



DEN OFFENTLIGE ORDREGIVERS BRUG AF KOMMUNIKATION I FORBINDELSE MED IT-ANSKAFFELSER

The Public employer's use of communication in
relation to IT Procurement

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Gruppemedlemmer:

Caroline Møller Nielsen

Klara Maria Rishøj Holm

Vedledere:

Kim Østergaard

Lasse Holt

Antal anslag: 267.761

Dato: 15. september 2020

Abstract

This Master thesis investigates how the Danish public employer can use communication as a tool to efficiently solve subsequent circumstances in connection with the procurement of specially developed software.

The thesis starts off by examining which opportunities the Public Procurement Act provides for the Danish public employer to communicate with potential tenderers before and during the tender process. The flexible tendering procedures give the public employer the widest access to communicate with potential tenderers. Next, the thesis investigates whether the Public Procurement Act allows for subsequent changes to contracts after their conclusion, and it is concluded that the law provides access to a relatively wide opportunity for subsequent changes. Then, the thesis examines what obligations the contracting parties have according to the Danish background rules and the standard contract for larger complex IT projects K02 in relation to communicating about matters in the contract. Particularly relevant is the duty on the parties to act loyal, which includes communicating about matters that affect the conclusion or fulfillment of the contract.

The next part of the thesis creates an economic basis. More specifically, the thesis examines various contract theories, which deal with the influence of communication on contractual relationships and the handling of subsequent circumstances. The main theme in the theories reviewed is that the contract acts as a reference point for the parties. A party will punish the counterparty, if the counterparty when subsequent circumstances occur acts in a manner which causes the party to be below its reference point. According to the theories, this will only happen when the contract is flexible which means that it allows for the parties to negotiate and compensate each other in the event of subsequent circumstances. The theories prove that the parties through communication before the conclusion of the contract and during the course of the contract can create a common goal with the result of less punitive behavior and thereby greater profits. In addition, the theories prove that it is efficient to incorporate a formal duty of loyalty and structured communication processes into the contract.

On the basis of the economic theories, the thesis finally gives some recommendations on how the public organization within the legal framework through concrete solutions can incorporate structured communication processes with the tenderers before, during and after the tender process. In addition, a proposal is made as to how a duty of loyalty can be incorporated into the contract in order to support the development of a common goal and thereby better outcomes.

Indholdsfortegnelse

1. Problemstilling	5
1.1. Indledning	5
1.2. Problemformulering	7
1.3. Synsvinkel	8
1.4. Afgrænsning	8
1.5. Juridisk metode	8
1.6. Økonomisk metode	10
1.7. Erhvervsjuridisk metode	11
1.8. Struktur for afhandlingen	13
2. It-kontraktretten	14
2.1. Introduktion	14
2.2. De forskellige typer af it-leverancer	15
2.3. Kontrakter vedrørende maskinel	15
2.4. Kontrakter vedrørende standardprogrammel	15
2.5. Kontrakter vedrørende specialudvikling af programmel	16
2.6. Kontrakter vedrørende servicebureauydelse	17
2.7. Vedligeholdelsesaftaler	17
2.8. Driftsaftaler	18
2.9. Sammenfatning	18
3. Strategisk kontrahering	19
3.1. Introduktion	19
3.2. Transaktionsomkostninger	20
3.3. Incitamentsforenelighed	21
3.4. Sammenfatning	21
4. Den retlige ramme	22
4.1. Introduktion	22
4.2. Aftalen som omdrejningspunkt	22
4.3. Udbudsprocedurerne	23
4.3.1. Offentligt udbud	24
4.3.2. Begrænset udbud	26
4.3.3. Udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog	26
4.4. Sammenfatning på udbudsprocedurerne	28
4.5. Efterfølgende ændringer i kontrakten	30
4.5.1. Sondringen mellem ændringer og ændringer af grundlæggende elementer	31
4.5.2. Ændrings- og optionsklausuler	32
4.5.3. De minimis-reglen (bagatelgrænsen)	34
4.5.4. Supplerende anskaffelser	34
4.5.5. Udskiftning af leverandør	35
4.5.6. Uforudsete forhold	36

