ikke tvilsomt at GCC oppstiller en rekke forpliktelser for IBM som leverandør, herunder både resultat- og omsorgsforpliktelser. Ved resultatforpliktelser er kontrakten oppfylt når resultatet nås, og den er misligholdt dersom resultatet ikke nås eller det ikke nås i tide. Ved omsorgsforpliktelser skal det derimot ytes en nærmere angitt innsats, uten at leverandøren dermed har forpliktet seg til å nå et bestemt resultat. Dersom leverandøren har ytet den forutsatte innsats, er forpliktelsen oppfylt selv om det resultat kunden håper på ikke nås. Mislighold kan imidlertid også her foreligge dersom innsatsen som ytes fra leverandøren ikke er faglig forsvarlig, er for liten eller ikke ytes til rett tid.

Slik retten ser det gir GCC punkt 3.1 nest siste avsnitt uttrykk for at IBM har påtatt seg en omsorgsforpliktelse når det står at IBM skal yte «best commercial efforts» for å bidra til at Telenor vil oppnå kostnadsreduksjoner som følge av konsolideringsprosjektet.

Etter rettens syn er det også bestemmelser i GCC som klart fastsetter at IBM har påtatt seg resultatforpliktelser knyttet til leveransen i prosjektet. Det gjelder blant annet formålsbestemmelsen og scopebestemmelsen i GCC punkt 3.2 og 4.1. At IBM har resultatforpliktelser knyttet til leveransen fremgår også av GCC punkt 7.1 hvor det står at:

«The Contractor commits to the whole process of consolidating the agreed IT-infrastructure in Telenor og EDB, and commits to deliver, or offer to deliver, parts of or the full scope of the Program as described in this Contract.

The Deliverables shall be fit for their use as specified in the Requirements Document and the other specifications under the Program Contracts. The Contractor guarantees the completeness of any and all Deliverables.»

Det anses heller ikke tvilsomt at IBM har et systemintegrasjonsansvar etter GCC punkt 7.2.3 og et prosjektlederansvar etter GCC punkt 7.1 femte avsnitt og punkt 19.3.

Retten finner imidlertid grunn til å bemerke at IBMs leveringsforpliktelser ikke er endelig fastlagt i GCC. Det er på det rene at Telenors «Requirements Document», som er inntatt som vedlegg 1 til GCC, ikke er noen detaljspesifikasjon for det som IBM skulle levere. Retten viser i denne forbindelse også til vitneforklaringen fra Bjørn Sætre om at dette dokumentet langt fra var noen kravspesifikasjon. Bakgrunnen for at det ikke forelå noen detaljert kravspesifikasjon på tidspunktet da GCC ble inngått skyldes etter det opplyste at Telenor selv ikke hadde noen kompetanse fra prosjekter som omhandlet serverkonsolidering og virtualisering.

Som det fremgår av GCC punkt 7.1 annet avsnitt skulle leveransene fra IBM derfor også tilfredsstille «other specifications under the Program Contracts». Etter definisjonsbestemmelsen i GCC punkt 2 omfatter disse programkontraktene i tillegg til GCC også «the PAC and the Modular Contracts as well as any and all attachment to any of these contract documents». De ulike fasene, hvor det etter inngåelsen av GCC gradvis skulle utarbeides detaljerte og avtalte kravspesifikasjoner, er for øvrig nærmere beskrevet i GCC punkt 5.2 og 5.3.

Vurderingen av hvilke konkrete og endelige leverings- og resultatforpliktelser som IBM har påtatt seg etter GCC må derfor etter rettens syn også avgjøres med bakgrunn i modulkontraktene (MACs og MICs) med tilhørende vedlegg og tilleggsavtaler. Det nevnes for øvrig at GCC punkt 6 inneholder en bestemmelse om rangordning ved en eventuell motstrid mellom de ulike kontraktsdokumentene i prosjektet. Denne

bestemmelsen er imidlertid ikke påberopt av Telenor, og Telenor har således ikke gjort gjeldende at modulkontraktene som ble inngått i tid etter GCC avviker fra de mer overordnede funksjonskrav som er oppstilt i «Requirements Document (vedlegg 1 til GCC).

4.2 Kort om utviklingen i prosjektet og det sentrale tvistepunkt

I utgangspunktet vil det alltid ligge visse utfordringer i gjennomføringen av et så omfattende og komplekst IT-prosjekt som det her er tale om. Etter rettens vurdering var det også flere faktorer i dette prosjektet som etter hvert bidro til å gjøre disse utfordringene enda større.

Etter at forprosjektanalysen var gjennomført var Telenor usikker på om de ville gå videre med prosjektet. I tillegg til at det hadde vært forsinkelser i forprosjektanalysen var beregningene av de finansielle aspektene negative ettersom kostnadene ville overstige inntektene/kostnadsbesparelsene ved en gjennomføring av prosjektet. Ettersom Telenors ledelse ikke ville gi klarsignal for å gå videre med prosjektet uten et positivt «business case», fikk IBM i oppdrag å se om det var mulig å bedre lønnsomheten ved å redusere kostnader. Etter rettens vurdering hadde begge parter også et sterkt ønske om å gå videre med prosjektet på dette stadiet ettersom de begge allerede hadde investert betydelig med tid og ressurser, som de ønsket å få utelling for gjennom en ferdigstillelse av prosjektet. Ulike tiltak ble derfor iverksatt og nye beregninger viste til slutt en positiv forretningsverdi og Telenor besluttet da å gå videre med prosjektet.

Et kostnadsreduserende tiltak som ble foreslått og iverksatt var å fjerne enkelte deler funksjonaliteten som var beskrevet i dokumentene fra forprosjektanalysen, herunder i «Module Brief». Det ble foretatt en nedskjæring til det som ble kalt «mandatory scope». Retten bemerker at «full scope», som i tillegg til ekstra funksjonalitet også innbefattet en ekstra datahall, ble besluttet utsatt og at partene deretter inngikk avtaler basert på «mandatory scope». Dette skapte imidlertid utfordringer ettersom Telenor senere i prosjektet likevel ønsket å benytte noe av den funksjonaliteten som tidligere var tatt ut av scopet til BIM MAC-avtalen.

En annen faktor som etter hvert skapte utfordringer i prosjektet var at partene inngikk en BIM MIC-avtale og påbegynte implementeringsarbeid før leveransen av analyse- og designarbeidet under BIM MAC-avtalen var avsluttet. I denne forbindelse bemerkes at det vil være mer utfordrende, tidkrevende og kostbart å innarbeide endringer i en løsning som allerede er implementert. Det ble også påbegynt arbeid med den etterfølgende applikasjonsmigreringen (SCON), slik at det var mange parallelle arbeidsstrømmer.

Underveis i prosjektet kom det videre et betydelig antall «Change Requests» (CR) som skulle implementeres i BIM-modulen, herunder over hundre stykker i perioden fram til mars 2007. CRene ble samlet i «Change Packages» (CP) blant annet for å forenkle testingen. CP1 og CP2 ble etter det opplyste implementert uten større problemer, mens det oppsto diskusjoner mellom partene i slutten av 2006 når det gjaldt gjennomføringen av CP3 og særlig CP4.

Det ble videre gjort enkelte avvik fra endringsprosedyren i GCC punkt 21. I prosjektet ble det utviklet en praksis hvor tekniske arkitekter hos begge parter i et forum kalt «Design Authority» kunne fremme forslag til en CR. Endringsanmodningen ble deretter fremmet for «Change Control Board» som besluttet om den aktuelle CR skulle gjennomføres. Arbeidet med en CR ble deretter formalisert ved at Telenor utstedte en «Purchase Order» (PO) til IBM hvor kostnadene ved arbeidene var angitt. IBM har videre opplyst at det også ble utarbeidet endringsdokumenter for hver enkelt CR med estimater av endringen. Sann sett kan det virke som om endringsprosedyrene som ble praktisert i prosjektet var ment å ivareta de samme hovedprinsippene som i GCC punkt 21. I stedet for å formalisere og autorisere endringen gjennom en «Change Order» som nevnt i GCC punkt 21.3.2 ble det utstedt en «Purchase Order». Når det gjelder utarbeidelse av et «Change Estimate» som nevnt i GCC punkt 21.3.1, kan det synes som om dette var tenkt ivaretatt gjennom de endringsdokumenter som etter det opplyste ble utarbeidet for hver enkelt CR. Etter bevisførselen fremstår det etter rettens syn likevel som noe tvilsomt om alle konsekvensutredningene som er nevnt GCC punkt 21.3.1 ble utført i endringsdokumentene for hver CR. Som retten vil komme nærmere tilbake til er partene uenige om funksjonaliteten i CP4 er omfattet av scope til BIM MAC og BIM MIC. Etter rettens syn er dette et tema som normalt burde ha vært omhandlet i konsekvensutredningen av hver enkelt CR. Det vises i denne forbindelse til GCC punkt 21.3.1 hvor det står at utredningen av endringen blant annet må inneholde:

» A full description of the change, including how the need/opportunity for the change has arisen.»

Retten bemerker også at hva som er årsaken til en endring vil kunne ha betydning for hvem som er ansvarlig for eventuell økt tids- og kostnadsbruk. En endring kan for eksempel skyldes at kunden ønsker ren tilleggsfunksjonalitet som ligger utenfor avtalt scope, og i slike tilfeller må kunden normalt også forvente å betale ekstra for dette. Annerledes stiller det seg dersom endringen skyldes at et produkt som leverandøren ville gjøre bruk av i systemløsningen ikke fungerte som forutsatt, og at det derfor var nødvendig å gjøre bruk av et annet produkt for å oppnå samme resultat som i avtalt scope. Etter rettens syn er dette helt sentrale grensedragninger som det burde forventes at vil fremgå av de endringsdokumenter som etter det opplyste ble utarbeidet for hver enkelt CR. Disse endringsdokumentene er imidlertid ikke blitt fremlagt for retten.

Andre faktor som skapte utfordringer i prosjektet var at det ble avdekket feil under testing av leveranser fra IBM (BIM 0.92 + CP3), og partene var her uenige om feilenes omfang og alvorlighetsgrad. Tidligere avtalte fremdriftsplaner ble videre skjøvet ut i tid, og det oppsto etter hvert sterk uenighet mellom partene vedrørende en rekke sentrale forhold i kontraktsforholdet, herunder om priser, ansvars- og risikofordeling, forsinkelser, kostnadsoverskridelser, om IBM hadde overholdt sine leveranseforpliktelser og om Telenor hadde overholdt sitt ressursbidrag til prosjektet. Partene inngikk flere tilleggsavtaler for å sikre videre fremdrift av prosjektet. Det ble også avholdt forhandlinger mellom partene høsten 2007 uten at det ble oppnådd endelig enighet, herunder i forhold til gjennomføring og implementering av CP4 i BIM. Prosjektet strandet for godt da IBM i brev av 6. mai 2008 meddelte at de anså prosjektet som ferdigstilt og avsluttet.

Det bemerkes at saken er blitt svært omfangsrikt presentert for retten gjennom 25 rettsdager. Det er likevel fraværet av funksjonaliteten i CP4, og bakgrunnen for at denne ikke ble levert, som ligger til grunn for de misligholdskrav som Telenor har fremmet i saken. Uten funksjonaliteten i CP4 var det i følge Telenor ikke mulig å sette BIM i produksjon for å ta i mot den etterfølgende applikasjonsmigreringen, hvilket medførte at prosjekt ICON ikke kunne realiseres, og at alle leveransene fra IBM hadde svært begrenset verdi for Telenor. Retten vil i det følgende derfor også konsentrere seg om det som anses å være sakens sentrale tvistetema.

4.3 Var funksjonaliteten i CP4 omfattet av scope til BIM MAC og BIM MIC

Telenor har prinsipalt anført at CP4 inneholder løsninger og funksjonalitet på tre sentrale områder (ITSM, virtualisering og sikkerhetsløsninger) som er omfattet av scopebeskrivelsen til BIM MAC-avtalen eller gjennom senere inngåtte tilleggsavtaler. Subsidiært anfører Telenor at den detaljerte scopebeskrivelsen uansett ikke er avgjørende, idet det var avtalt at funksjonaliteten i BIM skulle være minst like god som i Telenors eksisterende produksjonsmiljø, hvilken den ikke var uten CP4. Telenor har også anført at funksjonaliteten i CP4 på de tre sentrale områdene omfattes av scope til BIM MAC-avtalen ut fra en formålsbetragtning om at BIM måtte ha en funksjonalitet som gjorde det mulig å gjennomføre den etterfølgende applikasjonsmigreringen.

IBM bestrider på sin side at funksjonaliteten i CP4 er omfattet av scope til BIM MAC, og at dette heller ikke kan innfortolkes slik Telenor anfører. Videre har IBM anført at det i tilleggsavtalen SA8a/07 uansett var avtalt at endringsarbeid med funksjonaliteten i CP4 var betinget av en særskilt bestilling fra Telenor, og at IBM derfor ikke var forpliktet til å utføre noe arbeid når det ikke kom noen slik bestilling.

Retten tar først stilling til om CP4 inneholder funksjonalitet som kan anses å være omfattet av BIM MAC-avtalen.

4.3.1 ITSM

Det er på det rene at det skulle være managementsystemer i BIM. Managementsystemer består av verktøy, programmer og løsninger som skal administrere, konfigurere, styre og kontrollere de ulike elementene i en IT-løsning på en god og effektiv måte.

Spørsmålet under dette punkt er om CR 59, 60, og 61 i CP4 inneholder funksjonalitet på ITSM-området som er dekket av scope til BIM MAC-avtalen.

