

Digitaliseringsstyrelsen
Landgreven 4, Postboks 2193
1017 København K
chaga@digst.dk

H.C. Andersens Boulevard 45
1553 København V

Telefon 33 43 70 00
forening1@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

Dok.nr. D-2012-038408

17. februar 2014

Vedr. Digitaliseringsstyrelsens anmodning om anbefalinger til modernisering af statslige it-kontrakter

Danske Advokater skal hermed vende tilbage med forslag og ideer i forbindelse med Digitaliseringsstyrelsens anmodning om anbefalinger i forhold til den mulige udarbejdelse af en ny it-driftskontrakt samt en eventuel modernisering af K01-, K02- og K03-kontrakterne. Dette svar 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".

Dette svar knytter sig til Digitaliseringsstyrelsens e-mail af 17. december 2013 og er DITAs foreløbige bemærkninger. Udarbejdelse af en standardkontrakt på området vil selvsagt indebære en større grad af detaljering end dette svar kan give. Bemærkningerne tilsigter således ikke at give en udtømmende liste over relevante emner, ligesom der kan være vinkler og aspekter ved de emner, som er fremdraget i svaret, som ikke er afspejlet.

DITAs medlemmer repræsenterer såvel leverandører og kunder inden for it-branchen og såvel inden for den offentlige som den private sektor. Den valgte vinkel i DITAs anbefalinger er derfor primært den advokatfaglige, herunder:

- (i) Hvilke kontraktuelle mekanismer er egnede til at forebygge og undgå tvister?
- (ii) Hvordan sikres det, at parterne har et præcist (og samme) billede af hver parts ansvar og beføjelser i forbindelse med udbud, tilbudsafgivelse og eventuel forhandling af kontrakterne, og dermed en nem og hurtig proces for samme?
- (iii) Vil kontrakterne kunne vinde generel accept hos markedets aktører og praktikere? Herunder, hvordan det sikres, at en

statslig standard rammer et rimeligt niveau og bliver "spiselig" for leverandører.

- (iv) Er kontrakterne velegnede også på det private marked? Herunder, om kontrakterne som et (semi-) "agreed document" sætter et fornuftigt niveau og giver et "benchmark", som er acceptabelt for kundesiden på det private marked.

Baggrunden for (i) - (iii) er åbenbar. Baggrunden for (iv) er, at erfaringen med K-kontrakterne er, at de i varierende grad også har vundet stor udbredelse uden for det statslige område. I den forbindelse anbefaler DITA, at en ny statslig it-driftskontrakt i videst muligt omfang gøres egnet til anvendelse på det private område, herunder ved oversættelse til engelsk med henblik på anvendelse i forhold til leverandører med en international referenceramme.

Nærværende dokument er struktureret således, at DITAs overordnede bemærkninger til det moderniseringsprojekt, som Digitaliseringsstyrelsen planlægger at iværksætte, fremgår af punkt 2. En nærmere beskrivelse af DITAs overvejelser og bemærkninger til en eventuel ny it-driftskontrakt og modernisering af K-kontrakterne fremgår under henholdsvis punkt 3 og 4.

2 Generelle bemærkninger

2.1 Behovet for en ny standard it-driftskontrakt

Det er DITAs opfattelse, at der er et stort behov for en offentlig standard for it-driftskontrakter.

Såvel det offentlige som det private marked for it-driftsydelser er i dag primært præget af en kombination af standard-driftskontrakter fra de enkelte leverandører i markedet og en række standard-driftskontrakter udviklet af kunderådgivere, herunder DITAs medlemmer.

På tværs af disse forskellige kontrakts-paradigmer er der dog udviklet relativt stærke markedsstandarder dækkende såvel de kommercielle, operationelle og ansvarsmæssige/juridiske aspekter af it-driftskontrakter.

Det er derfor også DITAs opfattelse, at det danske marked for it-driftsydelser er så modent, at der vil være grundlag for en statslig standard for it-driftskontrakter. Under forudsætning af, at en sådan statslig it-driftskontrakt kan rodfæstes i markedet, vil dette kunne medvirke til at effektivisere gennemførelsen af tilbuds- og forhandlingsprocesser inden for både den offentlige og den private sektor.

2.2 Behovet for en modernisering af K-kontrakterne

Den status, K01- og K02- kontrakterne har opnået på såvel det offentlige og det private marked, skyldes til dels den proces, der ligger til grund for kontrakternes tilblivelse, og dels det forhold, at kontrakterne over længere tid har rodfæstet sig i markedet.

