

VIA E-MAIL: [chaga@digst.dk](mailto:chaga@digst.dk) / [ministeriernes-projekt kontor@digst.dk](mailto:ministeriernes-projekt kontor@digst.dk)  
Digitaliseringsstyrelsen  
Landgreven 4  
1017 København K  
Att.: Chefkonsulent Charlotte Gall

H.C. Andersens Boulevard 45  
1553 København V

Telefon 33 43 70 00  
foreningl@danskeadvokater.dk  
www.danskeadvokater.dk

Dok.nr. D-2012-038408

23. november 2012

### **Vedr.: Høring over standardkontrakten K03**

Danske Advokater afgiver hermed høringssvar vedrørende K03 med tilhørende bilag. Dette høringssvar er udarbejdet af Danske Advokater i samarbejde med Danske IT-advokater, som er brancheorganisation for advokater i Danmark, der i væsentligt omfang beskæftiger sig med it og telekommunikation, samt er fagudvalg under Danske Advokater vedrørende it-juridiske forhold. Danske Advokater og Danske IT-advokater benævnes i det følgende samlet som "DITA".

Høringssvaret knytter sig til høringssversionen af kontrakten med bilag som offentliggjort på [borger.dk](http://borger.dk)<sup>1</sup> den 8. november 2012.

DITA forventer, at Digitaliseringsstyrelsen vil modtage et stort antal detaljerede høringssvar fra andre interessenter vedrørende kontraktens afspejling af den agile metode kontra vandfaldsmodellen, balancen mellem leverandør- og kundesideinteresser m.v. Den valgte vinkel i nærværende høringssvar er derfor primært den advokatfaglige, herunder:

- (i) Er kontrakten egnet til at forebygge og undgå tvister?
- (ii) Er kontrakten egnet til at give parterne et præcist (og samme) billede af hver parts ansvar og beføjelser i forbindelse med udbud, tilbudsafgivelse og eventuel forhandling af kontrakten, og dermed en nem og hurtig proces for samme?
- (iii) Er kontrakten forståelig for og vil den vinde generel accept hos markedets aktører og praktikere?

---

<sup>1</sup>

<https://bdkv2.borger.dk/Lovgivning/Hoeringsportalen/Sider/Fakta.aspx?hpid=2146003948>

- (iv) Understøtter kontrakten målsætningen om bedre offentlige it-projekter?
- (v) Allokere kontrakten risikoen for et givent forhold hos den part, der er nærmest til at afværge og håndtere risikoen?
- (vi) Er kontrakten velegnet også på det private marked?

Baggrunden for (i) - (v) er åbenbar. Baggrunden for (vi) er, at erfaringen med de tidligere K-kontrakter var, at de i varierende grad også vandt stor udbredelse uden for det statslige område. DITA anbefaler, at K03 i videst muligt omfang gøres egnet til anvendelse på det private område, herunder som oversat til engelsk og i forhold til leverandører, hvis referenceramme er internationale kontrakter.

Den vejledning til kontrakten og tjekliste for it-projektmodellen, der er bebudet fra Digitaliseringsstyrelsens side, foreligger ikke på tidspunktet for høringssvarets udarbejdelse. Disse dokumenter vil være væsentlige for K03-kontraktens udbredelse og succes.

Som det er sædvanligt for høringssvar ligger vægten i dette svar på de elementer, som, vi anbefaler, bliver ændret. Dette bør ikke tage fokus fra, at DITA overordnet set anser høringsversionen som et velgennemarbejdet kontraktgrundlag, som kan danne grundlag for agile udviklingsprojekter.

Nedenfor behandler DITA de væsentligste bemærkninger og forslag, som høringsversionen giver anledning til. Som bilag hertil er endvidere vedlagt en version af K03-kontrakten med en række mindre væsentlige bemærkninger indarbejdet i form af dokumentkommentarer. Punkt 1 indeholder de bemærkninger, som er generelle for kontrakten, mens punkt 2 - 7 indeholder kommentarer til specifikke kontrakttemner. Den korte høringsperiode indebærer, at DITA ikke kan kommentere bilagene, bortset fra bemærkningerne nedenfor under punkt 8.