Retten bemerker at det i forbindelse med nedskjæringen fra «full scope» til «mandatory scope» ble tatt ut funksjonalitet på ITSM-området. Det vises i denne forbindelse til attachment 1b til BIM MAC-avtalen hvor det på side 7 står at følgende produkter var flyttet (tatt ut av mandatory scope):

*«All ITSM products except for basic monitoring and basic provisioning
a. Only a few licenses for Basic Operating System provisioning in the Mandatory Case*

b. No advanced provisioning functionality is left in the Mandatory case

c. No orchestration functionality in the Mandatory case»

I scope definisjonen i attachment 2 til BIM MAC-avtalen er det videre under punkt 2.2.6 konkret angitt hva som er i og utenfor «mandatory scope» på ITSM-området.

Etter den foretatte bevisførsel finner retten at Telenor ikke har sannsynliggjort at funksjonaliteten i CR 59, 60 og 61 også var omfattet av scope til BIM MAC-avtalen. Retten legger i denne forbindelse særlig vekt på at det i tilleggsavtalen SA4a av 22. desember 2006 på side 2 klart står angitt at CR 59, 60 og 61 var endringer der den aktuelle funksjonalitet ble flyttet fra «full scope» til «mandatory scope». Under hovedforhandlingen ble det fra Telenors side hevdet at man på dette tidspunktet ikke satte slike scopespørsmål på spissen fordi Telenor mente det uansett var avtalt en maksimalpris, og at klassifikasjonen i SA4a derfor heller ikke kan være avgjørende. Retten finner at denne anførselen ikke kan føre frem. Begivenhetsnære bevis må tillegges langt større vekt enn forklaringer som avgis fra parter eller vitner etter at det har oppstått tvist i saken, jf. Rt- 1995-821. I dette tilfelle har tilleggsavtalen SA4a også en klar ordlyd som ikke gir rom for noen alternative tolkninger.

Subsidiært har Telenor gjort gjeldende at funksjonaliteten i CR 59, 60 og 61 uansett ble bestilt og betalt (både design og implementering) gjennom inngåelsen av tilleggsavtalen SA4a av 12. desember 2006, samt «Purchase Orders» av 12. oktober 2006 og 22. desember 2006.

IBM har på sin side anført at de har utført og levert alt det som ble avtalt i tilknytning til CR 59, 60 og 61. IBM har videre gjort gjeldende at endringene på ITSM-området i CP4 gjaldt nye faser, hvilket i følge IBM også fremgår av tilleggsavtalen (til BIM MIC) SA8a/07 av 28. juni 2007 hvor de aktuelle endringer har skiftet betegnelse til CR 59a, 60b og 61a. IBM har i denne forbindelse også vist til en «change logg» av 20. august 2007 hvor det fremgår at disse endringen ble reist henholdsvis 13. februar 2007 og 12. mars 2007.

For retten er det vanskelig å ta stilling til om IBM har utført og levert alt det som var avtalt i tilknytning til CR 59, 60 og 61. Etter rettens syn er det særlig to alternativer som synes å være nærliggende forklaringer på skiftet av endringsbetegnelsene (CR 59a, 60b og 61a) i CP4. Det ene alternativ er at IBM ikke ferdigstilte alt arbeid med CR 59, 60 og 61 under CP3, og at det resterende arbeid ble flyttet til CP4. Det andre alternativ er at IBM ferdigstilte disse endringsarbeidene, og at CR 59a, 60b og 61a gjaldt endringer med hensyn til nye faser som ble reist på et senere tidspunkt slik IBM har anført.

Retten finner grunn til å bemerke at bevisføringen på dette punkt har vært lite klargjørende. I de dokumenter som er fremlagt for retten er de aktuelle endringer i all hovedsak bare omtalt i overskriftsform uten noen nærmere og underliggende forklaringer. Når man sammenligner den knappe betegnelsen av endringene i tilleggsavtalene SA4a og SA8a/07 kan det riktignok se ut som om CR 59, 60 og 61 i CP3 omhandler samme endringer som CR 59a, 60b og 61a i CP4, men retten finner at dette i seg selv ikke er et tilstrekkelig og forsvarlig grunnlag til å avgjøre det konkrete spørsmålet på. Retten finner heller ikke at vitneforklaringen fra Trond Kolsaker, som Telenor har vist til, var så klargjørende på dette punkt. Dersom det var slik at CR 59a, 60b og 61a var omfattet av tilleggsavtalen SA4a, er det nærliggende å spørre hvorfor Telenor da aksepterte at disse endringene, som allerede var bestilt og betalt, ble flyttet fra CP3 til CP4 i den etterfølgende tilleggsavtalen SA8a/07. Etter rettens syn har det ikke vært gitt noen fullgod forklaring på dette. Som tidligere nevnt skal det ha blitt utarbeidet et endringsdokument på flere sider for hver enkelt CR som kunne ha kastet lys over spørsmålet, men disse dokumentene er ikke blitt fremlagt for retten. Det påpekes i denne forbindelse at det er Telenor som har bevisbyrden for sin anførsel om at IBM ikke har levert endringsarbeidene i henhold til SA4a og utstede «Purchase Orders». Basert på den foretatte bevisførsel finner retten at denne anførselen ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort.

4.3.2 Virtualisering på Linux

Formålet med virtualisering av servere er å oppnå en frikobling av fysiske ressurser (server, nettverk og lagring), samt at applikasjonene kan kjøre uavhengig av den enkelte fysiske server. Dette skulle gi Telenor bedre kapasitetutnyttelse, lavere kostnader, mindre strømforbruk, samt at det i tillegg reduserte behovet for plass. Virtualisering var derfor også en sentral og viktig del av ICON-programmet.

Det er på det rene at Telenors kravsdokument (annex 1 til GCC) oppstilte krav om virtualisering. Dette var også omfattet av IBMs løsningsforslag i HLAD. Det er videre uomtvistet at virtualisering på Linux var det alternativ

som IBM hadde anbefalt da arbeidet under BIM MAC-avtalen ble påbegynt, og retten finner det heller ikke tvilsomt at det var dette alternativet som Telenor hadde valgt.

Etter at IBM hadde levert versjon 0.5 av designdokumentene under BIM MAC-avtalen ble det imidlertid avdekket problemer med dette løsningsforslaget. Hovedproblemet var at kombinasjonen av RHEL (Linux) og VMware som IBM hadde foreslått, ikke var støttet av leverandørene slik at Telenor ville stå uten et supportapparat. I tillegg oppsto det også enkelte tekniske problemer. I prosjektet ble det jobbet med å forsøke å løse disse problemene, herunder gjennom kontakt med de aktuelle leverandørene av produktene. Virtualisering på Linux ble betegnet og regulert som en «open issue» i BIM MIC-avtalen av 6. september 2006. Problemet var fortsatt ikke løst i 2007, og virtualiseringsløsningen endte til slutt opp som CR 122 og 123 som ble inntatt i CP4, jf. tilleggsavtalen SA8a/07 av 28. juni 2007. Så vidt retten har forstått var tanken bak CR 122 og 123 blant annet å utrede flere alternativer for en virtualiseringsløsning, og at det deretter skulle treffes et nytt løsningsvalg basert på denne utredningen.

IBM har anført at BIM MAC-avtalen ikke forplikter IBM til levering av noen bestemt virtualiseringsløsning selv om Linux på VMware var det prefererte alternativ da arbeidet med BIM MAC ble påbegynt. I følge IBM krevde virtualiseringsløsningen en prosess med utredning av flere alternativer i samråd mellom partene, og et valg fra Telenor side.

Retten bemerker at IBMs anførsel i realiteten innebærer at IBM kun hadde påtatt seg en forpliktelse til å utrede flere alternative virtualiseringsløsninger, og at IBM ikke hadde noe ansvar for å levere en løsning som de selv hadde anbefalt og jobbet med dersom denne ikke fungerte. Videre innebærer IBMs anførsel at det er kunden som må bære all risiko og ansvar for at det oppsto problemer med den løsningen som IBM anbefalte og jobbet med, herunder alle tidsmessige og kostnadsmessige konsekvenser dette fikk. En slik avtaleforståelse har etter rettens syn sterkt formodningen mot seg, ikke minst når det ses hen til ansvarsreguleringen i GCC, samt at virtualisering var en sentral og viktig del av ICON-programmet.

Etter rettens vurdering kan IBMs anførsler ikke føre frem. Etter bevisførselen legger retten til grunn at Telenor hadde valgt det alternativ som IBM hadde anbefalt, hvilket var Linux på VMware. Dette underbygges av at det nettopp var denne virtualiseringsløsningen som det ble jobbet med under BIM MAC-avtalen da designarbeidet ble startet. Problemene med løsningsforslaget som IBM hadde anbefalt ble videre først avdekket etter at IBM hadde levert versjon 0.5 av designdokumentene. Det forhold at IBM var i kontakt med de aktuelle produktleverandørene for å forsøke å løse de oppståtte problemene, underbygger etter rettens syn at det var denne virtualiseringsløsningen som var valgt, og at IBM derfor også anså seg forpliktet til å løse disse problemene. IBM har vist til at det i en etterfølgende versjon 0.92 av designdokumentene ble påpekt usikkerhet med hensyn til virtualisering av Linux på VMware, og at det i dette dokumentet også ble nevnt Sun Solaris Container som et alternativ. Under punkt 5.1.4 i nevnte dokumentet står det følgende om dette alternativet:

«Sun Solaris Container virtualization is being investigated, but is not currently a part of the ICON IT architecture.»

Etter rettens syn var det ikke unaturlig at IBM utredet andre alternativ etter at det hadde oppstått problemer med den løsningen som det tidligere var jobbet med etter IBMs egen anbefaling. Retten bemerker at det også står at Sun Solaris Container ikke var en del av «ICON IT architecture».

Retten er etter en samlet vurdering, og med vekt på ovennevnte momenter, kommet til at IBM hadde forpliktet seg til å levere en virtualiseringsløsning med Linux på VMware etter BIM MAC-avtalen. Endringene i CR 122 og 123 i CP4 skyldtes videre at det oppstod problemer med dette løsningsforslaget.

4.3.3 Sikkerhetsløsninger

Telenor har fremhevet at det var helt avgjørende å ha tilfredsstillende og tilstrekkelige sikkerhetsløsninger. Retten finner ikke grunn til å betvile dette. Spørsmålet under dette punkt er imidlertid om CRene i CP4, som vedrører sikkerhet, også gjelder funksjonalitet som var omfattet av BIM MAC-avtalen. Telenor har i denne forbindelse anført disse CRene gjelder funksjonalitet som var omfattet av scope i HLAD, og at nedskjæringen til «mandatory scope» ikke innebar at denne funksjonaliteten ble tatt ut.

Retten bemerker at den sentrale CRen i CP4 på dette området fremstår å være CR 103 som gjelder managementnettverket. Denne ledet igjen til og har sammenheng med CR 112, 105, 106, 115, 124 og 125 i CP4.

I HLAD på side 288 står det blant annet følgende om sikkerhet i managementnettverket:

«The datacenter Management Network is basically divided into two security zones, each isolated from each other with a standalone firewall cluster (an active firewall and a standby firewall). The two different security zones will reflect the Production Network Security Zone 1-3 & Security Zone.

The systems installed within the datacenter will be managed through the Management Network.

It is important to connect the Management NICs on the corresponding Management security zones. In other words, a system belonging to CCZ-4 (highest security level)

Det synes heller ikke å være noen uenighet om at ovennevnte beskrivelse av managementnettverket også skulle designes under BIM MAC-avtalen og implementeres under BIM MIC-avtalen.

Innledningsvis under hovedforhandlingen forsto retten Telenors anførsler dithen at todelingen i managementnettverket ikke hadde blitt gjennomført. Senere under hovedforhandlingen ble denne anførselen noe presisert, og retten forsto det da slik at todelingen i managementnettverket isolert sett likevel var gjennomført, men at IBM ikke hadde tatt konsekvensen av denne todelingen fordi alle verktøyene ble lagt i sone 2 i managementnettverket, hvilket muliggjør innbrudd i den sikre sonen (sone 4) i produksjonsnettverket. For å bøte på denne risikofaren ble derfor endringene i de ovennevnte CRene reist.

IBM har bestridt Telenors anførsler. Trond Kolsaker ga under sin vitneforklaring uttrykk for at verktøyplasseringen kunne utføres på forskjellige måter, og at IBM hadde designet og implementert i henhold til det som kunne utledes fra beskrivelsen i HLAD som er sitert ovenfor.

Basert på den foretatte bevisførsel er det vanskelig for retten å ta stilling til om verktøyplasseringen i sone 2 i managementnettverket utgjør noe avvik fra avtalt scope. Retten kan ikke se at det står noe konkret om den angjeldende verktøyplassering i beskrivelsen i HLAD. Som tidligere nevnt anser retten at det også er en svakhet ved bevisføringen at ikke endringsdokumentene som skal ha blitt utarbeidet for hver enkelt CR er blitt fremlagt for retten. Når det gjelder setningen «violates the general security modell» nederst på side 18 i dokumentet «ICON BIM Security Architecture Overview», som IBMs sikkerhetsarkitekt utarbeidet 18 juni 2007, finner retten det ikke klart at dette referer seg til noe brudd på det som opprinnelig var avtalt scope. Etter rettens syn er det vel så sannsynlig at setningen referer seg til beskrivelsen av nye sonekrav fra Telenors side når dette leses i sammenheng med det som står foran i samme hovedpunkt om «Security Zone Model». Retten viser i denne forbindelse til et forutgående sikkerhetsmøte som ble avholdt mellom partene 16. august 2006 hvor det på side 4 i møtereferatet blant annet står følgende:

«Based on yesterdays meeting a set of security issues were listed that now must be resolved. The meeting started by walking through requirements from the PPAP. It became very apperant that there is a clear mismatch between the security requirements defined in the GCC contract and later used in the PPAP project and the current set of Telenor requirements and expectaions as presented by Henrik Strøm.»