4.5.7.	Sammenfatning på efterfølgende ændringer af kontrakten	36
4.6.	Obligationsretten	37
4.6.1.	Aftalelovens § 36	38
4.6.2.	Forudsætningslæren	39
4.6.3.	Nærmest til at bære risikoen	40
4.6.4.	Loyalitetsgrundsætningen	41
4.6.4.1.	Loyalitetsgrundsætningens delforpligtelser	43
4.6.4.2.	Den loyale oplysningspligt	44
4.6.4.3.	Underretningspligten	45
4.6.4.4.	Samarbejdsforpligtelsen	48
4.6.5.	Loyalitetsforpligtelsen i K02	49
4.6.6.	Sædvaner	51
4.6.6.1.	K02 og kommunikation	52
4.6.6.2.	God It-skik og kommunikation	52
4.6.3.	Sammenfatning på obligationsretten	53
4.7.	Sammenfatning på den retlige ramme	54
5.	Kommunikation fra et kontraktøkonomisk perspektiv	55
5.1.	Introduktion	55
5.2.	Efficienskriteriet	55
5.3.	Nyttemaksimeringsteori	55
5.4.	Prospektteori	56
5.4.1.	Referencepunkter	57
5.4.2.	Tabsaversion	58
5.4.3.	Faldende psykologisk følsomhed	58
5.5.	Kontrakter som referencepunkter	59
5.5.1.	Rigide og fleksible kontrakter	59
5.5.2.	Kommunikations indflydelse på parternes kontraktuelle referencepunkter	60
5.5.3.	Forsøgets forløb	61
5.5.4.	Forsøgets resultater	64
5.5.5.	Ingen kommunikation	65
5.5.6.	Fri kommunikation	68
5.5.7.	Sammenfatning på kontrakter som referencepunkter	72
5.6.	Kommunikations indflydelse ved indgåelsen af it-udviklingskontrakter	73
5.6.1.	Teoriernes anvendelse og relevans ved it-udviklingskontrakter	73
5.6.2.	Udnyttelse af komplementære ressourcer	74
5.6.3.	Valg af samarbejdspartner	74
5.6.4.	Større payoff	75
5.6.5.	Sammenfatning på kommunikation ved indgåelse af it-udviklingskontrakter	77
5.7.	Inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten	77
5.7.1.	Modellen	78
5.7.2.	Inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten	80
5.7.3.	Indholdet af loyalitetspligten	80
5.7.4.	Aktivering af loyalitetspligten ex ante	80
5.7.5.	Aktivering af loyalitetspligten ex post	81
5.7.6.	Den økonomiske betydning af loyalitetspligten	81
5.7.7.	Sammenfatning på inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten	82
6.	Integreret analyse	84
6.1.	Introduktion	84
6.2.	Kommunikation inden udbuddet	84
6.2.1.	Valg af udbudsprocedure	85
6.2.2.	Fokus på at skabe et fælles mål	86

6.2.2.1.	Formålsbestemmelse	88
6.3.	Gensidig loyalitets- og kommunikationspligt	89
6.3.1.	Muligheden for hardship-klausuler inden for udbudsretten	90
6.3.2.	Loyalitetsforpligtelsen som retsfigur	91
6.3.3.	Bestemmelse om en gensidig loyalitets- og kommunikationspligt	93
6.4.	Delkonklusion	95
7.	Konklusion	96
Litteraturliste		98
Bøger		98
Artikler		99
Øvrige publikationer		100
Regulering		100
Retspraksis		101
Hjemmesider		101

1. Problemstilling

1.1. Indledning

It-branchen i Danmark omsatte i 2019 for 239 mia. kr.¹, hvilket svarer til næsten 11 % af Danmarks samlede nationalprodukt.² Der er at gøre med en branche med kæmpe stor betydning for Danmarks samlede økonomi, og denne betydning vil med al sandsynlighed vokse sig endnu større i de kommende mange år grundet den digitale transformation, som der opleves på både globalt og nationalt plan. Danmark ligger på en fjerdeplads på EU-Kommissionens Desi-Indeks³, som er en liste, der rangerer EU-landene efter, hvor digitale deres samfund er. Dette er en tydelig indikator på, at Danmark er et yderst digitaliseret samfund. Endvidere er Danmark anerkendt for at have et udbygget og velfungerende velfærdssamfund, hvilket er afspejlet i landets rangering som nummer 12 i HDR-indekset⁴, der er et internationalt indeks udarbejdet af UNDP (FN's udviklingsorganisation), som anvendes til at sammenligne og måle velstand og udvikling på forskellige parametre på tværs af verdens lande. Dog kan Danmarks velfærdssamfund komme under pres som følge af, at den ældre befolkningsgruppe i Danmark vokser som en naturlig konsekvens af, at danskerne i dag levere længere sammenlignet med tidligere. Antallet af borgere i de arbejdsdygtige aldersgrupper udgør derfor en mindre del af den samlede befolkning, hvorfor der relativt set er færre til at påtage sig at løse opgaverne i velfærdssamfundet.⁵ Hvis ikke denne tendens ændrer sig, er konsekvensen, at offentligt ansatte kontinuerligt må løbe hurtigere for at nå mere på den samme tid. Dog kan effektiviteten i velfærdssamfundet også øges i den offentlige sektor, uden at det skal drives direkte af de offentligt ansatte, nemlig gennem en øget anvendelse af digitalisering, som enten overtager og løser nogle opgaver for de ansatte eller gør det nemmere og/eller hurtigere for de ansatte at løse opgaverne. Det er blandt andet af den årsag ikke overraskende, at omsætningen it-branchens omsætning er i kraftig vækst og formentlig også vil være det fremadrettet.⁶ En tendens, der kun forventes at blive endnu mere udtalt i de kommende år som følge af Corona-krisen, som har forårsaget, at både virksomhederne og det offentlige er blevet tvunget til at tænke i flere digitale løsninger.^{7 8} Vigtigheden af vellykkede it-projekter i den offentlige sektor kan derfor ikke undermineres. Alligevel har de seneste år vist, at en lang række af de it-leverancer, som offentlige myndigheder i Danmark anskaffer, i større eller mindre grad fejler, både i forhold til pris og tidshorisont for implementering, men også hvad angår kvaliteten af leverancerne. Uden at det er et udtryk for en udtømmende liste, kan som eksempler nævnes Sundhedsplatformen⁹, AULA¹⁰, Skats gældsinddrivelsessystem, PSRM (tidligere EFI)¹¹ og Civilsystemet under Domstolsstyrelsen¹². Nogle af de udfordringer, der har været i forbindelse med udvikling og

¹ <https://itb.dk/tema/branchen-i-tal/omsaetning/>.