Der foreligger således et meget stort erfaringsgrundlag med K01- og K02-kontrakterne. Det kan desuden bemærkes, at der i markedet har udviklet sig en række ofte forekommende modifikationer til de enkelte kontrakter, der afspejler forskellige hensyn og risici ved de bestemmelser, der følger af K01- og K02-kontrakterne.

DITA er positiv over for en generel modernisering af K-kontrakterne, herunder muligheden for at der skabes et grundlag for en hyppigere tilpasning af kontrakterne, således at ændringer i markedsstandarder og "best practice" afspejles hurtigere.

Som nærmere beskrevet under punkt 4 ser DITA det dog som en forudsætning for dette arbejde, at processen omkring moderniseringen udformes således, at K01- og K02-kontrakterne bevarer deres status i markedet som helt eller delvist "agreed documents".

For så vidt angår en eventuel modernisering af K03 vil DITA anbefale, at der opnås et større erfaringsgrundlag med brugen af denne kontrakt, førend der iværksættes en eventuel modernisering.

3 Ny it-driftskontrakt

3.1 Generelt

Det danske marked for it-driftsydelser er et relativt modent marked i den forstand, at it-driftsydelser i høj grad er standardiserede ydelser, og at der er veludviklede markedsstandarder dækkende en stor del af de tekniske, operationelle, kommercielle og ansvarsmæssige forhold, der vil skulle reguleres i en it-driftskontrakt.

Det forhold, at it-driftsydelser i dag i høj grad er standardiserede ydelser, betyder også, at hovedparten af leverandørerne i markedet har omfattende processer og metodikker for levering af it-driftsydelser, og at leverandørernes leveranceorganisationer er struktureret herefter.

Leverandørernes evne til at levere effektive it-driftsydelser til konkurrencedygtige priser afhænger derfor i høj grad af, at leverandørerne gives mulighed for at udnytte leverandørens egne processer og metodikker. Derfor vil fravigelser fra leverandørens processer og metodikker også ofte medføre en forøgelse af leverandørens omkostninger, hvilket vil afspejle sig i de tilbudte priser.

En ny statslig it-driftskontrakt vil derfor skulle sikre balancen mellem på den ene side kundens særlige krav, herunder de særlige krav der knytter sig til kunder i den offentlige sektor, og på den anden side respektere leverandørens processer og metodikker samt undgå unødige risikopræmier.

3.2 Kontraktens struktur

Livscyklussen for en it-driftskontrakt kan overordnet set opdeles i følgende faser:

- (a) Migrerings- eller transitionsfase (eventuelt kombineret med en transformation), hvor driften af systemerne migreres fra kunden (eller kundens eksisterende leverandør) til den nye leverandør.
- (b) En egentlig driftsfase (eventuelt kombineret med en transformation).
- (c) En ophørsfase, hvor driften af systemerne migreres tilbage til kunden eller til kundens nye leverandør.

For at sikre at en statslig it-driftskontrakt vil kunne administreres effektivt efter indgåelse af kontrakten, bør kontraktens struktur reflektere kontraktens forventede livscyklus.

En måde at understøtte dette på kunne være ved at strukturere it-driftskontrakten således, at processer og specifikke krav til hver af disse faser (eks. i form af migreringsplan og testkriterier) i videst muligt omfang lægges ud i separate bilag til it-driftskontrakten, således at alene grundlæggende krav til leverandøren i forhold til hver fase fastlægges i selve hovedkontrakten.

Hermed gives leverandøren også i højere grad mulighed for at byde ind med egne processer og metodikker i forhold til de operationelle og tekniske aspekter af it-driftskontrakten.

For så vidt angår selve hovedkontrakten vil DITA anbefale, at en anden struktur anvendes, end den der ligger til grund for K-kontrakterne. Dette skyldes, at it-driftskontrakten vil skulle dække leverandørens løbende levering af tjenesteydelser i modsætning til K-kontrakterne, der dækker udviklingsprojekter.