Retten tolker ovennevnte møtereferat dit hen at det var et klart avvik mellom kravene og forventningene som Telenor nå stilte på sikkerhetsområdet i forhold til de kravene som kunne utledes fra definisjonene i GCC og den etterfølgende forprosjektanalysen (PPAP), herunder kravene som tidligere var fastsatt i HLAD. I det samme møtereferat står det videre på side 5 i aksjonspunkt 2 at:

«Marc Albrecht to investigate Template for an IT Security Architecture.»

Det er videre på det rene at partene senere ble enige om at det skulle utarbeides et overordnet sikkerhetsarkitekturdokument i prosjekt ICON. Dette førte til opprettelsen av CR 55, og denne endringen er i tilleggssavtalen SA4a av 22. desember 2006 på side 2 klassifisert å være utenfor et hvert tidligere scope. Retten bemerker at ordlyden i SA4a er klar på dette punkt, og at den ikke gir rom for noen tolkningstil. CR 55 resulterte videre i utarbeidelsen av to sikkerhetsarkitekturdokumenter som ble ferdigstilt av Marc Albrecht den

12. juni 2007 («ICON Security Architecture Principles») og 18. juni 2007 («ICON BIM Security Architecture Overview»). Den tidligere omtalte setning «violates the general security modell» som Telenor har vist til, er altså inntatt i det sistnevnte arkitekturdokument, og dette dokumentet ble utarbeidet som ledd i CR 55 som i SA4a er klassifisert å være utenfor ethvert tidligere scope. I det samme sikkerhetsarkitekturdokumentet er det videre listet opp flere CRer som ble inntatt i CP4.

Retten finner etter dette ikke sannsynliggjort at CR 103, 112, 105, 106, 115, 124 og 125 i CP4 inneholder funksjonalitet/løsninger som var omfattet av scope til BIM MAC-avtalen slik Telenor har anført.

Retten går så over til å vurdere funksjonaliteten CR 110 i CP4 som gjelder sikkerhetsmekanismer for virtuelle maskiner hvor formålet er å kunne segmentere den enkelte maskin. Retten har forstått det slik at dette skulle redusere administrasjonsbehovet samtidig som man ville oppnå økt sikkerhet. Det legges videre til grunn at IBMs opprinnelige løsningsforslag her var basert på PVLAN. Retten viser i denne forbindelse til HLAD på side 288 hvor det står at:

«The segmentation of customers in the managment networks will be additional secured with the use of PVLAN and Layer 2 security.»

Løsningsforslaget med PVLAN ble også opprettholdt i scope definisjonen i attachment 2 til BIM MAC-avtalen. Senere ble det imidlertid avdekket at PVLAN ikke var støttet som forventet av VMware, hvilket innebar at maskinene heller ikke kunne segmenteres som forutsatt i IBMs løsningsforslag. Trond Kolsaker ga i sin vitneforklaring uttrykk for at IBM nok hadde vært litt tidlig ute med sitt løsningsforslag ettersom all teknologien likevel ikke var ferdig utviklet ennå. Det synes videre å være på det rene at partene etter dette vurderte alternativer for å avhjelpe de problemene som hadde oppstått. Henrik Strøm har i sin vitneforklaring for retten framholdt at det etter forslag fra IBM ble besluttet å benytte Host Based Security som et substitutt for PVLAN på dette punkt. Retten legger til grunn at dette også er bakgrunnen for opprettelsen av CR 110 («Host Based Firewalls»). Det viste seg imidlertid at heller ikke dette substituttet lot seg realisere fordi det oppsto problemer med produktet fra Symantec. Slik retten forsto vitneforklaringen fra Trond Kolsaker hadde IBM fått et løfte fra Symantec vedrørende utviklingen av Host Based Security, men at dette løftet likevel ikke ble innfridd.

På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor legger retten til grunn at funksjonaliteten i CR 110 var omfattet av BIM MAC-avtalen. Endringen i CR 110 (som heller ikke lot seg realisere) skyldtes at det hadde oppstått problemer med IBMs opprinnelige løsningsforslag som var basert på PVLAN.

4.3.5 Telenors øvrige anførsler i forhold til hva som var avtalt scope

Som det fremgår av punktene ovenfor er retten kommet til at det kun er CR 110, 122 og 123 i CP4 som kan anses å inneholde funksjonalitet som opprinnelig var omfattet av scope til BIM MAC-avtalen.

Telenor har imidlertid anført at det også var avtalt at funksjonaliteten i BIM skulle være minst like god som i Telenors eksisterende produksjonsmiljø, og at dette ikke ble oppnådd uten funksjonaliteten i alle CRene i CP4.

Retten bemerker at sammenligningen med Telenors eksisterende produksjonsmiljø er nevnt flere steder i de fremlagte dokumenter. I scope definisjonen i attachment 2 til BIM MAC-avtalen står det blant annet på side 8 under punktet «Current BIM scope» at:

«The current ambition level represents a subset of the full scope as defined by the PPAP BIM Module Brief. It is an elaboration of what was developed as the socalled Mandatory scope i.e. the subset of the future solution that is required in order to deliver functionality similar to what exists in the current IT enviroment.»

Partene synes således å ha benyttet sammenligningen med Telenors eksisterende produksjonsmiljø i forbindelse med nedskjæringen fra «full scope» til «mandatory scope». Hvorvidt denne sammenligningen også var ment å utgjøre et selvstendig scopekrav ved siden av de spesifiserte og konkrete scopebeskrivelser i samme dokument fremstår etter rettens syn som noe mer uklart. Basert på de forklaringer retten har hørt, og de dokumenter som er fremlagt, legges det til grunn at Telenors produksjonsmiljø var heterogent, og at det derfor heller ikke var så

enkelt å vite hva man skulle sammenligne med. Det vises i denne forbindelse til at Telenors eksisterende produksjonsmiljø i 2005 blant annet hadde 1 300 servere, 37 lokasjoner, 5 nettverk og 454 systemer.

Retten finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling om den angjeldende sammenligning også var ment å være et selvstendig scopekrav. Telenor har etter rettens vurdering uansett ikke sannsynliggjort at den samme funksjonaliteten som er omhandlet i CP4 også fantes i Telenors eksisterende produksjonsmiljø. Det har vært en meget knapp bevisføring på dette punkt. Telenor har for eksempel ikke gjennomgått funksjonaliteten i den enkelte CR i CP4 og sammenlignet denne med noen dokumentasjon som kan vise funksjonaliteten i Telenors eksisterende produksjonsmiljø i 2005, herunder hvilke deler av dette produksjonsmiljøet som det er relevant å sammenligne med. Generelle anførsler og forklaringer om at slik funksjonalitet også fantes i Telenors produksjonsmiljø kan ikke anses tilstrekkelig for å oppfylle den bevisbyrde som påhviler Telenor. Retten finner derfor at Telenors anførsler på dette punkt heller ikke kan føre frem.

Telenors anførsel om at funksjonaliteten i CP4 uansett må anses omfattet av scope til BIM MAC-avtalen ut fra en formålsbetraktning om at BIM skulle ha en funksjonalitet som gjorde det mulig å sette den i produksjon, vil bli behandlet i punkt 4.4 nedenfor. IBMs anførsel om at det i tilleggssavtalen SA8a/07 uansett var avtalt at alt endringsarbeid med funksjonaliteten i CP4, herunder med CR 110, 122 og 123, var betinget av en særskilt bestilling fra Telenor, vil videre bli behandlet i punkt 4.5 nedenfor.

4.4 Betydningen av funksjonaliteten i CP4 og forholdet til avtalt scope

Basert på bevisførselen må det etter rettens vurdering legges til grunn at det var nødvendig å implementere funksjonaliteten i CP4 før BIM kunne settes i full produksjon og applikasjonsmigreringen kunne starte.

Uten funksjonaliteten i CR 59a, 60b og 61a ville managementsystemet blant annet kreve at det måtte foretas svært mange manuelle operasjoner. Bjørn Sætre ga i sin vitneforklaring videre uttrykk for at denne funksjonaliteten også måtte være på plass for at BIM i det hele tatt kunne brukes til å ta i mot applikasjonsmigreringen. IBMs arkitekt Khalil Razi skal under forhandlingene høsten 2007 også ha gitt uttrykk for at dette var nødvendig. Retten viser i denne forbindelse til vitneforklaringene fra Witold Sitek og Øivind Burdal. Det bemerkes videre at CR 59a og 60b også ville ha betydning for sikkerheten, og det vises her til Marc Albrechts sikkerhetsdokument «ICON BIM Security Architecture Overview» på side 8.

Funksjonaliteten som er omhandlet i CR 122 og 123 var videre nødvendig for at Telenor skulle få bedre kapasitetutnyttelse, lavere kostnader, mindre strømforbruk, samt at dette i tillegg skulle redusere behovet for plass. Virtualisering var som tidligere nevnt en sentral og viktig del av ICON-programmet.

Den mest vitale del av CP4 fremstår imidlertid å være de sikkerhetsrelaterte CRene som er angitt i attachment 2 til tilleggssavtalen SA8a/07 av 28. juni 2007. Etter det opplyste ville blant annet plasseringen av alle verktøyene i sone 2 i managmentnettverket, muliggjøre innbrudd i den sikre sonen (sone 4) i produksjonsnettverket. Retten viser i denne forbindelse til forklaringen og redegjørelsen fra Henrik Strøm som retten ikke finner grunn til å trekke i tvil. For å bøte på denne risikofaren ble CR 103 reist, og denne ledet igjen til og har sammenheng med CR 112, 105, 106, 115, 124 og 125. Retten finner videre ikke grunn til å betvile at det var helt avgjørende for Telenor å få disse endringene implementert før BIM i det hele tatt kunne settes i full produksjon. Etter det opplyste utsettes Telenor daglig for forsøk på hacking, og prosjekt ICON omfattet applikasjoner med betydning for millioner av kunder, herunder også applikasjoner for militær kommunikasjon, kommunikasjonssystemer for Stortinget og regjeringen, samt kritiske styringssystemer for Telenors telefoni- og mobildrift.

Retten bemerker videre at endringene som måtte gjøres på sikkerhetsområdet også hadde stor fokus i prosjektet etter at de aktuelle problemer ble tatt opp av Telenor. Det vises blant annet til referat fra et sikkerhetsmøte mellom partene 15. august 2006 hvor det står følgende:

» Chris Seebold opened the meeting by stating that there are some important issues to be resolved in the IT security/Network Design Domain. IBM and Telenor Program managers had agreed that this was the most important project issue, a potential show stopper, and that they wanted a joint technical team to work together to come up with a solution for Telenor.»

Flere steder er de aktuelle sikkerhetsendringene også omtalt som «critical components». Retten bemerker videre at IBM heller ikke har bestridt viktigheten av disse. Trond Kolsaker framholdt imidlertid i sin

vitneforklaring at selv om dette var «critical components», så var dette definitivt noe som var utenfor avtalt scope.

Retten bemerker for øvrig at partenes opptreden i prosjektet også viser at begge var innforstått med at funksjonaliteten i CP4 måtte implementeres før BIM kunne settes i full produksjon. I en powerpointpresentasjon fra IBM, som ble behandlet i et styringskomitémøte 15. desember 2006, fremgår det blant annet at partene så for seg at BIM 1.0 (0.92 + CP3) skulle settes i pilotproduksjon påsken 2007, og at CP4 deretter skulle implementeres slik at BIM kunne settes i full produksjon i midten av juni 2007. På dette tidspunkt inneholdt riktignok CP4 færre endringer («change requests»). Retten bemerker likevel at IBM må ha vært innforstått med at det ville komme ytterligere endringer. Det vises i denne forbindelse til at arbeidet med et overordnet sikkerhetsarkitekturdokument (CR 55) pågikk på dette tidspunktet. Videre er det på det rene at problemene med virtualiseringsløsningen heller ikke var løst.

Retten går så over til å behandle betydningen av CP4 i forhold til avtalt scope. Selv om retten er kommet til at det var nødvendig å implementere funksjonaliteten i CP4 før BIM kunne settes i full produksjon, finner retten at denne funksjonaliteten likevel ikke kan anses omfattet av scope til BIM MAC-avtalen ut fra en formålsbetraktning slik Telenor har anført. Retten bemerker at endringer i forhold til opprinnelig scope er regulert i GCC, og i punkt 5.3.2 tredje avsnitt står det følgende:

«If the Customer wishes to request a solution that is different from the content of the Module Brief, the Customer may request, or require, that the Contractor revise their Module Brief. Alternatively, the Customer may issue a Module Requirements Document wherein the requested modifications are specified. The Customer shall always be entitled to request modifications according to the Change Order Procedure in clause 21. The price impact, if any, is governed by clause 12.4.»