## **1. Generelle bemærkninger**

### **1.1. Behovet for en standardkontrakt for agile projekter**

Behovet for en standardkontrakt for agile projekter på det danske marked er stort. I Danmark har kontrakter om agile projekter hidtil været baseret på tilretninger af den norske PS2000, K02, K02i eller leverandørsidens kontrakter. Der har været en tendens fra nogle aktører til at argumentere for, at en agil metode er uforenelig med sanktionering af mangler eller forsinkelse i det hele taget, hvilket ikke er tilfældet og hvilket en standardkontrakt vil gøre op med. K03 er et bedre egnet grundlag for agile projekter end de nævnte kontrakter.

### **1.2. Struktur og præcision.**

Kontrakten er i vidt omfang struktureret på samme måde som K02, hvilket er en god struktur. Kontrakten er indholdsmæssigt ikke bundet til en bestemt agil metode, men egnet til flere modeller. Behovet for tilretning af kontrakten efter valgt metode vil være mindst for de agile metoder, der udover

udviklingsarbejdet omfatter projektledelse og programorganisation (f.eks. Atern). Med de undtagelser, der følger af bemærkningerne nedenfor og af de vedhæftede dokumentkommentarer, er kontrakten egnet til at give parterne et præcist (og samme) billede af hver parts ansvar og beføjelser samt en nem proces under kontraktindgåelsesfasen.

### **1.3. Kommissoriets målsætninger - Agreed document**

Målsætningen i Digitaliseringsstyrelsens (dengang IT- og Telestyrelsens) kommissorium<sup>2</sup> var, at K03 skulle være et aftalt dokument mellem arbejdsgruppens parter (Staten samt DIT, ITB/ ITEK). På tidspunktet for høringssvaret afgivelse er det tvivlsomt, om denne målsætning vil blive nået. K18 og K33 var standardkontrakter ensidigt udarbejdet af kundesiden (Staten), hvilket havde som konsekvens, (i) at der blev taget et større antal forbehold, (ii) at leverandørsiden vedtog vejledende fælles forbehold og (iii) at aftaleindgåelsesprocessen generelt var mere tidskrævende. K01 og K02 var agreed documents, hvilket havde som konsekvens, at et antal bestemmelser var udtryk for mindre klare og/eller vanskeligt administrerbare kompromiser. DITA's holdning er imidlertid, at fordelene oversteg ulemperne. IT-kontraktområdet har således ikke nået det niveau som f.eks. entrepriseområdet i Danmark har, hvor AB 92 er en meget veletableret aftalt kontraktstandard.

DITA anser det for et tilbageslag, hvis K03 ikke bliver et agreed document. DITA vil foretrække en lidt længere proces, hvis dette kan medføre et aftaledokument, som vil have den større accept i markedet som et agreed document giver.

### **1.4. Kommissoriets målsætninger - Modular opbygning**

Kommissoriet udtrykte yderligere som målsætning, at dele af K03 skulle udgøre "kontraktuelle moduler, der gør det muligt at bruge standardkontraktens bestemmelser ad hoc og alternativt i relevant omfang alt afhængig af it-projektets størrelse, økonomiske og tidsmæssige rammer samt kontraktens genstand (it-leverance, it-rådgivning, it-projektledelse)." Denne målsætning er ikke nået, hvilket DITA beklager.

Det er DITA's forventning, at der i anvendelsen af K03 i højere grad end for K02 og især K01, vil være behov for tilretning til det konkrete projekt. Agile projekter på det danske marked varierer meget i kompleksitet, omfang, forhold vedrørende en eventuel underliggende applikation samt valg af metode. Den manglende modularitet medfører et forholdsvist stort behov for tilretning af K03 og dertil hørende rådgivning. Dette gør sig særligt gældende for emner som Afhængigheder og prismodel, jf. henholdsvis punkt 2.3 og 4 nedenfor.

---

<sup>2</sup> Kommissorium for arbejdet med udvikling af en agil standardkontrakt, 16. december 2010.

## **1.5. Forholdet til udbudsreglerne m.v.**

Ifølge høringsmaterialet skal K03 tage højde for den økonomiske ramme, der gælder for Staten samt for udbudsreglerne.

Kontrakten adresserer på en hensigtsmæssig måde, hvordan overdragelse af kontrakten og en eventuel kendelse om uden virkning skal håndteres under iagttagelse af udbudsreglerne.