En mulig struktur, der understøtter både processen omkring udbud og indgåelse af kontrakten samt den efterfølgende kontrakt håndtering, kunne være at strukturere it-driftskontrakten i følgende overordnede emner:

| Overordnet emne | Eksempler på underpunkter |
|---|---|
| Baggrund for og fortolkning af kontrakten | <ul style="list-style-type: none"> - Formål med indgåelse af kontrakten - Fortolkningsprincipper - Definitioner |
| Finansielle bestemmelser | <ul style="list-style-type: none"> - Kontraktens varighed og mulighed for opsigelse - Eventuelle kommercielle forpligtelser i form af minimumskøb - Revisionsadgang - Genudbud/benchmarking |

| | |
|----------------------------------|--|
| | |
| Serviceleverancen | <ul style="list-style-type: none"> - Transition/migrering - Omfang af ydelserne i driftsfasen, herunder servicemål - Ændringshåndtering - Dokumentation - Sikkerhed - Ophørsassistance |
| Generelle juridiske bestemmelser | <ul style="list-style-type: none"> - Immaterialrettigheder - Garantier - Overholdelse af lovgivning, herunder overholdelse af regler om persondatabeskyttelse - Fortrolighed - Misligholdelsesbeføjelser - Ansvar og ansvarsbegrænsninger, herunder force majeure - Ophævelse - Lovvalg og konfliktløsning |

3.3 Sammenhæng mellem vilkår og leverandørens prissætning

I forbindelse med udarbejdelsen af en ny statslig it-driftskontrakt er det væsentligt for Digitaliseringsstyrelsen at være opmærksom på det forhold, at alle leverandører i større eller mindre grad prissætter byrdefulde vilkår i form af risikopræmier, der indregnes i priserne. Hvorvidt et givent vilkår vil blive prissat, er endvidere tæt forbundet med konkurrencesituationen og de markedsstandarder, der løbende er under forandring.

En række af de forhold i en it-driftskontrakt, der typisk vil kunne lede til indregning af yderligere risikopræmier, omfatter blandt andet:

- (a) i hvilket omfang leverandørens design authority er begrænset eller helt overladt til kunden;
- (b) hvorvidt leverandøren vil skulle tilpasse egne governance processer til kundens specifikke krav;

- (c) hvorvidt kunden stiller krav om særlig rapportering ud over det, som leverandøren vil kunne levere som standardrapportering;
- (d) kundens adgang til at kræve genudbud eller benchmarking samt konsekvenserne heraf;
- (e) aftalens varighed og mulighed for opsigelse før tid;
- (f) bodsbestemmelser og ansvarsbegrænsninger;
- (g) krav til placering af anvendte datacentre og de ressourcer, der benyttes til servicering heraf (eks. krav om alene at anvende datacentre i Danmark); og
- (h) særlige sikkerhedskrav.

Afhængig af kundens behov under den konkrete it-driftskontrakt vil det selvfølgelig være naturligt for kunden at stille krav til ovenstående forhold, og i mange tilfælde vil disse krav være afledt af lovgivningskrav.

Omvendt vil det kunne medføre en uhensigtsmæssig forøgelse af de generelle priser for ydelser leveret under den nye statslige it-driftskontrakt, såfremt de krav, der følger af kontrakten i forhold til ovenstående, måtte gå videre, end hvad kundens konkrete behov tilsiger.

DITA vil derfor foreslå, at en ny statslig it-driftskontrakt i høj grad overlader det til kunden i forbindelse med det konkrete udbud (og evt. i forbindelse med drøftelser med leverandøren) at fastsætte de nærmere vilkår for de kontraktselementer, der i væsentlig grad vil påvirke prisen.

3.4 Sammenhæng mellem ydelsesbeskrivelser, servicemål og priser

Et grundlæggende krav til it-driftskontrakter, der ikke desto mindre ofte giver anledning til tvister i praksis, er sammenhængen mellem ydelsesbeskrivelser, servicemål og priser. Det bør være ambitionen for enhver it-driftskontrakt, at der er en klar sammenhæng mellem beskrivelsen af de enkelte serviceelementer, de servicemål, der er gældende for disse serviceelementer, og de priser, der skal betales herfor.

Et krav til en ny statslig it-driftskontrakt bør derfor være, at denne fordrer en klar sammenhæng mellem disse tre elementer. En simpel måde at sikre dette på kunne være ved at allokere referencenumre til hvert serviceelement og herefter benytte dette til at identificere hvilke servicemål og priser, der er gældende for serviceelementet i de relevante bilag til kontrakten.

Endvidere bør det klart fremgå af ydelsesbeskrivelserne, hvilke tværgående ydelser (såkaldte cross functional services) der leveres af leverandøren som en del af den faste pris. Sådanne ydelser vil eksempelvis ofte omfatte en række ITIL-processer.