Det er på det rene at Telenor ikke utstedte noe «Module Requirements Document» i prosjektet. Etter forprosjektanalysen, hvor det forelå et «Module Brief» dokument, ble det i forbindelse med nedskjæringen til «BIM mandatory scope» i stedet utarbeidet et dokument med scopedefinisjoner som er inntatt som attachment 2 til BIM MAC-avtalen. Retten bemerker at dette scopedokumentet også ble gjennomgått og akseptert av begge parter. Det fremgår videre av punkt 2.1.3 i scopedokumentet at partene så for seg at man senere kunne vurdere om det var hensiktsmessig å innta ytterligere funksjonalitet i det avtalte scope, men at slike endringer måtte foretas gjennom en «change request». Retten finner det derfor også klart at partene på dette stadiet i prosjektet måtte følge avtalte prosedyrer for endringshåndtering dersom det skulle gjøres tillegg/endringer i forhold til det scope som opprinnelig var avtalt. Etter rettens vurdering er det derfor heller ikke rom for å innfortolke en funksjonalitet som ikke fremgår av scopedokumentet ut fra en formålsbetraktning.

Dersom behovet for funksjonalitet i avtalt scope senere viste seg å være undervurdert kunne dette repareres gjennom en «Change Request"/"Change Order». Det vises til GCC punkt 5.3.2 sjette avsnitt hvor det står at:

«The Customer shall be entitled to direct the Contractor to make changes to the Module Plan, provided that the changes are within the scope of Annex 4. If the Customer requests variations outside such scope, the Customer must follow the Change Order Procedure in clause 21. The price impact, if any, is governed by clause 12.4.»

Videre står det i GCC punkt 5.3.2 10 avsnitt at:

«The Contractor is obligated to deliver and implement the Module in accordance with the detailed provisions of the Module Plan.»

Hvorvidt funksjonaliteten ligger innenfor eller utenfor avtalt scope vil således først og fremst kunne ha betydning for prisspørsmålet. Leverandøren har i utgangspunktet en klar forpliktelse til å implementere endringskrav fra kunden. For kunden er det imidlertid også viktig å få kunnskap om den aktuelle endring vil kunne føre til noen implikasjoner i den øvrige leveransen, herunder om det er knyttet noen risiko til gjennomføringen, og om den eventuelt vil kunne medføre økt tids- og kostnadsbruk i prosjektet. Dersom kunden forlanger endringer utenfor scope gjennomført, har leverandøren derfor også en plikt til å beskrive de fulle konsekvensene en slik endring vil medføre etter GCC punkt 21.3.1 ved å utarbeide et «Change Estimate».

Forutberegneligheten for kunden ivaretas også ved at en «Change Order» etter GCC punkt 21.3.2 først skal utstedes etter at konsekvensutredningene fra leverandøren foreligger.

4.5 Tilleggsavtalen SA8a/07 og den videre behandling av CP4

Retten bemerker at tilleggsavtalen SA8a/07 av 28. juni 2007 ble inngått på et meget kritisk stadium i prosjektet hvor det hersket stor uenighet mellom partene. Formålet med denne avtaleinngåelsen var derfor å sikre videre fremdrift i prosjektet.

For det første regulerer SA8a/07 hvilke prosedyrer/vilkår som skulle følges for å ferdigstille leveransen av BIM 1.0 (0.92+ CP3). På side 1 i avtalen står det følgende om bakgrunnen for dette:

«AS IBM has submitted a plan for the completion of BIM 1.0 with the appropriate scope, time schedule and resource estimates and in order to find a practical solution to the issues arising – concerning both scope, time schedule, pricing and payment schedule – the parties have agreed to amend the current Supplementary Agreement (8) by entering into this agreement (8A).»

For det andre omhandler SA8a/07 også den videre behandlingen av CP4, og det er dette som er det sentrale tvistetemaet i saken. Telenor har ikke fremmet noen isolerte misligholdskrav knyttet til leveransen av BIM 1.0, og retten vil derfor i det følgende konsentrere seg om den videre behandling av CP4. Retten legger til grunn at det var svært viktig for Telenor å få på plass en enighet mellom partene om hvordan dette arbeidet skulle håndteres videre, idet BIM ikke kunne settes i full produksjon uten funksjonaliteten i CP4.

Retten finner videre grunn til å bemerke at det forut for inngåelsen av SA8a/07 også hadde vært uenighet mellom partene hvordan arbeidene med CP4 skulle håndteres. IBM ved Chris Seebold etterlyste blant annet i epost av 1. mars og 5. mars 2007 en «Purchase Order» fra Telenor, og han gjorde samtidig oppmerksom på at IBM ikke ville jobbe videre med CP4 før dette var mottatt. Telenor ved Sverre Stoltz sendte på sin side en «Change Request» i epost av 21. mars og 23. mars 2007 der det ble bedt om at IBM utarbeidet «Change Estimate» i henhold til prosedyrene i GCC punkt 21 med beskrivelse av de fulle konsekvensene av endringene i CP4.

Det ble senere utarbeidet en «CP4 Estimating report» som ble ferdigstilt 27. juni 2007. Denne rapporten tilfredstilte imidlertid ikke kravene til et «Change Estimate» som beskrevet i GCC punkt 21.3.1. Under punkt 1.1 i rapporten står det blant annet at den kun var ment å gi noen «high level estimates for the assessments, design and implementation of Change Package 4 (CP4)». Videre står det at «The estimates must NOT be considered as a price indication from IBM».

Sverre Stoltz framholdt i sin vitneforklaring for retten at det i forbindelse med inngåelsen av SA8a/07 var svært viktig for Telenor å skaffe seg trygghet for at IBM ville forplikte seg til å levere en BIM som hadde en funksjonalitet som gjorde det mulig/forsvarlig å ta i mot den etterfølgende applikasjonsmigreringen (SCON). Slik retten oppfattet hans forklaring var det særlig tre hovedpunkter som var viktige for Telenor å få på plass i denne forbindelse. Det måtte for det første være klart definert hvilke endringer (CRer) som var omfattet av scopet til CP4. Sverre Stoltz hadde tidligere gitt uttrykk for at Telenor tok forbehold om å hevde at noen av disse endringene var omfattet av CP3 da han sendte sin forespørsel om «Change Estimate» den 21. mars 2007. Dette var også en av årsakene til at det ble inntatt en «Disclaimer» i tilleggsavtalen. For det andre ønsket Telenor at IBM skulle forplikte seg til å utarbeide et «Change Estimate» som tilfredstilte kravene i GCC punkt 21 innen en avtalt frist. For det tredje ønsket Telenor at IBM også skulle forplikte seg til å levere CP4 i henhold til det definerte scopet og etter vilkårene i GCC.

Slik retten vurderer SA8a/07 fikk Telenor også gjennomslag for disse kravene. Scopet for CP4 er definert i attachment 2 hvor de aktuelle CRene er angitt (26 stykker). På side 3 i avtalen fremgår det videre at det skulle utarbeides et «Change Estimate» i henhold til vilkårene i GCC senest innen 15. august 2007, og det var også avtalt at IBM skulle bruke 480 timer på dette arbeidet, hvilket tilsvarer en kostnad på rundt kr 500 000. På side 3 i avtalen og i attachment 2 fremgår det videre at IBM forpliktet seg til å levere funksjonaliteten i henhold til det definerte scopet for CP4 dersom Telenor «Change Ordered» disse endringene etter GCC punkt 21.

På bakgrunn av ovennevnte vilkår i tilleggsavtalen SA8a/07 er retten i utgangspunktet også enig med IBM når det anføres at levering av funksjonaliteten i CP4 var betinget av en særskilt bestilling fra Telenor i form av en «Change Order». Etter rettens vurdering misligholdt imidlertid IBM sin estimeringsplikt som var fastsatt i

SA8a/07 og GCC punkt 21, og dette avskår i realiteten også Telenor fra å kunne bestille disse endringene slik retten ser det, hvilket vil bli behandlet nærmere i det følgende. Retten finner det derfor heller ikke nødvendig å gå nærmere inn på betydningen av «Disclaimeren» i SA8a/07, som Telenor har vist til.

Det er på det rene at IBM ikke overholdt fristen med å utarbeide et «Change Estimate» innen 15. august 2007 slik det var avtalt i SA8a/07. Det vises i denne forbindelse til epostkorrespondansen mellom Sverre Stoltz og Chris Seebold fra den 15. til 28. august 2007. Det fremgår blant annet her at IBM ba om mer tid til å ferdigstille estimeringen, samt at IBM også ba om godkjenning for å bruke ytterligere 200 timer på dette arbeidet (utover de avtalte 480 timene). Telenor aksepterte først at tidsfristen ble forskjøvet til 22. august 2007, men IBM ønsket en forlengelse til 15. september 2007. Telenor ba da om en nærmere forklaring i forhold til den økte kostnadsforespørselen for estimeringen og hvorfor det hadde oppstått en forsinkelse på en måned. Dette ble besvart av IBM, og Telenor aksepterte til slutt IBMs forespørsel under forutsetning at det ble inngått en avtale med en nærmere definert plan for det gjenstående estimeringsarbeid. Telenors forutsetning om en slik avtale ble imidlertid ikke besvart av IBM.

IBM leverte heller ikke et «Change Estimate» innen den nye fristen som var forskjøvet til 15. september 2007. IBMs «forslag» til estimering av CP4 ble først oversendt av Chris Seebold per epost den 25. september 2007. Retten bemerker videre at dette var et forslag til en MAC-avtale for CP4 hvor estimering av implementering ikke var omhandlet. I attachment 2 til dette avtalesforslaget fra IBM fremgår det på side 3 at det kun var foretatt «assessment» for 18 av CRene og design for 7 av CRene i CP4.

Telenor avviste forslaget fra IBM, og bemerket at dette ikke tilfredsstilte kravene til et «Change Estimate» etter SA8a/07 og GCC punkt 21. Telenor fremhevet at implementering av funksjonaliteten i CP4 også måtte estimeres. IBM bestred på sin side at implementering var omfattet av estimeringsplikten. Retten viser i denne forbindelse til epostkorrespondansen mellom Sverre Stoltz og Chris Seebold fra den 1. til 11. oktober 2007. Som det her fremgår fastholdt Telenor at forslaget til en MAC-avtale for CP4 ikke tilfredsstilte de avtalte estimeringskravene, og Telenor ba igjen om å få et komplett «Change Estimate» innen 15. oktober 2007. Telenor fremhevet også at ytterligere forsinkelser «could seriously jeopardise the programme progress». Telenors krav ble ikke etterkommet av IBM. Retten viser blant annet til Chris Seebolds epost av 9. oktober 2007 hvor det først refereres til teksten i SA8a/07 om at Telenor etter GCC punkt 21 kan «Change Ordre» scopet for CP4, og hvor det deretter står følgende:

«However, after IBM completed the work to agree the CP4 scope description, it become very clear that the actual work to be performed is Analysis and Design work (and hence related to a MAC Contract) and cannot be related to existing BIM MIC Implementation (MIC Contract).»

Lenger ned i samme epost fra Chris Seebold står det videre:

«IBM's view is that the functionality of CP4 is not what was reasonably expected when entering the initial BIM Contract and so should not be related to this contract.»

Etter rettens syn kan disse anførselene fra IBM ikke føre fram. Ordlyden i SA8a/07 kan ikke tolkes slik at implementering av funksjonaliteten i CP4 ikke var omfattet av estimeringsplikten. Retten viser i denne forbindelse til attachment 2 i SA8a/07 hvor det står:

«IBM will commit to deliver the following scope of work into the BIM at points in time to be decided later on if CR/COed under the terms and conditions of the GCC/MIC for BIM.»

Det bemerkes at det her uttrykkelig vises til vilkårene i «MIC for BIM». Retten viser også til at estimering av implementering uttrykkelig er nevnt i det andre kulepunktet på side 3 i SA8a/07:

«IBM, with the assistance of Telenor, shall revise and update the overall programme plan to show the estimated CP4 Scope Design and Implementation.»

Retten nevner for øvrig at det i forhold til CP3 heller ikke ble inngått noen separat MAC-avtale som IBM fremmet forslag om for CP4. Det ble her kun inngått tilleggssavtaler til de eksisterende MAC- og MIC-avtalene

for BIM, jf. SA4a og SA8a/06 som begge ble inngått 22. desember 2006. Telenor utstedte også en «Purchase Order» den 22. desember 2006 på kr 10 500 250 for implementering av CP3, og retten legger til grunn at disse kostnadene nødvendigvis må ha vært basert på en forutgående estimering fra IBMs side. Det forhold at det ikke ble oppnådd enighet om noen tilleggsavtale for CP4, som det ble lagt opp til, skyldes etter rettens syn nettopp at IBM ikke oppfylte sin estimeringsplikt.

Slik retten ser det hadde IBMs forslag til en MAC-avtale for CP4 heller ingen verdi for Telenor. Dette forslaget inneholdt ikke slike konsekvensutredninger som ga Telenor noen forutberegnelighet i forhold til prosjektgjennomføringen, herunder med hensyn til total tids- og kostnadsbruk som endringene ville medføre. Retten viser også til Henrik Strøms vitneforklaring om at forslaget fra IBM ikke inneholdt noe nytt i forhold til det arbeidet som allerede hadde vært utført under CR 55, og som resulterte i de to sikkerhetsarkitekturdokumenter som ble ferdigstilt av Marc Albrecht den 12. juni 2007 («ICON Security Architecture Principles») og 18. juni 2007 («ICON BIM Security Architecture Overview»). Henrik Strøm fremhevet videre at alle forhold som er omhandlet i de sikkerhetsrelaterte CRene i CP4 også var kjente for IBM allerede den 15. august 2006 da det ble avholdt et sikkerhetsmøte mellom partene.