² It-branchens omsætning er sammenlignet med Danmarks BNP, som fremgår af følgende link: <https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/nationalregnskab-og-offentlige-finanser/aarligt-nationalregnskab/bnp>.

³ "The Digital Economy and Society Index": <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>.

⁴ "Human Development Index Ranking": <http://hdr.undp.org/en/content/2019-human-development-index-ranking>.

⁵ <https://cxomagasinet.dk/15-2018/fremtidens-velfaerd-kraever-nye-loesninger>.

⁶ <https://itb.dk/tema/branchen-i-tal/omsaetning/>.

⁷ <https://www.danskindustri.dk/arkiv/analyser/2020/5/coronakrise-satter-digitalisering-hojt-pa-dagsordenen/>.

⁸ <https://finans.dk/tech/ECE12180023/coronakrisen-var-en-tryktest-af-dansk-digitalisering-nu-skal-det-omsaettes-til-ny-eksportsucces/?ctxref=ext>.

⁹ <https://arbejderens.dk/indland/l%C3%A6ger-retter-skarp-kritik-af-sundhedsplatformen>.

¹⁰ <https://www.folkeskolen.dk/901509/laerer-om-aula-mange-mindre-fejl-som-tilsammen-giver-store-problemer>.

¹¹ <https://www.dr.dk/nyheder/penge/overblik-sejler-afloeseren-skandaleraamt-it-system-samme-vej>.

¹² <https://www.computerworld.dk/art/246877/endnu-en-ekstra-regning-paa-vej-for-problemramt-offentligt-it-system-justitsminister-skal-komme-med-en-forklaring>.

implementering af de nævnte systemer, er væsentlige forsinkelser, yderst fejlbehæftede systemer, manglende interessentinddragelse samt budgetter, der er løbet løbsk.

De mange eksempler på fejlslagne it-leverancer i det offentlige kan til dels forklares med, at efterhånden som it-systemer bliver større og større samt mere og mere komplekse, øges sandsynligheden for, at der indtræder efterfølgende omstændigheder¹³, som er vanskelige at forudsige og dermed tage højde for at inkorporere i kontrakten på tidspunktet for kontraktkonciperingen ved samarbejdets begyndelse. Et andet element består i, at i takt med, at kompleksiteten ved it-systemer stiger, vil der være et øget behov for fleksibilitet til foretagelse af løbende tilpasninger af systemet, da parterne undervejs i udviklingen genererer viden, som de ikke besad på tidspunktet for kontraktindgåelsen. For, at et givent it-projekt kan nå i mål på trods af efterfølgende opståede omstændigheder og behov, som ikke er en del af kontrakten, kræver det, at systemleverandørerne og den offentlige sektor fra projektets begyndelse og indtil projektets afslutning sammen er i stand til at finde den bedst mulige løsning på de udfordringer, der opstår. Det betyder, at behovet for et tættere samarbejde mellem systemleverandørerne og den offentlige sektor øges, i takt med at kompleksiteten og størrelsen på it-systemerne øges.

Der kan ikke herske nogen tvivl om, at it-sektoren er af vigtig betydning for Danmark. Erfaringer fra tidligere fejlslagne it-systemer i det offentlige indikerer dog, at der plads til at forbedre udnyttelsen af det potentiale, som findes i en øget digitalisering i den offentlige sektor. Undersøgelser udarbejdet af The International Association of Contract and Commercial Management (IACCM), indikerer, at en del af dette potentiale kan indfries ved hjælp af en ny tilgang til indgåelse og udarbejdelse af kontrakter.¹⁴ Undersøgelserne underbygger, at der er et skisma mellem den værdi, som erhvervslivet peger på, at et mere proaktivt perspektiv på kontraktkonciperingen skaber, og den virkelighed, som eksisterer i dag, hvor mange kontrakter fortsat har fokus på reaktive bestemmelser.¹⁵

Vi har en formodning om, at det er helt centralt for at kunne etablere og fastholde et godt samarbejde, at der fra projektets opstart til dets afslutning er en gensidig og struktureret kommunikation mellem parterne. En kommunikation, som både kan understøtte vidensdeling, afværge konflikter samt begrænse omfanget af omkostninger forbundet med efterfølgende omstændigheder. Endvidere har vi en formodning om, at de pligter, som udspringer af loyalitetsgrundsætningen¹⁶ og i et vist omfang regulerer spørgsmålet om kommunikation mellem parterne, kan styrkes ved at blive ekspliciteret og eventuelt udbygget i kontraktgrundlaget.