3.5 ITIL

Mange både offentlige og private kunder administrerer deres it-miljø i henhold til standarden Information Technology Infrastructure Library (ITIL). Tilsvarende har de fleste leverandører på det danske marked for it-driftsydelser indrettet deres leverancer og leveranceorganisationer i henhold til ITIL.

En statslig it-driftskontrakt vil derfor med fordel kunne være baseret på den terminologi og de ITSM-processer, der indgår i ITIL-rammeverket.

3.6 Prismekanismer

De prismekanismer, der ligger til grund for kundens betaling under en it-driftskontrakt, er ofte relativt komplicerede i sammenligning med de betalingsmekanismer, der eksempelvis benyttes i udviklings- eller systemanskaffelseskontrakter.

Derfor er uklarhed i forhold til prismekanismer også erfaringsmæssigt en kilde til mange tvister i forbindelse med it-driftskontrakter og outsourcingkontrakter.

I forbindelse med en eventuel udvikling af en ny statslig it-driftskontrakt vil DITA derfor foreslå, at Digitaliseringsstyrelsen i samarbejde med aktører i markedet søger at udarbejde en række standardiserede prismekanismer baseret på en baseline (ARC/RRC) metodik. Dette vil kunne medvirke til en mere ensartet opgørelse af driftsvederlag og vil kunne lette kontraktforhandlingerne for såvel kunde som leverandør.

3.7 Genudbud efter markedstest/benchmarking

Kundens eventuelle ret til at gennemføre et genudbud efter markedstest/benchmarking før udløb af driftskontrakten hænger tæt sammen med den fleksibilitet, der tildeles kunden under aftalen.

Behovet, for at kunne gennemføre genudbud efter markedstest/benchmarking og for så vidt angår benchmarking sikre, at resultatet heraf bliver reflekteret i priserne, vil dog selv sagt være større i længerevarende kontrakter end i kontrakter af kortere varighed. Endvidere vil en ret for kunden til at gennemføre genudbud efter markedstest/benchmarking typisk også være et vilkår, der bliver prissat af leverandøren og afdækket via en risikopræmie.

Det bør på denne baggrund sikres, at eventuelle bestemmelser om genudbud efter markedstest/benchmarking tillader den bestillende myndighed at justere adgangen til og styrken af sådan et genudbud/benchmarking ud fra følgende parametre:

- (a) Hvorvidt der gælder lovgivningsmæssige krav om genudbud.
- (b) Hvornår genudbud efter markedstest/benchmarking kan gennemføres første gang.
- (c) Hvor ofte genudbud efter markedstest/benchmarking kan gennemføres.

- (d) Hvor store fravigelser fra markedsprisen kunden skal acceptere, førend der kan gennemføres genudbud, eller der indtræder konsekvenser af en benchmarking.
- (e) I forhold til benchmarking skal konsekvenserne af en benchmarking da være automatisk justering af priserne eller genforhandling af disse.

Sådanne bestemmelser selvfølgelig vil skulle sætte kunden i stand til at overholde gældende udbudsretlige regler. DITA vil dog anbefale, at Digitaliseringsstyrelsen udarbejder bestemmelserne i samarbejde med aktører i markedet, herunder eksempelvis udbydere af benchmarking-ydelser.

3.8 Leverancesikkerhed

For såvel kunder inden for den offentlige sektor som kunder inden for den private sektor er leverancesikkerhed af afgørende betydning, idet længerevarende afbrydelse af ydelserne ofte vil påvirke kundens drift og medføre væsentlige tab for kunden.

Afbrydelser i levering af ydelserne på grund af tekniske eller operationelle fejl vil typisk blive adresseret via it-driftskontraktens bestemmelser om servicemål, bod og mangels-afhjælpning. Ved denne type afbrydelser vil begge parter have en interesse i, at levering af ydelserne genetableres hurtigst muligt.

Leverancesikkerhed bør dog også sikres i forhold til en række andre situationer, herunder særligt hvor ydelserne tilbageholdes eller afbrydes i forbindelse med en tvist mellem kunden og leverandøren. Disse situationer vil typisk kunne opstå i forbindelse med:

- (a) en tvist vedrørende kundens betaling, eks. en fakturas korrekthed, eller en tvist om, hvorvidt en ydelse eller ændringsanmodning er omfattet af basisbetalingerne;
- (b) en tvist om, hvorvidt udbedringen af en fejl eller mangel er betalbar; eller
- (c) en tvist om, hvorvidt leverandøren er forpligtet til at levere ophørsassistance i forbindelse med migrering af ydelserne tilbage til kunden eller en ny leverandør.