Retten bemerker at det også hadde vært nedlagt et langvarig arbeid med de to øvrige sentrale områdene i CP4, som var ITSM (managementsystemer) og virtualisering. Etter rettens vurdering er det derfor ikke bare ordlyden i SA8a/07 som klart taler for at IBMs estimeringsplikt av CP4 omfattet implementering, men også det arbeid som tidligere hadde vært nedlagt på dette området i prosjektet.

Retten finner videre grunn til å knytte noen kommentarer i forhold hva som fremstår som en sannsynlig årsak til at IBM først var forsinket med estimeringsarbeidet og til slutt valgte å fremme forslag til en MAC-avtale for CP4. I SA8a/07 hadde IBM uttrykkelig forpliktet seg både til å utarbeide et «Change Estimate» for endringene i CP4 og til å levere denne funksjonaliteten dersom det kom en «Change Order» fra Telenor. Slik retten ser det hadde IBM derfor også påtatt seg en resultatforpliktelse for denne delen av leveransen, jf. GCC punkt 7.1. Ut fra epostkorrespondansen etter avtaleinngåelsen virker det imidlertid som om denne oppgaven ble mer komplisert enn det IBM hadde forutsett. Det nevnes i denne forbindelse at Marc Albrecht, som var IBMs sikkerhetsarkitekt, forlot prosjektet kort tid etter at han hadde ferdigstilt de to sikkerhetsarkitekturdokumentene den 12. og 18. juni 2007. Marc Albrecht forklarte videre for retten at han ikke hadde noen samtaler med den personen i IBM som skulle overta hans oppgaver for å overføre den kompetanse han selv hadde opparbeidet i prosjektet før han forlot dette. Det fremstår også som om det var de sikkerhetsrelaterte CRene som skapte størst problemer for IBM. Retten viser i denne forbindelse blant annet til attachment 2 i IBMs forslag til MAC-avtale for CP4 hvor det på side 5 blant annet står følgende under punkt 2.4 om CR 103:

«To strengthen security, a new security cell with level 3 security (named SCZ-3 Tools) is requested by this PCR. This new cell is planned to host dedicated tools proxis and gateways.

This is a major and complex change to the existing systems management environment. Currently the security design of the systems management tools is not well enough documented (see CR-TN-2007-112 Detailed Security Design for Management Tools). This makes it difficult to identify the benefits of introducing the new «Proxy-Zone».

Retten viser videre til at IBM ved Chris Seebold i epost av 11. oktober 2007 også fastholdt at det var umulig for IBM å utarbeide et detaljert «Change Estimate» som inkluderte implementering før arbeidet med analyse og design var ferdigstilt og akseptert av Telenor. Av det som står lenger ned i samme epost kan det for øvrig virke som om det var mengden av endringer («bundle of changes requested by Telenor») som gjorde at IBM valgte å fremme forslag om å gjennomføre CP4 som et eget MAC prosjekt. Til dette vil retten bemerke at det var IBMs eget forslag å samle endringer («Change Requests») i endringspakker («Change Packages»). Retten bemerker videre at IBM som ledd i sitt prosjektlederansvar også hadde ansvaret for å sikre at det var en forsvarlig og hensiktsmessig endringshåndtering i prosjektet. Det er dessuten på det rene at IBM ved inngåelsen av SA8a/07 uttrykkelig påtok seg en forpliktelse til å utarbeide et «Change Estimate» for CP4 i henhold til GCC punkt 21. Retten finner det videre klart at forslaget som IBM oversendte den 25. september 2007 på ingen måte oppfyller disse vilkårene. I GCC punkt 21.3.1 står det at:

«the Contractor shall in a Change Estimate describe the full consequences of the changes to the delivery. The description must include:

- A full description of the change, including how the need / opportunity for the change has arisen*

- *A full description of work needed as a result of the change*
- *Benefits as a results of the change*
- *Costs as a result of the change*
- *Consequences for the total project cost, including an ROI («Return on Investment») for the change*
- *Consequences for support and maintenance costs*
- *Impact on overall delivery schedule*
- *Impact on the Customer's participation/staffing of project*
- *Consequences for testing and acceptance*
- *Quality and risk impacts of the change»*

Det sier seg selv at IBMs forslag til en MAC-avtale for CP4, hvor implementering av funksjonaliteten ikke engang var omhandlet og hensyntatt, ikke oppfyller ovennevnte estimeringsvilkår. Slik retten ser det fikk Telenor derfor heller ingen forutsigbarhet i forhold til konsekvensene ved endringene, herunder med hensyn til kvalitet, risiko, implikasjoner i forhold til den øvrige leveranse, hvilke arbeider som det var nødvendig å iverksette, fordeler, total tids- og kostnadsbruk mv.

Retten bemerker videre at Telenor under forhandlingene på Holmen Fjordhotell 23. november 2007 også oppfattet en uttalelse fra Khalil Razi (IBMs arkitekt) dithen at det ble reist usikkerhet om BIM hadde tilstrekkelig funksjonalitet til å understøtte den etterfølgende applikasjonsmigreringen. I en epost av 27. november 2007 ba Telenor ved Witold Sitek derfor om et «risk assesment» i forhold til dette spørsmålet. Denne anmodningen ble imidlertid ikke etterkommet av IBM. Retten viser i denne forbindelse til en epost av 28. november 2007 fra IBM ved Lise Jørgensen hvor avslaget på Telenors anmodning om et «risk assesment» ble begrunnet med at det ikke ble ansett hensiktsmessig å gi dette mens partene var i forhandlinger.

Senere under forhandlingene oversendte IBM ved Marit Jenssen oppdatert prisinformasjon for CP4 i en epost av 12. desember 2007. Retten bemerker imidlertid at heller ikke denne estimeringen tilfredstilte vilkårene i GCC punkt 21.3.1. Det vises i denne forbindelse til side 5 i vedlegget til eposten hvor det blant annet står:

«Estimates are preliminary; 20 of 28 PCRs have not been through the assesment phase.

Assesment of PCR 112 may cause new PCRs for design and implementation. These phases are not included in Target Price.»

Det er videre på det rene at IBM ikke oversendte noen ytterligere estimeringer av endringene i CP4 til Telenor før prosjektet – etter forgjeves forhandlinger og utenrettslig mekling – til slutt strandet våren 2008.

Retten legger etter dette til grunn at IBM misligholdt sin estimeringsplikt av CP4 etter SA8a/07 og GCC punkt 21.3.1, og at IBM heller ikke senere rettet opp dette forholdet på tross av Telenors innsigelser.

4.6 Nærmere om misligholdet av estimeringsplikten

Som retten tidligere har lagt til grunn var det nødvendig å implementere funksjonaliteten i CP4 før BIM kunne settes i full produksjon og applikasjonsmigreringen kunne starte.

IBM har imidlertid gjort gjeldende at levering av funksjonaliteten i CP4 var betinget av en særskilt bestilling fra Telenor i form av en «Change Order», og at det ikke kan foreligge noe mislighold på dette punkt når IBM ikke mottok noen slik bestilling fra Telenor. Retten finner at IBMs anførsler ikke kan føre frem.

Retten anser at IBMs opptreden samlet sett trekker i retning av at IBM ikke var i stand til å levere og implementere funksjonaliteten i CP4 på en slik måte som gjorde det mulig å sette BIM i full produksjon. Det legges i denne forbindelse særlig vekt på at IBM i lang tid hadde vært kjent med de aktuelle endringer, og at IBM på tross av Telenors innsigelser aldri utarbeidet estimerer for CP4 som tilfredstilte vilkårene i SA8a/07 og GCC. Retten finner det imidlertid ikke korrekt å betrakte IBMs opptreden under synsvinkelen antesipert mislighold. Den mangelfulle estimeringen må derimot etter rettens syn betraktes som et faktisk brudd på IBMs leveringsforpliktelser etter SA8a/07 og GCC.

IBMs mislighold av estimeringsplikten i GCC punkt 21.3.1 avskår i realiteten Telenor fra å kunne bestille funksjonaliteten i CP4 gjennom en «Change Order» i henhold til GCC punkt 21.3.2 slik retten ser det. For å ivareta hensynet til forutberegnelighet for kunden er bestemmelsene i GCC bygd opp slik at de fulle konsekvensutredningene fra leverandøren i form av et «Change Estimate» skal foreligge før det utstedes en «Change Order». Retten viser her til GCC punkt 21.3.2 tredje avsnitt hvor det står følgende:

«The Change Order shall in full contain all consequences the change has with regard to price, delivery schedules and the parties other rights and obligations according to the Contract.»

Retten finner det følgelig ikke tvilsomt at en «Change Order» nettopp skal vurderes og baseres på leverandørens forutgående og fulle konsekvensutredninger i et «Change Estimate».

IBMs forslag til en MAC-avtale for CP4, hvor konsekvenser ved implementering av funksjonaliteten ikke engang var omhandlet eller vurdert, tilfredstilte på ingen måte de fulle konsekvensutredningene som skulle utføres i et «Change Estimate» etter GCC punkt 21.3.1. Etter rettens vurdering var det derfor heller ikke mulig å utarbeide noen «Change Order» etter GCC punkt 21.3.2 ettersom konsekvensene som skulle beskrives i dette dokumentet ikke var utredet eller angitt av IBM. Telenor har videre fremhevet at det ville vært helt uforsvarlig å inngå noen avtale med IBM knyttet til de gjenstående arbeider med BIM når IBM ikke ville påta seg noen risiko og ansvar for dette arbeidet.

Retten er enig i at det under de rådende omstendigheter ikke var noe reelt og akseptabelt alternativ for Telenor at arbeidene med CP4 ble iverksatt etter bestemmelsen i GCC punkt 21.3.2 sjette avsnitt og de avtalevilkår som IBM krevde. Det legges i denne forbindelse særlig vekt på at ingen av de sentrale faktorene som skal inngå i et «Change Estimate» etter GCC punkt 21.3.1 var ferdig utredet av IBM på tross av at IBM hadde brukt de 480 avtalte timene på dette arbeidet, hvilket tilsvarer en kostnad på rundt kr 500 000. Det bemerkes videre at IBM også klart hadde tilkjennegitt overfor Telenor at det ikke ville bli utført noe ytterligere arbeid med CP4 med mindre IBM fikk en «Change Order» eller en avtale som autoriserte og sikret IBM betaling for dette endringsarbeidet. For å starte arbeidet med CP4 satte IBM som vilkår at alt skulle utføres som regningsarbeid selv om det altså ikke forelå et fullverdig estimat av verken kostnader eller leveringstidspunkt i henhold til avtalte kriterier.

Dersom arbeidene med CP4 hadde blitt igangsatt basert på IBMs betingelser ville dette etter rettens syn også ha medført at all risiko forbundet med leveransen hadde blitt overført til Telenor. Dette anses ikke å være i samsvar med vilkårene i GCC. Retten viser blant annet til GCC punkt 21.3.2 fjerde avsnitt:

«Consequences not contained in the Change Order cannot later form the basis for any claim from the Contractor toward the Customer.»

Retten bemerker som tidligere nevnt at en «Change Order» etter tredje avsnitt i samme bestemmelse skal inneholde de fulle konsekvensene som endringene medfører blant annet i forhold til pris og leveranseplan. Det følger videre av fjerde avsnitt, som er sitert ovenfor, at eventuelle avvik fra konsekvensbeskrivelsene som er gitt i en «Change Order» ikke senere kan danne grunnlag for noe krav fra leverandøren mot kunden. Konsekvensutredningene fra leverandøren som skal inngå i en «Change Order» er følgelig også ment å være forpliktende for leverandøren, og hensynet bak dette er utvilsomt å skaffe kunden forutsigbarhet.

Etter rettens syn kan IBM ikke styre unna de forpliktelser som GCC legger opp til ved å unnlate å foreta tilstrekkelige og forsvarlige konsekvensutredninger av de aktuelle endringer. Slik retten ser det tok IBM et klart forbehold om at det ikke var mulig å gi noe fullverdig estimat av verken arbeidsomfang, pris eller leveringstidspunkt, og i ettertid har IBM så anført at det ikke foreligger noe mislighold i forhold til CP4 fordi det ikke kom noen «Change Order» fra Telenor. Dette bærer etter rettens syn preg av å være et forsøk på en omgåelse av forpliktelsene i GCC som ikke kan føre frem. Retten finner i denne forbindelse grunn til å bemerke at IBM i SA8a/07 påtok seg en uttrykkelig forpliktelse til både å utarbeide et «Change Estimate» for endringene i CP4 etter GCC punkt 21 og til å levere funksjonaliteten i henhold til det definerte scopet for CP4 dersom Telenor «Change Ordered» disse endringene etter GCC punkt 21. Retten finner det som nevnt klart at disse forpliktelsene også må ses i sammenheng.

Retten anser derfor, basert på ovennevnte momenter, at IBMs mislighold av estimeringsplikten av CP4 også førte til at Telenor ble avskåret fra å få disse endringene implementert i BIM. Fraværet av denne

funksjonaliteten medførte videre at BIM ikke kunne settes i full produksjon, og retten legger til grunn at dette også var den direkte årsaken til at prosjekt ICON strandet og ikke lot seg realisere. Bevisførselen har etter rettens syn vist at Telenor hadde et klart ønske om å gå videre med prosjekt ICON, men at dette ikke lot seg gjennomføre som følge av IBMs mislighold.