Efter udbudsdirektivet skal underliggende specifikationer give tilbudsgivere lige muligheder og være så præcise, at tilbudsgiverne kan "identificere kontraktens genstand". DITA forventer, at en eventuel senere vejledning til K03 (i stil med hvad der findes til K01) vil adressere, hvordan en udbyder sikrer ligebehandling, når det på tildelingstidspunktet er uvist, hvor stor en del af kundens behov, der vil blive opfyldt.

Det er den offentlige kunde, der er nærmest til afværge de risici, som udspringer af udbudsreglerne. Der er enkelte bestemmelser med relation til udbudsreglerne, hvor dette princip ikke er fuldt ud reflekteret og som er kommenteret i bilaget til dette høringssvar under punkterne 6.3.1 og 33.4.2, men bortset herfra anser DITA vilkårene for hensigtsmæssige.

Høringsudkastet er baseret på fast pris og tid men variabelt ydelsesomfang. Dette kan være den rigtige model for et stort antal projekter, men en forkert model for andre projekter. Det begrundes ikke i høringsmaterialet, hvorfor fast pris og tid skulle være dikteret af offentligretlige krav, og forholdet kan være udtryk for et valg. Der henvises til de mere detaljerede bemærkninger under punkt 4 nedenfor.

## **1.6. Egnethed på det private marked og i en international kontekst**

Som anført ovenfor er tidligere K-kontrakter i et vist omfang blevet standarder også på det private marked. Dette er hensigtsmæssigt og der har blandt it-advokater udviklet sig erfaring og normer for, hvilke bestemmelser, der tilpasses på det private marked. Den kommende vejledning vil relativt let kunne angive, hvor tilpasningsbehovet er.

Der er således få problemer med anvendelsen af K-kontrakterne på det rent danske private marked, idet vilkårene dog i større eller mindre grad i praksis er blevet tilpasset.

Problemet er, at der på det private marked stort set ikke findes rent danske, større agile udviklingsprojekter. På kundesiden har et stort antal danske virksomheder i dag engelsk som koncernsprog og på leverandørsiden er kontraktnormerne internationale. Det er DITA's holdning, at de hidtidige engelske oversættelser af K-kontrakterne har været af for dårlig kvalitet, og at en lang række vilkår i K-kontrakterne (som går igen i K03) er unødvendigt "skræmmende" med internationale øjne og medfører unødige forbehold og forhandlinger. Dette kan ændres uden at balancen og substansen i kontraktvilkårene ændres. Dette gælder generelt for det store antal henvisninger til dansk rets almindelige regler og konkret for f.eks. vilkåret om, at det kan være en mangel, hvis ydelserne ikke lever op til, hvad "kunden med føje kunne forvente [...]". Også af hensyn til kontrakten som sikring af,

at parterne har samme billede af ansvar og beføjelser, anbefaler DITA en mere præcis beskrivelse under de vilkår, hvor der henvises til dansk rets almindelige regler. Dette udelukker ikke en Remedies Cumulative bestemmelse, som vil være sædvanlig i en international kontekst og som vil give samme materielle sikring af kundens retsstilling. Dette vil give en lidt længere kontrakt, men DITA er af den opfattelse, at fordelene opvejer denne mindre ulempe.

## **2. Ydelsesbeskrivelsen**

### **2.1. Business Case**

Det er en nyskabelse for K-kontrakterne og en væsentlig forbedring, at business casen (i høringsversionen kaldet Forretningsmæssige Mål og Behov) indgår i ydelsesbeskrivelsen. DITA anser også vilkårene vedrørende business casens placering i ydelsesbeskrivelsens struktur som hensigtsmæssig.

### **2.2. Absolutte Krav / Øvrige Krav**

Sondringen mellem Absolutte Krav og Øvrige Krav er et omdrejningspunkt for K03. Uanset at agile "purister" må forventes at anføre, at modellen strider mod et agilt hovedprincip, anser DITA sondringen for nødvendig. Det anføres i høringsmaterialet, at maksimalt 60% af kravene bør være Absolutte Krav. Kontrakten kan ikke i sig selv løse dette forhold, men agile projekter på basis af K03 vil aldrig blive en succes, hvis forholdene på kundesiden udvikler sig således, at op imod 60% af de samlede krav af kunden defineres som Absolutte Krav, uanset om kravene reelt er kritiske succeskriterier under business casen, eller hvis forholdene på leverandørsiden udvikler sig således, at estimater alene baseres på Absolutte Krav. Vejledningen og tjeklisten for it-projektmodellen vil skulle give præcise anvisninger vedrørende udmøntningen af sondringen og modenhedskrav i denne sammenhæng.