Formålet med afhandlingen er derfor ved hjælp af adfærds- og kontraktøkonomisk teori at undersøge, hvorvidt en formaliseret pligt til gensidig kommunikation mellem den offentlige ordregiver og leverandøren kan understøtte samarbejdet og medføre et større antal vellykkede it-udviklingsprojekter i det offentlige.

Når offentlige ordregivere indkøber større it-ydelser, tages ofte udgangspunkt i en af de standardkontrakter for it-anskaffelser¹⁷, som Digitaliseringsstyrelsen har fået udarbejdet med henblik på

¹³ En efterfølgende omstændighed forstås som en begivenhed, som indtræder efter kontraktens indgåelse, og som bevirker, at det bliver mere omkostningsfuldt for mindst en af parterne at opfylde sine forpligtelser i kontrakten.

¹⁴ Se bl.a. IACCM (2014). "2013/2014 Top Terms in Negotiation".

¹⁵ IACCM (2011). "2011 Top Terms in Negotiation", s. 7.

¹⁶ Loyalitetsgrundsætningen er en del af obligationsrettens almindelige del og gælder på tværs af alle kontrakttyper.

¹⁷ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/>.

at gøre it-anskaffelsesprocessen nemmere samt at skabe et fælles paradigme for udarbejdelse af it-kontrakter.

De af Digitaliseringsstyrelsen udarbejdede standardkontrakter retter sig mod hvert sit anvendelsesområde. K01 er målrettet leverance af standardprodukter¹⁸, hvortil der kun i begrænset omfang skal ske specialtilpasninger, K02 er målrettet anskaffelse af større komplekse it-projekter og giver mulighed for faseopdelte delleverancer¹⁹, K03-standardkontrakten er målrettet it-projekter, hvori der anvendes agile udviklingsmetoder²⁰, og K04²¹ er udarbejdet til brug i forbindelse med aftaler vedrørende drift af programmel. Der eksisterer et overlap i anvendelsesområdet for særligt K02 og K03, da begge standardkontrakter egner sig til anskaffelse af specialudviklede it-systemer. I praksis er K02 dog den mest anvendte, og derfor vil afhandlingen tage afsæt heri.²² Udvalgte bestemmelser i K02 vil i den forbindelse løbende inddrages. Formålet er ikke at foretage en komplet gennemgang af bestemmelserne i K02, men at anvende standardkontrakten der, hvor den bidrager til forståelsen.

1.2. Problemformulering

Med afhandlingen ønskes følgende problemformulering besvaret:

Hvorledes kan den offentlige ordregiver i forbindelse med anskaffelsen af større komplekse it-udviklingsleverancer gennem en gensidig kommunikationspligt med leverandøren og inden for teorirammen strategisk kontrahering understøtte en efficient løsning af efterfølgende omstændigheder?

For at besvare problemformuleringen opstilles følgende problemstillinger:

1. Hvilke udbudsprocedurer er tilgængelige for den offentlige ordregiver ved anskaffelse af større komplekse it-ydelser, og i hvilket omfang har ordregiver adgang til at kommunikere med potentielle leverandører i de forskellige procedurer?
2. Hvilke muligheder har en ordregiver i henhold til udbudsloven for at håndtere efterfølgende omstændigheder?
3. Hvilke forpligtelser pålægger baggrundsretten og K02 ordregiver og leverandør i relation til at kommunikere om forhold, som påvirker kontraktens indgåelse eller opfyldelse?
4. I hvilket omfang er kommunikation mellem ordregiver og potentielle leverandører efficient fra et kontraktøkonomisk perspektiv?
5. Hvorvidt er det fra et kontraktøkonomisk perspektiv efficient at inkorporere en formel kommunikationspligt i kontrakten?
6. Hvorledes kan der opstilles et eller flere konkrete tiltag, som understøtter en efficient kommunikation mellem parterne fra et kontraktøkonomisk perspektiv og inden for den relevante retlige ramme?

¹⁸ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k01-standardkontrakt-for-kortvarige-it-projekter/>.

¹⁹ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k02-standardkontrakt-for-laengerevarende-it-projekter/>.

²⁰ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k03-standardkontrakt-for-agile-it-projekter/>.

²¹ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k04-standardkontrakt-for-it-drift/>.

²² Desuden er K02 blevet til i en proces, hvor hensyn til leverandør- og kundesiden er afvejet og forhandlet mellem interesseorganisationer, hvorfor K02 er et såkaldt agreed document og derfor har karakter af en sædvane på området for it-udviklingsprojekter. K03 har ikke karakter af et agreed document.

1.3. Synsvinkel

I afhandlingen tages udgangspunkt i den offentlige ordregivers (herefter ordregiver) synspunkt. Årsagen hertil er, at det er ordregiver, som har den største indflydelse på, hvordan den endelige kontrakt bliver udformet. Desuden er det ensidigt ordregivers valg, i hvilket omfang kommunikation skal prioriteres ved valg af udbudsproceduren. Det synes derfor naturligt, at det er ordregivers synsvinkel, som afhandlingen tager sit afsæt i.