Omend situationerne kan håndteres forskelligt kontraktuelt, er det fælles for disse situationer, at to væsentlige hensyn skal afvejes. På den ene side er hensynet til kundens fortsatte udøvelse af sin virksomhed og hermed den væsentlige skade, det vil kunne forvolde, såfremt leverandøren tilbageholder ydelserne. På den anden side er hensynet til, at leverandøren behøver en vis pengestrøm for at kunne fortsætte leverancen af ydelserne i en situation, hvor kunden tilbageholder sine betalinger.

Et kompromis, der ofte ses indgået i it-driftskontrakter inden for den private sektor, er, at leverandøren ikke tillades at tilbageholde levering af ydelserne

eller ændringsanmodninger mod, at kunden afstår fra at tilbageholde eller modregne et beløb, der overstiger et nærmere aftalt niveau (ofte svarende til 3 måneders vederlag).

Den endelige afvejning vil skulle fastlægges på baggrund af drøftelser med aktører i markedet, men det er væsentligt, at en ny it-driftskontrakt tager stilling til disse problemstillinger.

3.9 Ændringshåndtering

Twister i forbindelse med ændringshåndtering opstår typisk på baggrund af en diskussion om, hvorvidt implementeringen af en ændring er omfattet af kundens basisbetalinger, eller om leverandøren er berettiget til et vederlag for implementeringen af ændringen. Grundlæggende opstår denne type tvister således på grund af uklarhed omkring omfanget af de bi-ydelser (eksempelvis i form af ITIL-processer), som leverandøren er forpligtet til at levere inden for det faste vederlag. Tvisterne er derfor ofte også tæt knyttet til spørgsmålet om leverancesikkerhed.

En ny it-driftskontrakt vil derfor med fordel kunne opsætte klare retningslinjer for, hvilke typer af ændringer der er omfattet af kundens løbende vederlag, og hvornår en ændring er betalbar eller en helt ny ydelse.

3.10 Risikostyring

Et væsentligt element i at begrænse antallet af tvister i forbindelse med leveringen af it-driftsydelser er, at parterne har en formaliseret proces til proaktivt at identificere og styre de risici (risk management), der er forbundet med ydelserne og den tekniske løsning.

De fleste leverandører og kunder vil have egne processer til risikostyring og have udarbejdet katastrofeplaner (disaster recovery- og service continuity-planer). Disse processer og planer vil dog ikke nødvendigvis være forbundne, og kravene, til hvordan en given risiko skal håndteres, vil ikke nødvendigvis være klare for parterne, med mindre disse eksplicit fremgår af kontrakten.

I mangel af en formaliseret kontraktuel proces for identificering og håndtering af risici opstår der et tomrum mellem det tidspunkt, hvor en risiko identificeres, og det tidspunkt, hvor risikoen materialiseres, og kunden eventuelt kan udøve misligholdelsesbeføjelser.

En it-driftskontrakt bør derfor indeholde en formaliseret proces for risikostyring, der giver parterne mulighed for på forhånd at definere, hvordan risici identificeres, vurderes og håndteres. Endvidere bør en formaliseret risikostyringsproces også adressere konsekvenserne af manglende håndtering af risici.

Der findes en række metodikker, der gennem en årrække har været anvendt i større drifts- og outsourcing-kontrakter, herunder de metodikker der ofte betegnes proaktive beføjelser. Inspiration vil kunne findes i disse metodikker, men den endelige proces bør udarbejdes i tæt samarbejde med aktørerne i markedet for at sikre, at de praktiske processer (eksempelvis processer for monitorering og rapportering af risici) kan understøttes af parterne.

3.11 Misligholdelse, erstatningsansvar og ophævelse

I lighed med K-kontrakterne forudsætter DITA, at dansk rets almindelige regler om misligholdelse og erstatningsansvar vil finde anvendelse med visse begrænsninger under en ny it-driftskontrakt. Den nærmere fastsættelse af udgangspunktet for disse begrænsninger bør selv sagt tage udgangspunkt i en drøftelse med aktører i markedet, men bør under alle omstændigheder i høj grad overlade det til kunden at fastsætte de konkrete begrænsninger, der vil kunne påvirke prisen i forbindelse med et udbud.