### **2.3. Afhængigheder**

Kontrakten fastsætter i punkt 13.2 og 26.1, at der kan være krydsende misligholdelsesbeføjelser mellem Delleverancer, hvis dette skyldes Afhængigheder mellem Absolutte Krav. Det må forventes, at leverandørsiden vil have den opfattelse, at kunden dermed opnår fordelene ved en faseopdelt leverance med løbende levering af fungerende software, der kan og må sættes i produktion, mens leverandørsidens risikoprofil, primært i relation til ophævelse, ikke er tilsvarende ændret. På den anden side skal alle sådanne Afhængigheder være eksplicit specificeret af kunden på kontraktindgåelsestidspunktet, hvilket kan være en praktisk udfordring.

Om K03's vilkår vedrørende Afhængigheder indebærer en rimelig risikoallokering vil bero på det konkrete projekt, værdien og brugsomfanget af allerede (betinget) overtagede Delleverancer, projektets tidsmæssige udstrækning, tilgængeligheden af udviklingsressourcer hos andre leverandører til færdiggørelse m.v. DITA henstiller, at vejledningen indeholder anvisninger vedrørende kriterierne for den rimelige risikoallokering på dette punkt.

### **3. Systemansvar og/eller indsats- og kvalitetsforpligtelse**

K03 er den første K-kontrakt uden et klart systemansvar<sup>3</sup> for leverandøren. Med hensyn til afvejningen mellem et systemansvar og en indsats- og kvalitetsforpligtelse havde K33, K18 og til dels K01 udelukkende fokus på systemansvaret, hvilket havde den u hensigtsmæssige konsekvens, at kodekvalitet, udviklingsressourcer, projektledelse m.v. indenfor kontraktens rammer kunne være af halvdårlig kvalitet og ske uden evaluering eller opfølgning undervejs, så længe kravspecifikationen endte med at blive opfyldt.

DITA er enig i den afvejning mellem systemansvar og indsats- og kvalitetsforpligtelser som K03 indeholder, herunder i at systemansvaret er begrænset og kun knyttet til Absolutte Krav. Kontrakten afspejler også, at valget mellem et systemansvar og en indsats- og kvalitetsforpligtelse ikke er et enten-eller, hvilket ind imellem ses gjort gældende. Kontrakten indeholder mekanismer om begge forhold, hvilket DITA støtter.

Kontrakten giver grundlag for at gennemføre f.eks. kodereviews med henblik på at vurdere bl.a. maintainability, hvilket indebærer en forbedring i forhold til tidligere kontrakter. Kontraktens vilkår vedrørende personelle ressourcer er også forbedrede, men der findes og anvendes i markedet kontraktmodeller, der giver endnu bedre indsigt i kvalitet, output og værditilvækst fra de enkelte udviklingsteams. I visse kontrakter er denne evaluering koblet med rapporteringskrav til timeforbrug m.v. DITA anbefaler, at tilsvarende mekanismer indarbejdes i K03.

DITA anbefaler dog, at kontrakten ændres på følgende punkt: K03 indeholder i punkt 10.2, sidste afsnit, samme vilkår som K02, punkt 5.4, hvorefter kundens deltagelse og forpligtelser også omfatter hvad "man med føje kan forvente i et projekt af denne karakter og af dette omfang". Den tilsvarende bestemmelse i K02 har givet anledning til tvister, og der sker en bedre sikring af den fælles forståelse mellem parterne - og dermed bedre projekter - med en model, hvor kundens deltagelse specificeres detaljeret enten på opgave- eller ressourceindsatsniveau.

### **4. Prismodel**

DITA er af den opfattelse, at høringsudkastets væsentligste mangel er, at kontrakten er baseret på fast pris<sup>4</sup> og tid, men variabel ydelse.