For ordregiver vil optimeringsbetingelsen i udgangspunktet være velfærdsmaksimering.²³ Det betyder, at nytten af projektets gennemførelse vil vise sig i form af velfærdsmaksimering i samfundet. Ordregiver opnår en given nytte internt i organisationen, men hvis it-systemets slutbrugere ikke er ordregiver selv, men i stedet er borgere eller virksomheder, vil deres nytte ved systemet være en del af ordregivers nytte ved anskaffelsen. Det må imidlertid antages, at det altid vil være i en egennyttemaksimerende ordregivers interesse at få udviklet det bedst mulige it-system for færrest muligt midler. Når det gennem afhandlingen søges at skabe efficient løsning af efterfølgende omstændigheder, skal det ses som et udtryk for, at målet er at skabe den største samlede kontraktuelle værdi og ikke kun at skabe den største værdi for ordregiver. Vi mener ikke, at dette fokus er i strid med afhandlingens synsvinkel, eftersom den overordnede ramme for analysen er teorirammen for strategisk kontrahering, hvoraf det følger, at det er i begge parter interesse, at den samlede værdi i kontraktrelationen vægtes højest.

1.4. Afgrænsning

En helt afgørende forudsætning for, at parterne kan skabe merværdi og incitamentsforenelighed i kontrakten, er, at risici allokeres efficient. Dette afhænger af en række parametre, herunder en dybdegående analyse af parternes risikopræferencer- og profiler. Nærværende afhandling tilstræber ikke at udarbejde en analyse af, hvordan offentlige ordregivere og leverandøren efficient kan allokere deres risici. Der hersker ingen tvivl om, at en sådan analyse kunne kvalificere indholdet markant. Det er imidlertid ikke muligt inden for rammerne af afhandlingen.

I afhandlingen nævnes hardship-klausuler som et redskab til at gøre en kontrakt fleksibel i den forstand, at der er rum til, at parterne kan forhandle om, hvordan de deler omkostningerne forbundet med efterfølgende uforudsete omstændigheder, som gør kontrakten mere byrdefuld for en af parterne at opfylde. Vi er opmærksomme på, at der ligeledes eksisterer gevinstklausuler, som kan anvendes til at håndtere gevinster eller gevinstmuligheder, som opstår efter kontraktindgåelsen.²⁴ Gevinstklausuler vil dog ikke blive behandlet yderligere i afhandlingen.

1.5. Juridisk metode

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode til at fastlægge gældende ret. I en retsdogmatisk analyse systematiseres, beskrives, analyseres og fortolkes retskilder til udledning af gældende ret.

²³ (Østergaard, K. (2014) "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben" Retfærd 37 (3/149) s. 7.)

²⁴ Østergaard, K. & Petersen, B. (2020) The application of hardship and gain provisions in strategic contracting, s. 6-7.

Principielt bør en korrekt anvendelse af den retsdogmatiske metode sikre, at domstole og andre retsmyndigheder ville komme frem til det samme resultat på de givne juridiske problemstillinger.²⁵

Afhandlingens juridiske del indledes med at indtage et udbudsretligt perspektiv, hvor den danske udbudslov²⁶ anvendes til at udlede gældende ret for offentlige anskaffelser, som skal i udbud. Fokus er på gældende ret forbundet med udbudsprocedurerne og efterfølgende ændringer af kontrakten. Det bemærkes i den forbindelse, at udbudsloven er en implementering i dansk ret af det bagvedliggende EU-udbudsdirektiv²⁷. Der er i afhandlingen ikke foretaget en vurdering af korrektheden af den danske implementering af direktivet. Udledningen af gældende ret beror på, at udbudsloven er korrekt implementeret, da EU-retten har forrang for national ret.

Der anvendes en objektiv lovfortolkning i fastlæggelsen af gældende ret for ordregivers anskaffelse gennem udbud. I de tilfælde, hvor der ikke opnås den nødvendige klarhed herved, anvendes subjektiv lovfortolkning, hvor forarbejderne til forslag til udbudsloven²⁸ inddrages som fortolkningsbidrag for nærmere at klarlægge intentionerne med de enkelte bestemmelser.²⁹

Kontrakter, som indgås mellem offentlige ordregivere og en leverandør, befinder sig i et krydsfelt mellem offentlig ret og privatret. Således beror gældende dansk udbudsret på en fortolkning af forskellige elementer af både offentlig og privatretlig karakter.³⁰ Analysen tager afsæt i det privatretlige udgangspunkt om, at der i overvejende grad eksisterer aftalefrihed og kontraktautonomi mellem parterne, men inddrager også relevante bestemmelser om de processuelle, personelle og materielle aspekter fra udbudsloven til belysning af, hvordan aftalefriheden mellem parterne begrænset af udbudslovens regler.

Endvidere vil obligationsretten og udvalgte retsfigurer herunder blive inddraget med henblik på at fastlægge parternes forpligtelser i en it-udviklingsleverance, når andet ikke følger af den indgåede aftale. I denne fremstilling er der et særligt fokus på at udlede gældende ret i medfør af loyalitetsgrundsætningen. I den forbindelse anvendes en nyligt afsagt norsk dom³¹ som fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af parternes gensidige forpligtelser samt udstrækningen heraf. Til trods for, at præjudikatværdien af dommen i en vis grad er tvivlsom, vurderes indsigterne yderst anvendelige i nærværende sammenhæng, eftersom retspraksis på området for it-udviklingskontrakter er meget sparsom.