Det forhold at IBM aldri maktet å utarbeide et korrekt «Change Estimate» for endringene i CP4 underbygger at det også har vært mangler ved IBMs prosjektledelse på dette punkt. Retten bemerker at IBM som ledd i sitt prosjektlederansvar hadde ansvar for å sikre at det var en hensiktsmessig og forsvarlig endringshåndtering i prosjektet. I GCC punkt 19.3, som regulerer prosjektlederansvaret, henvises det blant annet til «Change Management» i annex 9, og i punkt 3.2 siste avsnitt står det at:

«All Technical Change that has impact on delivery schedule, quality and cost, shall adhere to the process of clause 21 of the GCC.»

Prosessen i GCC punkt 21 ble imidlertid ikke fulgt av IBM i forhold til endringene i CP4 ettersom det her aldri ble utarbeidet korrekte endringsestimater, hvilket også må anses å være en mangel ved IBMs utøvelse av prosjektlederansvaret. Retten bemerker at endringshåndtering og kostnadskontroll også var en av oppgavene som var omfattet av «Core Team» avtalene som ble inngått for å sikre at det hele tiden var til stede en gruppe av nøkkelpersoner fra IBM som kunne delta i prosjektet, herunder i prosjektets mellomfaser.

Retten finner videre at Telenor har reklamert innen rimelig tid etter GCC punkt 22.1.1. annet avsnitt. Telenor fremmet umiddelbart innsigelser etter mottagelsen av IBMs forslag til en MAC-avtale for CP4. Det ble da uttrykkelig påpekt at forslaget ikke tilfredstilte kravene til et «Change Estimate» etter SA8a/07 og GCC, og Telenor krevde også at IBM utarbeidet et nytt og komplett estimat for CP4. Retten viser blant annet til Sverre Stoltzs eposter av 1. oktober og 11. oktober 2007 hvor dette fremgår. Telenor gjorde videre IBM gjentatte ganger oppmerksom på at funksjonaliteten i CP4 var nødvendig for at BIM kunne settes i full produksjon og motta den etterfølgende applikasjonsmigreringen. CP4 var også et sentralt tema i de forhandlinger som ble ført mellom partene frem til prosjektet strandet våren 2008. Basert på de vitneforklaringer retten har hørt, og fremlagte dokumenter som ble utarbeidet under forhandlingene, legger retten videre til grunn at Telenor gjorde flere forsøk på å få IBM til å utarbeide fullverdige estimater som forpliktet IBM med hensyn til leveransen av funksjonaliteten i CP4. Dette ble imidlertid ikke etterkommet av IBM. I den utenrettslige meklingen i februar/mars 2008 ble det videre utvekslet flere posisjonsskriv hvor Telenor gjorde misligholdskrav gjeldende. Prosjektet strandet endelig da IBM i brev av 6. mai 2008 meddelte at de anså prosjektet som ferdigstilt og avsluttet. Det forhold at Telenor fremmet noen nye tapsposter i stevningen av 22. august 2008 må etter rettens syn også ses i sammenheng med at Telenor trengte tid på å områ seg i forhold til hva som skulle gjøres etter at prosjekt ICON hadde strandet. Retten er derfor kommet til at Telenor har overholdt reklamasjonsfristen i GCC.

Retten finner det videre klart at IBMs mislighold må bedømmes som en mangel etter bestemmelsene i GCC og ikke som noen forsinkelse slik IBM har anført. IBM misligholdt sin plikt til å utarbeide «Change Estimate» for CP4 etter vilkårene i GCC punkt 21.3.1. På tross av Telenors innsigelser ble dette heller ikke rettet opp av IBM i ettertid. Dette medførte at Telenor ble avskåret fra å få den nødvendige funksjonaliteten implementert i BIM som dermed var mangelfull ettersom den ikke kunne settes i full produksjon, og prosjektet kunne av denne grunn heller ikke realiseres. Det bemerkes videre at IBM den 6. mai 2008 også meddelte at prosjektet var avsluttet fra deres side. IBMs anførsel innebærer derfor i realiteten at forholdet skal betraktes om en evigvarende forsinkelse. Misligholdsbestemmelsene i GCC punkt 22 kan etter rettens vurdering åpenbart ikke forstås slik.

4.7 Erstatningskrav for forgjeves kostnader

Telenor har anført at leveransen fra IBM hadde svært liten verdi for Telenor ettersom prosjektet ikke lot seg realisere som følge av IBMs mislighold. Telenor har videre fremmet krav om erstatning for sine prosjektkostnader med fradrag for den begrensede gjenbruksverdi som leveransen anføres å ha. Samlede forgjeves kostnader som kreves erstattet utgjør kr 178 022 110, og dette beløpet referer seg både til kostnader som er betalt til IBM, Telenors interne prosjektkostnader og Telenors kostnader til eksterne konsulenter i prosjektet. Ved utregningen av erstatningsbeløpet er det videre gjort et fradrag for all hardware som Telenor har kjøpt fra IBM, 19 % fradrag for kjøp av software fra IBM, samt 4 % fradrag for utgifter som er påløpt i forbindelse med IBMs timer til medgått utvikling av BIM, 4 % av Telenors interne prosjektkostnader og 4 % av utgiftene til forprosjektanalysen.

Telenor erstatningskrav for forgjeves prosjektkostnader er videre fremsatt med bakgrunn i bestemmelsen i GCC punkt 22.2.3 første avsnitt som har slik ordlyd:

«A Party is obliged to compensate the other Party for any direct costs or loss as a result of a Party's breach of any obligation in the Program Contracts.»

Det er ikke omtvistet at det er den positive kontraktsinteresse som kan kreves erstattet etter ovennevnte bestemmelse. Prosjektkostnader som Telenor krever erstattet er imidlertid oppfyllelsesutgifter som etter rettens vurdering faller inn under den negative kontraktsinteresse. Retten bemerker at den negative og positive kontraktsinteresse har ulike årsaksperspektiver. Den negative kontraktsinteresse dreier seg om følgene av å stole på at det blir en kontrakt, mens den positive kontraktsinteresse dreier seg om følgene av at kontrakten har blitt misligholdt. Kostnadene til prosjektgjennomføringen må som et klart utgangspunkt sies å være forårsaket av den inngåtte avtale, og ikke av IBMs mislighold. Når det gjelder denne sondringen viser retten til Viggo Hagstrøm «Obligasjonsrett» side 520-523.

Det bemerkes at Telenor likevel har anført at de forgjeves prosjektkostnadene er tapsposter som faller inn under den positive kontraktsinteresse. Telenor har i denne forbindelse gjort gjeldende at det er en presumpsjon for at kontraktsgjenstanden uten mislighold skulle fått en verdi tilsvarende anskaffelseskostnadene, og at Telenor har krav på å få erstattet verditapet som oppsto som følge av IBMs mislighold. Til støtte for et slikt synspunkt er det vist til Torsten Iversen «Erstatningsberegning i kontraktsforhold» side 683-687 og Lasse Simonsen «Prekontraktuelt ansvar» side 309.

Retten finner at det etter gjeldende norsk rett ikke er rom for at slike oppfyllelsesutgifter som det her er tale om kan falle inn under den positive kontraktsinteresse. Retten viser som nevnt til Hagstrøm på dette punkt. Det bemerkes for øvrig at Iversen, som Telenor særlig har påberopt til støtte for sitt syn, også synes å være av den oppfatning at norsk teori har en mer avvisende holdning til at forgjeves kostnader kan kreves erstattet som ledd i den positive kontraktsinteresse. Det vises i denne forbindelse til Iversen «Erstatningsberegning i kontraktsforhold» på side 660. Telenor har heller ikke kunnet vise til noen norske rettsavgjørelser hvor det har blitt tilkjent erstatning for forgjeves prosjektkostnader med bakgrunn i den positive kontraktsinteresse. Etter rettens vurdering er dette tapsposter som faller inn under den negative kontraktsinteresse, og da må det også foreligge et særskilt ansvarsgrunnlag for å statuere erstatningsplikt, jf. Rt-2002-1110. Retten er derfor kommet til at Telenors anførsler på dette punkt ikke kan føre frem.

Telenor har subsidiært gjort gjeldende at oppfyllelsesutgifter uansett kan kreves erstattet som følge av at IBM skal ha handlet grovt uaktsomhet og illojalt under utførelsen av prosjektet. Til støtte for denne anførselen har Telenor vist til to Høyesterettsavgjørelser (Rt-1938-602 og Rt-2002-1110) som er nærmere omtalt av Hagstrøm «Obligasjonsrett» på side 523, hvorfra hitsettes:

«Kreditor som krever erstatning for mislighold av hovedforpliktelsen, må i utgangspunktet etter kravet om årsakssammenheng være avskåret fra å få dekket tapsposter som inngår i den såkalte negative kontraktsinteresse. Disse tapspostene er ikke forårsaket av misligholdet. Konsekvensen av årsaksbetraktningen må imidlertid være at kreditor etter en gyldig avtale i visse tilfelle kan kreve erstatning for poster under den negative interesse p.g.a. mislighold av biforpliktelser. Dette er lagt til grunn i blårevdommen i Rt-1938-602.

Rt-2002-1110 følger linjen fra blårevdommen og lar klanderverdige forhold ved avtaleinngåelsen være grunnlag for erstatning av forhandlings- og slutningsutgifter (utgifter til revisor og advokat i forbindelse med inngåelsen av avtale om kjøp av samtlige aksjer i et selskap, og til gjennomføringen av kjøpet). Selgers representant hadde tilbakeholdt vesentlig informasjon om selskapets økonomiske stilling.»

Retten bemerker at det følgelig var selgers klanderverdige forhold ved avtaleinngåelsen som utgjorde et særskilt ansvarsgrunnlag for å statuere erstatningsplikt også for tapsposter som falt inn under den negative kontraktsinteresse. Felles for de to avgjørelsene er at det klanderverdige forholdet ble begått før utgiftene ble pådratt. Det nevnes for øvrig at det i Rt-2002-1110 også ble lagt til grunn at det var lite trolig at kjøpet i det hele tatt hadde kommet i stand dersom selgerens representant hadde gitt kjøperen de sentrale opplysningene som kjøperen hadde krav på å få.

Situasjonen er annerledes i nærværende sak. Det er ikke grunnlag for å hevde at IBM opptrådte på noen klanderverdig måte ved avtaleinngåelsen. Telenors bebreidelser retter seg i all hovedsak mot IBMs utførelse under prosjektet. Etter rettens vurdering kan mislighold av avtalte kontraktsforpliktelser under en prosjektgjennomføring ikke medføre erstatningsplikt for tapsposter som faller inn under den negative kontraktsinteresse. Dersom det motsatte skulle legges til grunn vil det ikke bare være «i visse tilfelle» (som Hagstrøm nevner) at erstatning for den negative kontraktsinteresse kan kreves ved en gyldig avtale. Retten er heller ikke kjent med noen rettspraksis som har statuert erstatningsplikt for tapsposter som faller inn under den negative kontraktsinteresse i lignende tilfeller. Retten er derfor kommet til at Telenors subsidiære anførsel på dette punkt ikke kan føre frem. Spørsmålet om IBM har handlet grovt uaktsomt vil for øvrig bli nærmere behandlet i punkt 4.9 nedenfor i forbindelse med Telenors krav om erstatning for fortjenestetap.

Retten finner ellers grunn til å bemerke at det ikke kan utelukkes at Telenor kan ha blitt påført økte kostnader i prosjektet som har vært forårsaket av IBMs mislighold, herunder i forbindelse med IBMs endringshåndtering. Slike eventuelle tapsposter kunne ha vært krevd erstattet under den positive kontraktsinteresse. Telenor har imidlertid ikke krevd erstatning for eller gjort noe forsøk på å konkretisere og dokumentere slike tapsposter. Retten har derfor verken noen foranledning til eller noe grunnlag for å gå nærmere inn på dette. Telenor har «satset alt på ett kort» og basert sitt erstatningskrav på at forgjeves prosjektkostnader faller inn under den positive kontraktsinteresse, men retten har som nevnt kommet til at et slikt erstatningskrav ikke kan føre frem.

Telenor har imidlertid krevd erstatning for en konkret tapspost som vedrører utgifter på kr 1 640 116 som Telenor ble påført under forhandlingene med IBM høsten 2007. Det er her gjort gjeldende at IBM handlet illojalt og uaktsomt, og at Telenor som følge av IBMs klanderverdige opptreden ble påført unødige forhandlingsutgifter. Så vidt retten har forstått Telenors anførsler hevdes det blant annet at IBM gjorde et for dårlig forarbeid forut for forhandlingene, at IBM ikke var koordinerte i forhold til sine utspill overfor Telenor, at IBM må ha innsett at de umulig ville klare å levere i henhold til de parameterne som partene ble enige om i august 2007, at IBM på tross av dette fortsatte forhandlingene og at IBM forledet Telenor til å tro at en løsning var innen rekkevidde. Telenor har også fremhevet at IBMs forutsetninger for parameterne som partene ble enige om i august 2007 ikke ble gjort kjent for Telenor før to uker senere.