En agil projektmodel (f.eks. modellen Extreme Programming) kan være den bedst egnede til projekter med meget høje krav til kodekvalitet og sikkerhed (f.eks. medicinske eller militære projekter, som selvsagt er mest relevante for

---

<sup>3</sup> Systemansvar defineres ikke i K-kontrakterne, men indebærer, at leverandøren har en resultatforpligtelse i forhold til en leverancebeskrivelse, projektledelsesansvaret og elementer af et totalleverandøransvar, der bl.a. omfatter ansvar for alle underleverandører.

<sup>4</sup> K03 er forberedt på incitamentsmodeller, men den grundlæggende model er fast pris, jf. K03, punkt 20. Høringsudkastets bilag 14 er mindre klart, idet det pdes. anføres, at projektets budget ligger fast, mens det pdas. anføres, at K03 ikke definerer en bestemt vederlagsmodel.

offentlige systemanskaffelser), men hvor tid og pris er underordnet, eller til projekter, hvor tid er centralt (f.eks. compliance-krav, der skal opfyldes fra en bestemt dato, eller - på det private marked - it-understøttede produkter, der skal lanceres på et bestemt tidspunkt), men prisen er mindre væsentlig. Høringsudkastet vil kun kunne anvendes på sådanne projekter med væsentlige tilretninger.

Prismodellen har sammenhæng med krav til og niveau for kravlisten. Hvis den valgte prismodel i henhold til vejledningen og i praksis bliver udmøntet således, at der skal foreligge detaljerede krav, som er egnet til fastprisprojekter, går gevinsterne ved en agil model muligvis helt tabt. DITA anbefaler, at prismodellen ændres, ideelt set ved gennemførelse af den model, der er beskrevet i kommissoriet, d.v.s. en modulært opbygget kontrakt med alternative bestemmelser.

En af de store gevinster ved en agil metode er den løbende opfølgning på output af fungerende software fra udviklingsteams m.v. sammenholdt med tidsforbrug og dermed omkostninger. Høringsudkastets (herunder bilag 14's) foreslåede vilkår om måling og rapportering vedrørende tids- og ressourceforbrug er utilstrækkelige på dette punkt.

Høringsudkastet indeholder en sondring mellem Egentlige Ændringer og Agil Tilpasning, som er forståelig for it-advokater og udbudsretligt betinget. DITA forventer imidlertid, at markedet og praktikere vil finde sondringen kunstig og udtryk for en reintroduktion af noget af den kontraktadministration, som en agil metode har til hensigt at minimere.

## **5. Kundens opsigelsesadgang**

Som et blandt flere elementer i det "fast to failure"<sup>5</sup> princip, som høringsudkastene er baseret på, indeholder K03 i punkt 33.1 en udtrædelsesadgang for kunden mod betaling af det aftalte vederlag indtil opsigelsen. Vilkår om kundens opsigelsesmulighed, i forskellige afskygninger, har været udbredt på det private område i en længere årrække. Vilkåret har en række fordele (opsigelse i modsætning til ophævelse kan forhindre en tvist, leverandørens erstatningskrav for positiv opfyldelsesinteresse i tilfælde af påstået uberettiget ophævelse begrænses m.v.). På dette punkt har offentlige it-indkøbere igennem længere tid været ringere stillet end it-indkøbere på det private marked. Forholdet var omtalt allerede i DITA's høringssvar til K02, men blev ikke implementeret i K02. DITA anser det for hensigtsmæssigt, at vilkåret nu findes i en K-kontrakt.

Vejledningen bør beskrive, at store initialinvesteringer ikke må medføre, at opsigelsesmuligheden bliver illusorisk. I praksis vil der i alle større kundeorganisationer også bestå en udfordring i forhold til ejerskab/ansvar for et fejlvalg, som kontrakten kun i begrænset omfang (i givet fald i bilaget om program- eller projektorganisation) kan medvirke til at løse.

---

<sup>5</sup> Jf. Executive Summary, p. 7. Princippet udtrykt som "Test early, fail fast" eller blot "Fail fast" er veletableret for agile metoder.

## **6. Garantikatalog**

DITA anser det for en svaghed ved K-kontrakterne og dermed ved kontraktgrundlaget for størstedelen af danske systemanskaffelser, at der kun meget langsomt i udviklingen af K-kontrakterne, og fortsat utilstrækkeligt, opereres med specifikke garantikataloger. Få og generelle garantier er også usædvanligt i en international it-kontekst og ville være utænkeligt på en række andre danske kontrakttunge retsområder<sup>6</sup>.