²⁵ Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2017) "Retskilder og retsteorier". København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 29-30.

²⁶ Lov nr. 1564 af 15/12/2015 om udbud.

²⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

²⁹ Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2017) "Retskilder og retsteorier". København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 244.

³⁰ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) "EU's udbudsregler – i dansk kontekst". København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 71.

³¹ Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen. Dommen er i skrivende stund anket til næste instans. Dommen findes i *Bilag 1* til nærværende afhandling.

Foruden ovenstående inddrages K02 til at udlede gældende ret, da standardbestemmelserne heri er at betragte som sædvaner på området for it-udviklingsprojekter.

Ud over ovenstående inddrages relevant retspraksis til at fastlægge indholdet og betydningen af forskellige begreber og i forbindelse med fastlæggelsen af retstilstanden på visse områder.

1.6. Økonomisk metode

De to væsentligste økonomiske retninger inden for det erhvervsøkonomiske fakultet på Handelshøjskolen i København er neoklassisk og nyinstitutionel økonomi. De to retninger har en lighed i, at det er markedet, der er analyseniveauet, og virksomheden, der er analyseenheden. Der opereres imidlertid med forskellige aktørforudsætninger inden for de to retninger. Inden for neoklassisk økonomi opereres med forudsætningerne, at aktørerne på et marked med fuldkommen konkurrence er fuldt rationelle, der er perfekt information, virksomhedernes beslutninger kan analyseres uafhængigt af hinanden, produktet på markedet er homogent, og der ikke eksisterer nogen entry- eller exit-barrierer.³² Disse forudsætninger har imidlertid været genstand for kritik, da de synes virkelighedsfjerne og derfor ikke er illustrative i forhold til analysere virksomheders beslutningstagen i den virkelige verden.

I nyinstitutionel økonomi er aktørforudsætningerne, at aktørerne er begrænset rationelle, egenoptimerende inden for den institutionelle ramme samt opportunistiske. Mest centralt i denne sammenhæng synes at være, at nyinstitutionel økonomi, modsat neoklassisk økonomi, inddrager transaktionsomkostninger. Begrebet transaktionsomkostninger dækker over de omkostninger, som er forbundet med en transaktion. I forbindelse med indgåelse af kontrakter vil der bl.a. være omkostninger forbundet med selve kontraktindgåelsen, såsom forhandlings- og konciperingsomkostninger. Dermed følger det, at des mere udførlig en kontrakt udformes, des mere vil transaktionsomkostningerne i forbindelse med kontraktindgåelsen stige. Da økonomiske aktører er begrænset rationelle, er tanken om udformning af komplette kontrakter usandsynlig, og selv hvis muligt, ville en kontrakt, som specificerer, hvad parterne skal gøre i alle tænkelige situationer, indebære væsentlige transaktionsomkostninger. Selv hvis muligt, bør det altså grundet transaktionsomkostninger ikke tilstræbes af parterne at koncipere en komplet kontrakt. I stedet kan det være efficient, at parterne inden kontraktindgåelsen (ex ante) specificerer en konkret konfliktløsningsmetode, som skal anvendes, hvis der opstår uventede omstændigheder.³³

Foruden det nyinstitutionelle økonomiske udgangspunkt er det kontraktøkonomi, der danner de overordnede rammer for den økonomiske metode. Kontraktøkonomi er en forgrening under retsøkonomien, hvor analyseniveauet går fra et samfundsniveau til et kontraktniveau. Retsøkonomien anvendes fx til at forklare og forudsige, hvordan forskellige aktørers handlinger bliver påvirket af en ændring af retsreglerne. Det samme gør sig gældende for kontraktøkonomi, hvor det blot er en anden juridisk styringsmekanisme, som belyses, nemlig kontrakten. Et centralt mål inden for kontraktøkonomien er, at parterne opnår et efficient ressourceforbrug.³⁴ Til vurdering heraf anvendes begreberne Pareto og Kaldor Hicks i analysen.

³² Østergaard, K. (2003). Metode på cand. merc. jur. studiet. Julebog 2003, s. 272-273.

³³ Knudsen, C. (1997) *Økonomisk metodologi bind 2 - Virksomhedsteori og industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 232-232.

³⁴ Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur studiet" Julebog (2003) s. 282-283.