DITA har dog nogle overordnede betragtninger i forhold til de kontraktuelle mekanismer, der i forbindelse med misligholdelse, erstatningsansvar og ophævelse vil kunne medvirke til at begrænse risikoen for tvister.

For så vidt angår it-driftskontraktens bestemmelser om forsinkelse og afhjælpning af fejl og mangler vil DITA anbefale, at de operationelle processer for håndtering af forsinkelse, fejl og mangler beskrives detaljeret i kontrakten, således at disse ikke alene vil skulle udledes af dansk rets almindelige regler. Rationalet bag dette er endvidere, at en sådan detaljeret beskrivelse vil supportere anvendelse af kontrakten i forhold til leverandører med en international referenceramme.

Det vil i almindelighed være forventeligt, at leverandørens ansvar for visse tabstyper vil være fraskrevet, eks. i forhold til indirekte tab. Såfremt der måtte opstå et faktisk tab, som kunden søger erstattet af leverandøren, vil der erfaringsmæssigt ofte opstå en tvist om, hvorvidt tabet (eller en del heraf) er indirekte eller i øvrigt er fraskrevet af leverandøren. Hertil kommer, at dansk retspraksis må anses ikke at være entydig i afgrænsningen af eksempelvis direkte og indirekte tab.

Med henblik på at begrænse risikoen for tvister bør de ansvarsbegrænsninger, der måtte blive indarbejdet i kontrakten, derfor tillade kunden (eventuelt på baggrund af forhandling) konkret at definere specifikke tabstyper, der relaterer sig til de konkrete ydelser, og som kunden forventer at kunne gøre gældende uanset leverandørens fraskrivelse af bestemte tabstyper.

I forhold til it-driftskontraktens bestemmelser om ophævelse som følge af misligholdelse vil tvister ofte kunne opstå i situationen, hvor en part (typisk kunden) ophæver kontrakten på grund af den anden parts væsentlige misligholdelse. I en sådan ophævelsessituation vil kompleksiteten af ydelserne, og den interaktion der har været mellem parterne forud for ophævelsen, ofte gøre det svært at vurdere, om ophævelsen er berettiget. I lighed med den regulering, der finder anvendelse i K-kontrakterne, vil DITA derfor anbefale, at en ny it-driftskontrakt også tillader kunden (eventuelt på baggrund af forhandling) at definere visse objektive konstaterbare situationer, hvor kunden (eller leverandøren) vil være berettiget til at ophæve kontrakten.

3.12 Gennemførelse af genudbud og ophørsassistance

I forbindelse med ophør af en it-driftskontrakt vil det i de fleste tilfælde være afgørende for kunden, at leverandøren assisterer kunden i forbindelse med gennemførelse af et eventuelt genudbud samt migreringen af driftsydelserne fra leverandøren tilbage til kunden eller til kundens nye leverandør.

Erfaringsmæssig er dette en fase i en it-driftskontrakts levetid, der ofte afstedkommer tvister mellem parterne. Disse tvister vil ofte relatere sig til følgende forhold:

- (a) Hvorvidt kunden må anvende beskrivelser af løsninger, ydelser, processer og anden information om ydelserne i forbindelse med udarbejdelsen af nyt udbudsmaterialer (eller gennemførelse af due diligence), og i hvilket omfang leverandøren er forpligtet til at levere dette til kunden i forbindelse med genudbuddet?
- (b) Hvornår og hvordan leverandøren vil skulle dokumentere, hvordan leverandøren vil håndtere migreringen (typisk i form af en ophørsplan), og i hvilket omfang den eksisterende leverandør og en eventuel ny leverandør er forpligtede til at tilpasse deres henholdsvis ophørsplan og transitionsplan til hinanden?
- (c) I hvilket omfang kunden eller en eventuel ny leverandør skal være berettiget til at have adgang til den tidligere leverandørs systemer og personale i forbindelse med migrering til kunden eller kundens nye leverandør.
- (d) Leverandørens tilbageholdelse af kundens data.

Med henblik på at begrænse den uklarhed, der erfaringsmæssig giver anledning til tvister, er det DITAs anbefaling, at der i en ny statslig it-driftskontrakt indarbejdes en meget klar regulering af omfanget af parternes forpligtelser og rettigheder i forbindelse med migrering af ydelserne ved ophør af driftskontrakten.