Retten bemerker at det følger av GCC punkt 30.2 at det skal avholdes forhandlinger mellom partene dersom det oppstår tvister i kontraktsforholdet. Etter rettens syn skal det derfor også relativt mye til for å kunne fastslå at en part har handlet uaktsomt og illojalt i forbindelse med at slike forhandlinger kreves og gjennomføres. Ut fra de vitneforklaringer retten har hørt virker det som om de parameterne som partene diskuterte seg frem til i august 2007 var basert på en skinnenighet. Retten finner ikke holdepunkter for at IBM bevisst skal ha skjult sine forutsetninger for Telenor i denne forbindelse. Det er videre på det rene at IBMs forutsetninger uansett ble kjent for Telenor to uker senere, og at forhandlingene likevel fortsatte i flere uker. Retten kan derfor vanskelig se at IBM opptrådte klanderverdig og at Telenor ble forledet til å fortsette forhandlingene på bristende forutsetninger. Det er for øvrig heller ikke uvanlig at det i tvister forhandles selv om partene kan stå langt fra hverandre. I dette tilfelle var det som nevnt også fastsatt en forhandlingsplikt for partene i kontrakten, og retten finner ikke grunnlag for at IBM opptrådte på noen klanderverdig måte som kan medføre erstatningsansvar for Telenors forhandlingsutgifter.

4.8 Prisavslag

For det tilfelle at det ikke gis medhold i erstatningskravet for forgjeves kostnader, har Telenor subsidiært krevd prisavslag for verdireduksjonen som mangelen utgjør. Det er anført at verdien av IBMs ytelse i mangelfri tilstand må presumeres å tilsvare vederlaget som Telenor har betalt til IBM. Leveransen fra IBM anføres videre å ha en meget begrenset verdi som følge av at prosjektet ikke lot seg realisere, og gjenbruksverdien er beregnet på samme måte som for det prinsipale erstatningskrav (alle kostnadene forbundet med kjøp av hardware, 19 % av kostnadene for kjøp av software, 4 % av kostnadene for IBMs timer til utvikling av BIM, 4 % av kostnadene for IBMs timer under Core Teamavtalene og 4 % av kostnadene for forprosjektanalysen). Basert på den anførte gjenbruksverdi utgjør verdireduksjonen og prisavslagskravet kr 138 492 552. Kravet er videre fremsatt med bakgrunn i bestemmelsen i GCC punkt 22.2.2 som har slik ordlyd:

«In the case of defects in the performance of the Contractor that has not been rectified according to clause 22.1.2, the Customer is entitled to a corresponding reduction in the price. If the Contractor has not fulfilled its obligations to rectify the Customer may, in its sole discretion, choose whether he will engage a third

Party to ensure the corrections according to clause 22.1 or demand a reduction in price according to this clause 22.2.2.»

Partene er på flere punkter uenige om forståelsen og rekkevidden av ovennevnte bestemmelse. Som tidligere nevnt er retten kommet til at IBMs mislighold i forhold til CP4/BIM utgjør en mangel og ikke noen forsinkelse. IBM kan derfor heller ikke høres med at prisavslagsbestemmelsen ikke er anvendelig i dette tilfelle. Det bemerkes videre at IBM på tross av Telenors innsigelser heller ikke rettet opp mangelen, og Telenor har da også rett til å kreve prisavslag.

Det neste spørsmål blir hvordan prisavslaget skal beregnes etter ovennevnte bestemmelse. Etter rettens vurdering må bestemmelsen tolkes slik at kunden har krav på et forholdsmessig prisavslag basert på den verdireduksjon som mangelen har ført til. Ordene «corresponding reduction in price» kan ikke forstås slik at dette refererer seg til kostnadene ved å få mangelen utbedret slik IBM har anført. Det forhold at leverandørens utbedringsplikt nevnes i samme setning har etter rettens syn kun sammenheng med at prisavslag først kan kreves etter at det er klart at leverandøren ikke har oppfylt sin plikt til å utbedre den aktuelle mangel.

Avtalens formål og reelle hensyn taler også for at prisavslaget ikke kan beregnes ut fra hva det vil koste å få mangelen utbedret. Retten bemerker at det her dreier seg om en utviklingsavtale med IT-leveranser som er spesialtilpasset for en kunde. Når leverandøren, som har designet løsningen, ikke klarer å utbedre en mangel etter langt tid, er det naturlig nok også en meget stor fare for at heller ingen andre klarer dette. Det vil derfor også være nærmest umulig å forsøke å angi hva kostnadene ved å få mangelen utbedret vil kunne utgjøre i slike tilfeller. Retten anser derfor at IBMs henvisning til avhendingsloven § 4-12 og rettspraksis på dette området har liten relevans.

Ettersom det dreier seg om leveranser som er spesielt utformet for kundens individuelle behov vil det heller ikke være noe marked for å omsette denne type leveranser. Etter rettens vurdering må omsetningsverdien derfor settes til bruksverdien. Retten viser i denne forbindelse til Hagstrøm «Obligasjonsrett» side 398-399, hvorfra hitsettes:

«Den tradisjonelle kjøpsrettslære har hatt et visst gjennomslag på tilgrensede kontraktsområder, fremfor alt entrepriseretten. Et prisavslag forutsetter her reduksjon i byggets omsetningsverdi, slik at forringet anvendelighet for byggherren ikke er tilstrekkelig (jfr. NS-3430 pkt. 32.5). Men fordi en del anlegg, så som broer, er spesielt utformet for individuelle behov og/eller vanskelig kan finne andre eiere, vil omsetningsverdien lett måtte settes til bruksverdien.»

Før retten går nærmere inn på beregningen av prisavslaget bemerkes det at IBM har anført at en eventuell verdireduksjon utelukkende skyldes Telenors egen beslutning om å ikke videreføre prosjektet. Denne anførselen kan imidlertid ikke føre frem. Som retten tidligere har bemerkt ovenfor (punkt 4.6) har bevisførselen vist at Telenor hadde et klart ønske om å gå videre med prosjekt ICON, men at dette ikke lot seg gjennomføre som følge av IBMs mislighold.

Det var IBMs mislighold i forhold til CP4/BIM som førte til at BIM ikke kunne settes i full produksjon, og retten legger til grunn at dette også var den direkte årsaken til at prosjekt ICON strandet. Modulen for basis infrastruktur (BIM) skulle utgjøre grunnlaget og forutsetningen for applikasjonsmigring. Det var følgelig heller ikke mulig å gjennomføre serverkonsolideringsprosjektet med en BIM som ikke hadde den nødvendige funksjonalitet. Manglene ved BIM vil derfor naturlig nok også påvirke verdien av den øvrige del av leveransen fra IBM ettersom prosjektet ikke lot seg realisere.

Etter rettens vurdering var det heller ikke noe mulig alternativ for Telenor å forsøke å videreføre prosjekt ICON selv eller gjennom å engasjere en annen leverandør. Bakgrunnen for at Telenor engasjerte IBM var at Telenor selv ikke hadde kompetanse til å gjennomføre et så stort og komplisert serverkonsolideringsprosjekt. IBM ble videre etter en omfattende og langvarig kvalifiseringsprosess vurdert å være den best kvalifiserte leverandøren i markedet til å gjennomføre dette prosjektet. Det bemerkes videre at det var IBM som sto for designarbeidet av programmet/løsningene, herunder anbefalte produkter til dette, hvorav en stor del av softwaren var IBMs egne produkter. Prosjektet pågikk videre gjennom flere år. Det må også ses hen til at IBM i lang tid hadde vært kjent med de aktuelle endringer i CP4, og at IBM på tross av dette aldri klarte å utarbeide noen fullverdige estimater for det nødvendige endringsarbeidet, herunder konsekvensbeskrivelser med hensyn til risiko, arbeidsomfang, leveringsplan og kostnader. Etter rettens vurdering kan det da vanskelig forventes at noen andre ville være i

stand til å videreføre prosjektet. Som retten tidligere har bemerket virker det som om det var de sikkerhetsrelaterte CRene i CP4 som voldt størst problemer for IBM, herunder at det var svært vanskelig å implementere disse i ettertid.

Retten bemerker videre at Telenor fortsatt hadde et prekært behov for en ny og fremtidsrettet infrastruktur på serversiden. Ettersom det ikke var mulig/forsvarlig med noen videreføring av prosjekt ICON, besluttet Telenor i juni 2008 å gjennomføre et nytt serverprosjekt hvor det ble valgt en annen strategi med enklere løsninger. I stedet for å flytte alt utstyr fra eksisterende datahaller inn i en datahall på Fornebu (som det ble lagt opp til i prosjekt ICON) har Telenor nå knyttet seks eksisterende datahaller sammen til ett logisk datasenter. Det var videre nødvendig å «plukke fra hverandre» BIM-leveransen slik at Telenor blant annet kunne bygge nødvendige sikkerhetsløsninger fra grunnen av. Retten viser i denne forbindelse til vitneforklaringene fra Bjørn Sætre og Helge Skrivervik.

Ettersom det ble valgt andre og enklere løsninger i det nye serverprosjektet fant Telenor det også forsvarlig å gjennomføre dette selv, men Telenor har leid inn spisskompetanse på de områder hvor det har vært behov for dette. Terje Aarhus har i sin vitneforklaring for retten framholdt at det nye serverprosjektet så langt har holdt tidsplanen og at Telenor regner med å ferdigstille dette prosjektet til en kostnad på under kr 100 000 000. Aarhus forklarte videre at de internt i Telenor gjennomgikk hele arkitekturen i prosjekt ICON for å se hva de kunne gjenbruke av leveransen fra IBM i det nye serverprosjektet. Aarhus mfl. utarbeidet i denne forbindelse også et notat av 9. oktober 2008 hvor det ble foretatt en utrangeringsvurdering av leveransen fra IBM. Det er videre denne vurderingen som ligger til grunn for beregningen av Telenors prisavslagkrav hvor gjenbruksverdien av IBMs leveranse er satt til 100 % av kostnadene forbundet med kjøp av hardware, 19 % av kostnadene for kjøp av software, 4 % av kostnadene for IBMs timer til utvikling av BIM, 4 % av kostnadene for IBMs timer under Core Teamavtalene og 4 % av kostnadene for forprosjektanalysen. Basert på denne verdsettingen av gjenbruksverdien, som også ligger til grunn for Telenors regnskapsmessige nedskrivninger, utgjør verdireduksjonen i leveransen kr 138 492 552.

Retten finner det klart at leveransen fra IBM hadde en begrenset bruksverdi for Telenor ettersom prosjekt ICON ikke lot seg realisere som følge av IBMs mislighold. Under de rådende omstendigheter var det etter rettens vurdering også nødvendig for Telenor å gjennomføre serverprosjektet på en annen måte med valg av andre løsninger. Retten er imidlertid kommet til at gjenbruksverdien av leveransen fra IBM må settes noe høyere enn det Telenor har lagt til grunn.

Gjenbruksverdien for software er av Telenor fastsatt til 19 % ettersom det anføres at den øvrige del av softwareleveransen på 81 % var tilpasset løsningen i Prosjekt ICON, men som ikke kunne brukes i løsningen i det nye serverprosjektet. I vedlegg 1 til utrangeringsnotatet av 9. oktober 2008 er det videre inntatt en liste over all softwaren fra prosjekt ICON, og det er gitt en stikkordsmessig begrunnelse i forhold til hva som kunne gjenbrukes av dette. Basert på vitneforklaringen til Terje Aarhus legger retten til grunn at Telenor ikke kunne gjenbruke størsteparten av softwaren. Etter rettens vurdering er det imidlertid ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at gjenbruksverdien bør settes som lavt som 19 %. Bevisførselen kunne med fordel ha vært noe mer utdypende på dette punkt, herunder i forhold til de nærmere vurderinger og utredninger som ble foretatt av Telenor i forbindelse med softwarevalget i det nye prosjektet. Det foreligger derfor noen usikkerhetsfaktorer som etter rettens syn tilsier at gjenbruksverdien bør settes noe høyere enn det Telenor har lagt til grunn.

Rettens er også av den oppfatning at IBMs utviklingsarbeid med BIM og IBMs arbeid under Core Teamavtalene har en noe større gjenbruksverdi enn 4 %. Telenors fastsettelse av denne gjenbruksverdien synes kun å være basert på IBMs timer som direkte antas å knytte seg til gjenbruken av hardware- og software løsningene (storage og backup). Det må imidlertid antas at arbeidet og utredningene som IBM utførte også kan inneholde enkelte andre elementer som hadde en verdi for Telenor. Retten viser blant annet til at IBMs arbeid med sikkerhetsarkitekturdokumenter synes å ha blitt benyttet av Telenor i det nye serverprosjektet. Gjenbruksverdien av IBMs arbeid med forprosjektanalysen bør også settes noe høyere enn 4 %. Selv om det ble gjort bruk av andre løsninger i det nye serverprosjektet må det likevel antas at forprosjektanalysen inneholdt enkelte andre elementer som kunne gjenbrukes. Retten bemerker blant annet at forprosjektanalysen inneholdt en kartlegging og en «asis» analyse av Telenors eksisterende produksjonsmiljø som skulle benyttes ved det senere designarbeidet i prosjektet. Etter rettens vurdering må det antas at dette arbeidet også har hatt en viss verdi for Telenor i forbindelse med det nye serverprosjektet.

Retten bemerker at vurderingen av en gjenbruksverdi i et tilfelle som det foreliggende inneholder flere usikkerhetsfaktorer, og fastsettelsen må nødvendigvis derfor også bli skjønnsmessig. Etter en samlet vurdering

finner retten at gjenbruksverdien av IBMs leveranse bør settes kr 26 500 000 høyere enn det Telenor har lagt til grunn. Verdireduksjonen som den foreliggende mangel har ført til settes derfor også skjønnsmessig til kr 111 992 552.

IBM har gjort gjeldende at det likevel ikke kan tas hensyn til en verdireduksjon for hele leveransen som Telenor har betalt for. I følge IBM må et prisavslag kun ta utgangspunkt i leveransene under den modulavtale som anføres å være misligholdt, hvilket i dette tilfelle er BIM-avtalene. IBM har videre anført at mislighold av en modulavtale ikke kan gi grunnlag for prisavslag på feilfrie leveranser under andre modulavtaler.