Et helt centralt element i den økonomiske analyse er spørgsmålet om parternes referencepunkter. Begrebet blev første gang behandlet af Daniel Kahneman og Amos Tversky, der satte sig for at undersøge de mekanismer, som præger menneskers beslutningstagen.³⁵ Med Kahneman og Tverskys prospektteori får den økonomiske analyse et adfærdsøkonomisk perspektiv. Adfærdsøkonomien har vist sig at præge senere kontraktøkonomiske teorier, herunder særligt Oliver Hart og John Moores teori om kontrakter som referencepunkter³⁶. Teorien bidrager til at vise, hvordan parternes beslutningstagen er afhængig af deres referencepunkter. Hart og Moores teori bidrager til at forstå parternes beslutningstagen ved indgåelse af henholdsvis rigide og fleksible kontrakter. Efter gennemgangen af Hart og Moores teori vil den økonomiske teori indsnævres til at centrere sig om kommunikations betydning for parternes kontraktuelle referencepunkter. Til illustration af kommunikations betydning inddrages en artikel af Charness et al.³⁷, som gennem en række opstillede forsøg har undersøgt, om det har betydning for parternes referencepunkter samt indgåelsen af henholdsvis rigide og fleksible kontrakter, hvis parterne kommunikerer forud for kontraktindgåelsen. Afslutningsvis inddrages David Frydlinger og Oliver Harts teori om ukomplette kontrakter³⁸ med henblik på at undersøge, om det vil påvirke parterne referencepunkter og beslutningstagen, hvis et princip om loyalitet samt en struktureret kommunikationspligt inkorporeres i kontrakten, samt hvorvidt dette leder til et efficient resultat for parterne. Ovenstående økonomiske teorier anvendes partielt i analysen. Der vil være forudsætningsbrud og justeringer undervejs med henblik på at målrette og simplificere teorierne, så de kan anvendes til at kvalificere nogle af de overvejelser, ordregiver står over for i forbindelse med gennemførelse af et udbud vedrørende en it-udviklingsleverance, samt at synliggøre betydningen af særligt kommunikation.

1.7. Erhvervsjuridisk metode

Den erhvervsjuridiske metode er en interdisciplinær metode mellem jura og økonomi og danner den overordnede metodiske ramme i nærværende afhandling. Den retsdogmatiske metode er grundstenen i den erhvervsjuridiske metode. Fastlæggelsen af gældende ret er afgørende i anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode, da gældende ret danner grundlag for virksomheders beslutningstagen i et privatretligt såvel som offentligretligt perspektiv. Den erhvervsjuridiske metode indebærer, at økonomiske modeller og teorier inddrages i analysen, og skal i samspil med retsdogmatikken kvalificere virksomhedens beslutningstagen.³⁹

Retsdogmatisk metode er aktøruafhængig, og der er ikke et bestemt analyseniveau eller analyseenhed. Den erhvervsjuridiske metode adskiller sig ved, at den opererer med en på forhånd fastlagt problemejer, og analyseniveauet er virksomheden. I nærværende afhandling er denne ordregiver.

Sondringen mellem offentlig ret og privatret er af væsentlig betydning ved anvendelse af den erhvervsjuridiske metode. Det skyldes, at offentlig ret skal overholdes af virksomheder, hvorfor virksomheden ikke besidder uanede muligheder for at inddrage økonomiske modeller og

³⁵ Kahneman, Daniel. (2011) *Thinking, fast and slow*. Macmillan, s. 271 ff.

³⁶ Hart, Oliver and John Moore. 2008. *Contracts as Reference Points*. *Quarterly Journal of Economics* 123(1): 1-48.

³⁷ Charness et al., *Let's talk: How communication affects contract design*, 2014.

³⁸ Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019), *Havard University, "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles"*.

³⁹ Østergaard, K. (2014) "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben" *Retfærd* 37 (3/149) s. 7-8.

teorier. Anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode i offentligretligt henseende er derfor af begrænset betydning.⁴⁰

Til trods for at den erhvervsjuridiske metode anses for at have begrænset betydning i forhold til offentlig ret, er det ikke udelukket, at offentligretlig regulering kan have en betydning for virksomhedens strategiske beslutninger.⁴¹ I nærværende afhandling har offentlig ret, navnlig udbudsretten, en væsentlig betydning. Til trods for, at udbudsretten opstiller nogle begrænsninger, indebærer den ligeledes en række strategiske beslutninger for ordregiver i relation til fx valg af udbudsprocedure og i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet, herunder kontrakten. En beslutningstagen, som med fordel kan kvalificeres af økonomisk teori. Kontraktøkonomi er væsentlig i denne sammenhæng og udgør det væsentligste økonomiske fundament for, hvordan kontrakten mellem en ordregiver og it-leverandør bør indgås og konciperes.⁴²

Den erhvervsjuridiske metode er som nævnt den overordnede metodiske ramme, hvorfor den i nogen grad inddrages løbende i afhandlingen. Det er imidlertid i det sidste kapitel, at den erhvervsjuridiske metode foldes ud, og hvor samspillet mellem afhandlingens juridiske og økonomiske delkonklusioner bringes i spil. Vi tilstræber her at rokke ved retsdogmatikken reaktive natur og nedlægge et proaktivt perspektiv, hvor et kendskab til gældende ret udgør et centralt element i at fastsætte muligheder og begrænsninger i virksomhedsudøvelse.⁴³

Der indtages i afhandlingen en positivistisk såvel som normativ tilgang, hvorved gældende ret vedrørende gennemførelse af et udbud af anskaffelsen af en it-udviklingsleverance udledes, efterfulgt af en normativ tilgang i relation til, hvordan kontrakten bør indgås, anvendes samt konciperes for størst mulig værdiskabelse.

⁴⁰ Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur. studiet" Julebog (2003) s. 281.

⁴¹ Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur. studiet" Julebog (2003) s. 282.

⁴² Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur. studiet" Julebog (2003) s. 278.

⁴³ Østergaard, K. (2014) "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben" Retfærd 37 (3/149) s. 4.