En optimal løsning ville være, at aktørerne på markedet i samarbejde udvikler en branchestandard for, hvordan to leverandører vil skulle håndtere migrering af it-driftsydelser fra den ene til den anden leverandør under it-driftskontrakten, herunder hvordan samarbejdet mellem leverandørerne vil skulle struktureres, og hvilke informationer og systemadgange den tidligere leverandør vil skulle give den nye leverandør for at sikre en effektiv migrering.

3.13 Databeskyttelse

Databeskyttelse, herunder overholdelse af de persondataretlige regler, er et emne, der i stigende grad gøres til genstand for detaljeret regulering i mange drifts- og outsourcing-kontrakter – ikke mindst i takt med udbredelsen af cloud computing.

Traditionelt har mange it-driftskontrakter håndteret reguleringen af databeskyttelse henholdsvis i en ren teknisk kontekst og i en lovgivningsmæssig kontekst.

I takt med at kompleksiteten af den underliggende it-infrastruktur, der benyttes af leverandørerne til levering af it-driftsydelser, øges (eksempelvis ved brug af cloud-elementer), vil den traditionelle regulering af databeskyttelse ofte vise sig at være utilstrækkelig.

Dette skyldes blandt andet, at kunden og leverandøren i forhold til datasikkerhed sjældent får defineret de praktiske "værktøjer", som gør kunden i stand til løbende at foretage den risikovurdering (og iværksætte de foranstaltninger), der er en forudsætning for sikring af såvel kundens generelle datasikkerhed som kundens overholdelse af de persondataretlige regler.

I praksis vil sådanne værktøjer skulle inddrage en række forhold på tværs af kontrakten og skabe en sammenhæng mellem eksempelvis kravene til den tekniske sikkerhed, leverandørens brug af underleverandører og faciliteter (såsom datacentre) samt bestemmelserne om overholdelse af de persondataretlige regler, herunder såvel leverandørens direkte forpligtelser og leverandørens assistance til kunden i forbindelse med kundens overholdelse af samme regler.

En ny statslig it-driftskontrakt bør derfor forsøge at definere en klar sammenhæng mellem de elementer i kontrakten, der påvirker datasikkerhed og overholdelse af de persondataretlige regler, og opstille praktiske metoder for parterne til løbende at vurdere datasikkerheden og håndtere eventuelle uhensigtsmæssigheder.

3.14 Mediation

Mediation som tvistløsningsmodel har i mange år været udbredt i forhold til drifts- og outsourcing-kontrakter inden for den private sektor og er som bekendt også indarbejdet som tvistløsningsmodel i K-kontrakterne.

Danske IT-Advokater tilbyder en mediations-model særligt rettet mod it-relaterede tvister, hvor Danske IT-Advokater udpeger erfarne it-mediatorer, der alle er certificerede, og har stor erfaring med håndtering af it-relaterede tvister.

Den mediation, der tilbydes via Danske IT-Advokater, er endvidere understøttet af en formaliseret mediations-procedure og vejledende honorarsatser.

Danske IT-Advokater har desuden udarbejdet en standard-mediations-klausul, som med fordel vil kunne indarbejdes i en ny it-driftskontrakt:

"Enhver tvist, som måtte opstå i forbindelse med denne aftale, skal søges løst ved mediation i overensstemmelse med Danske IT-advokaters (DITA) mediationsprocedure (www.danske-it-advokater.dk). Mediation indledes ved, at en af parterne sender et skriftligt påkrav om mediation til de[n] [anden ELLER øvrige] [part ELLER parter] med kopi til DITA. Mediator skal udpeges af DITA senest 8 (otte) arbejdsdage efter DITAs modtagelse af påkravet om mediation. En part er uberettiget til at søge tvisten løst [retsligt ELLER ved voldgift] før parterne har søgt tvisten løst ved mediation. Som minimum har en part pligt til at deltage i det første møde,

som mediator indkalder til. En part er dog berettiget til at indlede [retssag ELLER voldgiftssag], såfremt en udsættelse deraf kan føre til retsfortabelse, f.eks. på grund af forældelse."

Yderligere information om it-mediation kan findes på Danske IT-Advokaters hjemmeside (<http://itadvokater.dk/it-mediation/>).

Der henvises tillige til Mediationsinstituttets hjemmeside – www.mediationsinstituttet.com. Mediationsinstituttet er en selvejende institution, der tilbyder mediation som konfliktløsningsform. Alle tilknyttede mediatorer er advokater. Instituttet tager sig af alle processer i en mediation, herunder udpegning af den mediator, der bedst kan hjælpe til at løse den konkrete tvist.