Jo mere specifik en garanti er, jo mere værdifuld vil den være, primært fordi parterne i forbindelse med kontraktindgåelsen forholder sig til og får en fælles forståelse af garantivilkåret. Specifikke garantier reducerer antallet af tvister. Garantierne vil til dels være forskellige fra projekt til projekt, men i det store antal projekter, som vedrører konfigurering/parametrisering af og udvikling ovenpå standardapplikationer, bør en standardkontrakt indeholde specifikke garantier vedrørende f.eks. overensstemmelse med applikationsproducentens retningslinjer, mulighed for versionsløft m.v. Dette udelukker ikke, at der fortsat kan være opsamlingsgarantier vedrørende god it-skik eller tilsvarende.

Endvidere må det forventes, at de meget generelle garantier, som høringsversionen lægger op til, vil give anledning til en række forbehold eller til at relevante leverandører ikke byder på udbudte opgaver på grund af de uspecificerede og brede garantikrav.

Også på dette punkt ville en modulær opbygning af K03 have været en fordel, ligesom Digitaliseringsstyrelsen bør overveje selve indholdet af garantikataloget.

## **7. Skadesløsholdelse, direkte og indirekte tab**

DITA anbefaler, at K03 får en mere specifik regulering af, hvilke tab og krav, der skal resultere i en skadesløsholdelsesforpligtelse og hvilke tabstyper, der skal anses for direkte henholdsvis indirekte. Dansk rets almindelige regler eller en voldgiftsrets forventede vurdering er ikke klare på dette punkt, og forholdet har under de hidtidige K-kontrakter givet anledning til tvister.

Der er i det vedhæftede bilag tilføjet et antal specifikke kommentarer, herunder til indeståelsen for, at det leverede ikke krænker tredjemands immaterielle rettigheder, hvilket tilsyneladende ikke udløser skadesløsholdelse, hvilket ellers er sædvanligt.

## **8. Bilag**

Som anført i indledningen har den korte høringsfrist ikke givet mulighed for en tilstrækkelig gennemgang af høringsudkastets bilag. Bilagene følger så

---

<sup>6</sup> På f.eks. virksomhedsoverdragelsesområdet er der en lang og velindarbejdet tradition for specifikke garantier, som sælger gives mulighed for at kvalificere konkret, hvilket giver køber et højere vidensniveau; parallellen til K-kontrakternes garantimodel ville, lettere forsimplet, være, at sælger alene garanterede at have opfyldt sin loyale oplysningspligt.



vidt ses K02's model med kravlister og vejledning til bilagene. I praksis var K01's model (m.h.t. form) med modelbilag mere praktisk for markedet at arbejde med end de omfattende kravlister til K02, hvis udmøntning i det endelige bilags tekst ikke altid er klar og som ses anvendt ukritisk i et antal udbud, herunder uden hensyntagen til definerede begreber, som forudsat anvendt i medfør af kontrakten. DITA anbefaler, at der udarbejdes kommenterede modelbilag til kontrakten.

For så vidt angår licenser er der i bilag 16 valgt en model med svar og oplysninger til en række spørgsmål. DITA anser ikke denne model for hensigtsmæssig, dels fordi spørgsmål/svarene næppe vil dække de relevante tvivlstilfælde og ikke bør erstatte kundens gennemgang af og stillingtagen til, om licensaftalens indhold er acceptabelt, dels fordi modellen vil være usædvanlig i en international kontekst. Generelt må det forventes, at punkt 30 i kontrakten og samspillet med bilag 16 (licensbetingelser) vil være det punkt, hvor kontrakten vil finde mindst accept i markedet.

\* \* \*

Som anført i indledningen finder DITA, at arbejdet med udarbejdelse af en standardkontrakt for agile projekter er meget værdifuldt, og DITA håber, at Digitaliseringsstyrelsen finder dette høringssvar brugbart for den endelige version af K03 og den tilhørende vejledning. Såfremt Digitaliseringsstyrelsen måtte have spørgsmål til dette høringssvar, står DITA naturligvis til rådighed for en nærmere drøftelse.

Med venlig hilsen

Søren Skibsted  
Formand for Danske IT-advokater

Helle Hübertz Krogsøe  
Vicedirektør i Danske Advokater