Som retten tidligere har bemerkt, var BIM grunnlaget og forutsetningen for den etterfølgende applikasjonsmigring. IBMs mislighold førte til at BIM ikke kunne settes i produksjon for å motta applikasjonsmigringen, og prosjekt ICON kunne derfor heller ikke realiseres. At et slikt mislighold også ville påvirke verdien av den øvrige leveransen i prosjektet var etter rettens vurdering både synbart og påregnelig for IBM. Retten finner at det heller ikke er grunnlag for noen slik innskrenkende fortolkning av prisavslagsbestemmelsen i GCC punkt 22.2.2 som IBM har gjort gjeldende. Bestemmelsen må etter rettens syn forstås slik at kunden har krav på et forholdsmessig prisavslag som tilsvarer hele verdireduksjonen som mangelen har medført.

Det kan naturlig nok avtales begrensninger i en prisavslagsbestemmelse. Det er ikke uvanlig at dette gjøres i forhold til erstatningsbestemmelser ettersom man i erstatningstilfellene kan få en rekke andre tapskomponenter som både kan bli høye og som det kan være vanskelig å overskue på avtaletidspunktet. Partene har også avtalt visse begrensninger i erstatningsbestemmelsen i GCC punkt 22.2.3 annet avsnitt hvor det står at erstatningen er begrenset til:

«1) kr 10.000.000; or

2) the amount of the price of the relevant Project Contract that has caused the damages and losses. If periodical or recurring payment, 12 months' charges apply»

Retten bemerker imidlertid at prisavslagsbestemmelsen i GCC punkt 22.2.2 ikke inneholder noen tilsvarende ansvarsbegrensninger. Ordlyden er her generelt utformet og den inneholder ingen henvisninger til noe maksimalbeløp eller enkeltkontrakter i prosjektet. Retten kan vanskelig se det på annen måte at dette også har vært tilsiktet slik Telenor anfører. Etter rettens syn kan det ikke innfortolkes en betydelig ansvarsbegrensning i ettertid som det ikke er noen dekning for i ordlyden.

Retten er etter dette kommet til at Telenor har krav på et forholdsmessig prisavslag som tilsvarer hele verdireduksjonen som mangelen har medført, og som retten etter en skjønnsmessig helhetsvurdering har fastsatt til kr 111 992 552.

4.9 Erstatningskrav for fortjenestetap

Telenor har også krevd erstatning for et fortjenestetap på kr 80 000 000. I følge Telenor ville prosjekt ICON minst ha gitt en slik fortjeneste på sikt i form av inntekter og kostnadsbesparelser dersom prosjektet hadde blitt ferdigstilt.

Etter GCC punkt 22.2.3 første avsnitt er det et vilkår for å tilkjenne erstatning for indirekte tap at dette må være resultat av et kontraktsbrudd hvor leverandøren har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt.

Telenor har vist til en rekke forhold ved IBMs prosjektledelse som anføres å være mangelfullt, og som samlet sett i følge Telenor også må karakteriseres som en grov uaktsom opptreden fra IBMs side. Det er videre gjort gjeldende at dette var den direkte årsaken til at prosjekt ICON ikke lot seg realisere.

Uttrykket «grov uaktsomhet» er ofte benyttet i kontraktklausuler og standardvilkår i forbindelse med regulering av erstatningsansvar. Retten legger i nærværende sak til grunn samme forståelse av dette uttrykket som førstvoterende i Rt-1989-1318:

«For at en oppførsel skal kunne karakteriseres som grovt uaktsom, må den etter mitt syn representere et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet.»

Det er på det rene at IBM hadde et prosjektlederansvar, hvilket fremgår av GCC punkt 7.1 femte avsnitt og GCC punkt 19.3. Basert på de dokumenter som er fremlagt, og de vitneforklaringer som retten har hørt, må det etter rettens syn legges til grunn at IBMs utøvelse av dette prosjektlederansvaret ikke har vært optimal på flere områder. I forhold til kravet om årsakssammenheng er det imidlertid misligholdet som førte til at prosjektet strandet som er det sentrale, hvilket var misligholdet i forhold til CP4/BIM. Retten finner at IBM kan klandres for at det aldri ble utarbeidet nødvendige estimater for endringsarbeidene i CP4. Som ledd i sitt prosjektlederansvar hadde IBM ansvar for å sikre at det var en forsvarlig og hensiktsmessig endringshåndtering i prosjektet. IBMs utøvelse av prosjektlederansvaret må derfor også kunne sies å være mangelfullt på dette punkt når slike nødvendige estimater ikke ble utarbeidet, jf. GCC punkt 19.3 og annex 9 til GCC punkt 3.2.

Spørsmålet blir likevel om IBMs mislighold av prosjektlederansvaret kan karakteriseres som grovt uaktsomt. Det dreier seg her om et omfattende og komplekst IT-prosjekt. Nedskjæringen til «mandatory scope» kom videre som en følge av at Telenor ønsket å redusere kostnader i prosjektet for å oppnå en positiv forretningsverdi. Denne nedskjæringen skapte imidlertid utfordringer ettersom Telenor senere i prosjektet likevel ønsket å benytte noe av den funksjonaliteten som tidligere var tatt ut av scopet til BIM MAC-avtalen. Det vises i denne forbindelse til at det kom et betydelig antall «Change Requests», herunder over hundre stykker i perioden fram til mars 2007. Partene synes også å være enige om at dette er et uvanlig høyt antall endringer.

Retten har videre kommet til at det kun er tre av de tjueseks CReerne i CP4 som kan anses å inneholde funksjonalitet som opprinnelig var omfattet av «BIM mandatory scope». Nå det gjelder CP3 fremgår det av tilleggssavtalen SA4a at fjorten av de totalt atten CReene er klassifisert å være utenfor «BIM mandatory scope». Det har for øvrig ikke vært noen bevisførsel i forhold til CReene i CP1 og CP2. Etter rettens syn må det da også legges til grunn at den alt overveiende del av det høye antallet «Change Requests» gjelder endringer som var utenfor det scope som opprinnelig var avtalt.

Retten bemerker også at scopedokumentet, som er inntatt som attachment 2 til BIM MAC-avtalen, ble gjennomgått og akseptert av begge parter. Det høye antallet endringer som kom i ettertid kan muligens tyde på at scopefastsettelsen, herunder nedskjæringen til «mandatory», ikke var tilstrekkelig forankret hos Telenors linjeorganisasjon som var de som senere skulle ta leveransen i bruk. I denne forbindelse nevnes at IBM også har vist til at Telenor ikke oppfylte sitt ressursbidrag i prosjektet, og det fremgår for øvrig av tilleggssavtalen SA8a/06 at det ble kompensert for dette.

Telenors anførsler bærer preg av at alle utfordringene og problemene som oppsto i prosjektet på en eller annen måte kan tilbakeføres til en svikt ved IBMs prosjektledelse. Slik retten ser det er bildet noe mer nyansert enn dette, og det vises til de forhold som det er redegjort for ovenfor.

Retten finner imidlertid som nevnt at IBM kan klandres for at det aldri ble utarbeidet nødvendige estimater for endringsarbeidene i CP4. Det nevnes i denne forbindelse at IBM i lang tid hadde vært kjent med de aktuelle endringer. IBM var videre kjent med at funksjonaliteten i CP4 måtte implementeres før BIM kunne settes i full produksjon. Det lå videre under IBMs prosjektlederansvar å håndtere endringer på en forsvarlig måte. Etter rettens syn hadde IBM også plikt til å varsle dersom det eventuelt var noen tekniske problemer i forhold til å implementere endringene. Prosjektet fortsatte imidlertid og IBM påtok seg i SA8a/07 en uttrykkelig forpliktelse til både å utarbeide et «Change Estimate» for endringene i CP4 og til å levere denne funksjonaliteten i henhold til prosedyrene i GCC punkt 21. Retten finner det derfor ikke tvilsomt at IBM også hadde en leveringsforpliktelse og et resultatansvar i denne forbindelse.

Bakgrunnen for at IBM likevel ikke klarte å utarbeide de nødvendige estimater som avtalt synes å være at denne oppgaven ble langt mer komplisert enn det IBM hadde forutsett. Retten viser i denne forbindelse til den etterfølgende epostkorrespondansen mellom partene. Det forhold at IBM undervurderte omfanget og vanskelighetsgraden av endringsarbeidet kan videre tyde på at IBM hadde mistet kontrollen over dette. IBMs videre opptreden i prosjektet taler etter rettens syn også for at IBM fryktet at de ikke ville klare å levere og implementere funksjonaliteten i CP4 på en slik måte som gjorde det mulig å sette BIM i full produksjon.

Selv om IBM hadde et prosjektlederansvar, og misligholdet av dette fikk store konsekvenser, mener retten at det ved uaktsomhetsvurderingen må hensyntas at det også var forhold på Telenors side som bidro til å gjøre utviklingsarbeidet vanskelig. Det var riktignok opp til IBM å håndtere de endringer som kom på en forsvarlig måte, men når det dreier seg om et så vidt høyt antall endringer som i dette tilfelle, bør det også oppstilles en høy terskel for at svikt og feilvurderinger i forbindelse med endringshåndteringen kan sies å ha vært grov

uaktsom. Etter rettens vurdering kan IBMs opptreden under de rådende omstendigheter ikke karakteriseres som sterkt klanderverdig, eller at IBM er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet. Retten legger i denne forbindelse særlig vekt på at den alt overveiende del av det høye antallet «Change Requests» gjaldt endringer i forhold til funksjonalitet som var utenfor det scope som opprinnelig var avtalt mellom partene.

Ettersom retten har kommet til at det ikke foreligger grov uaktsomhet, kan Telenors krav om erstatning for fortjenestetap heller ikke føre frem. Det er derfor ikke nødvendig for retten å gå nærmere inn på partens øvrige anførsler under dette punkt.

4.10 Motkrav fra IBM som kommer til fradrag i Telenors prisavslagskrav

IBM har fremmet et motkrav på kr 29 392 395 inkl.mva som gjelder fakturaer for leveranser i prosjektet som ikke er blitt betalt av Telenor. IBM har også krevd forsinkelsesrenter regnet fra forfallsdatoene til de ulike fakturaene.

Retten har i punkt 4.8 ovenfor kommet til at Telenor har krav på et forholdsmessig prisavslag for den verdireduksjonen som den foreliggende mangel har ført til. Dette vil også gjelde i forhold til den del av leveransen som Telenor ikke har betalt for.

Telenor har erkjent betalingsplikt for hardwaren som er tatt i bruk og for en gjenbruksverdi på 4 % av den øvrige del av denne leveransen, hvilket utgjør et samlet beløp på kr 1 192 106 som inkluderer merverdiavgift og forsinkelsesrenter frem til 22. august 2008 da Telenor erklærte motregning.

Retten finner også her at det må antas at leveransen fra IBM har hatt en større gjenbruksverdi enn det Telenor har lagt til grunn. Gjenbruksverdien inkl.mva og tillegg av forsinkelsesrenter frem til 22. august 2008 fastsettes etter skjønnsmessig helhetsvurdering til et beløp på kr 5 800 000. Begge parter har videre krevd at det skal gjøres fradrag for motkravet til IBM i et berettiget krav fra Telenor som retten har fastsatt til kr 111 992 552. Det vil etter dette bli gitt dom for at IBM skal betale kr 106 192 552 til Telenor, mens Telenor etter det foretatte fradrag blir å frifinne for motkravet fra IBM. Telenor har videre krevd forsinkelsesrenter av det gjenstående beløp fra 21. september 2008 til betaling skjer. Rentekravet er ikke bestridt og tas til følge.

4.11 Sakskostnader

Saken gjelder flere krav og det samlede utfall vil være avgjørende for sakskostnadsavgjørelsen. Ut fra det resultat som retten har kommet til kan ingen av partene anses for å ha vunnet saken etter tvisteloven § 20-2 første og annet ledd. Det vises til at Telenor er blitt tilkjent et prisavslag, som etter fradrag for IBMs motkrav, utgjør kr 106 192 552 med tillegg av forsinkelsesrenter. Telenor har imidlertid ikke fått medhold i sine erstatningskrav. Flere av tapspostene som Telenor har krevd dekket har derfor heller ikke ført frem. Det forhold at det er nedlagt en påstand om betaling etter rettens skjønn er ikke avgjørende. Telenor har i realiteten fremmet krav om at IBM skal betale kr 258 022 110, og dette kravet består av en rekke tapsposter. Beløpet som det gis dom for utgjør under halvparten av det krav som Telenor har fremmet.

Retten har vurdert tvisteloven § 20-3, men det anses ikke å foreligge slike tungtveiende hensyn som kan begrunne anvendelse av denne unntaksbestemmelsen. Begge parter har fått medhold av betydning i forhold til sakens tvistepunkter og krav. Sakskostnader vil derfor heller ikke bli tilkjent.

Som følge av sakens omfang og kompleksitet har det ikke vært mulig å avsi dom innen fristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd.

Slutning

- 1. International Business Machines AS dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale 106.192.552 – hundreogseksmillioner etthundreogtittitusen femhundreogfemtito – kroner, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 21. september 2008 til betaling skjer.*
- 2. Telenor ASA frifinnes for motkravet fra International Business Machines AS.*
- 3. Sakskostnader tilkjennes ikke.*