3.15 Konfliktløsning

Danske IT-Advokater har i samarbejde med IT-Branchen, Dansk IT og Voldgiftsinstituttet udviklet et nyt værktøj til konfliktløsning, der gør parterne i stand til at løse tvister relateret til it-kontrakter inden for en periode af 20 arbejdsdage.

Danske IT-Advokater vurderer, at parternes omkostninger ved en it-relateret tvist i mange sager vil kunne reduceres med 50-80 procent ved brug af denne konfliktløsningsmodel.

Modellen er baseret på, at der afhængig af tvistens karakter udpeges henholdsvis en juridisk og en teknisk ekspert, der inden for en ganske kort periode kommer med en udtalelse i sagen på baggrund af parternes indlæg.

Udtalelsen er som udgangspunkt ikke bindende for parterne, medmindre andet er aftalt, men kan medvirke til, at parterne bliver klar over, hvad tvistens udfald vil blive, såfremt den måtte indbringes for retten eller voldgift, og hvad en rimelig løsning på tvisten derfor bør være.

DITA vil derfor foreslå, at Digitaliseringsstyrelsen overvejer at indarbejde denne konfliktløsningsmodel i en eventuel ny it-driftskontrakt.

Yderligere information om konfliktløsningsmodellen kan findes på Danske IT-Advokaters hjemmeside (<http://itadvokater.dk/it-konfliktlosning/>).

4 K01, K02 og K03

4.1 K01 og K02

Som angivet indledningsvist er DITA positiv over for en generel modernisering af K-kontrakterne, herunder muligheden for at der skabes et grundlag for en hyppigere tilpasning af kontrakterne, således at ændringer i markedsstandarder og "best practice" afspejles hurtigere. DITA ser det dog som en forudsætning for dette arbejde, at processen omkring moderniseringen udformes således, at K01- og K02-kontrakterne bevarer deres status i markedet som helt eller delvist "agreed documents".

I den forbindelse er det DITAs opfattelse, at den inddragelse af aktører i markedet, der har været foretaget i forbindelse med udfærdigelsen af K01 og K02, også bør være en forudsætning for processen omkring en modernisering af kontrakterne. Endvidere bør internationale erfaringer også inddrages ved moderniseringen af K01 og K02.

Erfaringerne med udarbejdelsen af de oprindelige kontrakter har dog vist, at denne proces er tids- og ressourcekrævende, og at dette i sagens natur vil stille visse begrænsninger for, hvor hurtigt K-kontrakterne vil kunne revideres samtidig med, at kontrakternes status bibeholdes.

Såfremt Digitaliseringsstyrelsen ønsker en løbende videreudvikling af K-kontrakterne, er det derfor afgørende, at der etableres en transparent og formaliseret proces, hvor alle aktører i markedet i samme grad som ved tilblivelsen af K-kontrakterne bliver hørt om konkrete forslag til ændringer, og hvor der sikres en bred tilslutning til ændringerne.

I tillæg hertil kan Digitaliseringsstyrelsen eventuelt overveje, hvorvidt det ville være hensigtsmæssigt i højere grad at differentiere mellem de enkelte typer af bestemmelser i K-kontrakterne med henblik på at skabe større autonomi i forhold til visse bestemmelser. Dette kunne eks. være bestemmelser, der alene eller i overvejende grad kan siges at have kommerciel betydning. Ved at stille parten friere i fastsættelsen af visse krav vil ændringer i markedsstandarder og "best practices" lettere kunne implementeres i den konkrete kontrakt.

4.2 K03

Den nuværende version af K03 blev offentliggjort i december 2012. Siden da er K03 kontrakten langsomt begyndt at blive anvendt i udviklingsprojekter både inden den offentlige sektor og i forhold til private virksomheder.

Erfaringerne med K03 er dog stadig begrænsede, og det er derfor DITAs anbefaling, at K03-kontrakten ikke gøres til genstand for revision, førend der er opbygget et større erfaringsgrundlag med kontrakten.

Med venlig hilsen

Niels Christian Ellegaard

Formand for Danske IT-Advokater

Tue Goldschmieding

Bestyrelsesmedlem, Danske IT-Advokater

Paul Møllerup

Adm. direktør i Danske Advokater