1.8. Struktur for afhandlingen

Kapitel 1: Afhandlingens første kapitel introducerer læseren for afhandlingens problemfelt med en indledende motivationsbeskrivelse efterfulgt af afhandlingens problemformulering. Læseren gives desuden et indblik i afhandlingens synsvinkel, metode og afgrænsning.

Kapitel 2: Afhandlingens andet kapitel introducerer læseren for it-retten og nogle af de særegenheder, som er karakteriseret ved it-kontrakter. Endvidere er formålet, at læseren får en begrebsforståelse og en indsigt i de forskellige tilgange til it-udviklingsprojekter.

Kapitel 3: Tredje kapitel opridses kort den overordnede ramme for afhandlingen, nærmere bestemt strategisk kontrahering. Formålet er, at læseren på et overordnet niveau får en indsigt i de grundlæggende rationaler, begreber og mekanismer, som ligger under teorirammen i strategisk kontrahering.

Kapitel 4: Afhandlingens fjerde kapitel gennemgår den retlige ramme for indgåelse af it-kontrakter vedrørende programmeludvikling mellem ordregiver og leverandøren. Læseren indføres i det privatretlige såvel som offentligretlige perspektiv, som har indflydelse på parternes retstilstand, når ordregiver indkøber it-systemer.

Kapitel 5: Afhandlingens femte kapitel består udelukkende af økonomisk teori. Det er således i dette kapitel, at det økonomiske rationale for ordregivers beslutningstagen i forhold til indgåelse af kontrakten med leverandøren skal findes. Den økonomiske analyse har et kontraktøkonomisk perspektiv og centrerer sig særligt om spørgsmålet om, hvilken rolle parternes referencepunkter har.

Kapitel 6: Afhandlingens sjette kapitel udgør afhandlingens integrerede del, og det er her, hvor den interdisciplinære metode mellem økonomi og jura kommer til sin ret. Med udgangspunkt i gældende ret og de økonomiske resultater, som er udledt i afhandlingens foregående kapitler søges det at fremsætte konkrete forslag og tiltag, som en ordregiver kan anvende i forbindelse med kontraktindgåelser vedrørende længerevarende komplekse it-udviklingsleverancer.

2. It-kontraktretten

2.1. Introduktion

It-kontraktretten kan ved første øjekast virke som en kompleks og uoverskuelig størrelse, som er svær at finde hoved og hale i. Nærværende kapitel har til formål at opridses it-kontraktretten i store linjer med henblik på at tegne et billede af, hvilket område inden for it-kontraktretten nærværende afhandling bevæger sig på.

Som nævnt i Afsnit 1.1, Indledning, er omsætningen i it-branchen i kraftig vækst, og både private virksomheder og offentlige myndigheder investerer betydelige beløb i indkøb, udvikling og drift af it-systemer. Effektiv it er et krav, for at virksomheder kan opfylde kundernes behov, og for at det offentlige kan betjene borgerne i dagens Danmark, og derfor investeres ofte to- og trecifrede millionbeløb i udvikling og drift af it-systemer.⁴⁴ Hvor stor betydning det har for Danmarks borgere, hvis it-systemer ikke fungerer, illustreres glimrende af POLSAG-projektet i politiet, som i 2012 blev standset med et tab på cirka 500 mio. kr. til følge⁴⁵, Arbejdsmarkedsstyrelsens system Amanda, som blev skrottet i 2008, efter at have haft en omkostning på 650 mio. kr.⁴⁶ samt Mærskts omfattende it-problemer i relation til virksomhedens containerafdeling, som ifølge analytikere resulterede i et tab på 1,5 mia. kr.⁴⁷

Grundet de store omkostninger forbundet med it-ydelser og det faktum, at ydelserne ofte har en vital betydning for velfærdssamfundet, kan det få enorme konsekvenser, hvis noget går galt. Det betyder, at der er behov for en stor grad af forudsigelighed og gennemsigtighed i aftaleforholdet mellem den offentlige ordregiver og it-leverandøren. At udarbejde it-kontrakter kræver endvidere en omfattende indsigt i den juridiske reguleringsramme, som uddybes i afhandlingens Kapitel 4.

Foruden indsigt i baggrundsretten stilles der i øvrigt i stigende grad krav til selve udformningen af kontrakten, både for så vidt angår indhold, struktur og koncipering. En kontrakt har tidligere været opfattet som en formalitet, der udarbejdes af jurister, og som i praksis ikke bliver anvendt i særlig høj grad før på det tidspunkt, hvor der opstår en konflikt i kontraktrelationen. Dette er ikke tilfældet længere, og især i forbindelse med it-anskaffelser anses kontrakten for et vigtigt styringsredskab, der skal bidrage til en vellykket gennemførelse af it-projektet og sikre, at begge parter hver især leverer det, de skal, og modtager de ydelser, de har krav på. Denne øvelse varetages ofte af parternes respektive contract managers. Blandt kundens (ordregivers) contract managers vigtigste opgaver er at sikre, at leverandøren leverer det, kunden betaler for, og at leverandøren ikke får ekstra betaling for ydelser, som allerede er omfattet af aftalen. En af leverandørens contract managers vigtige opgaver er at sikre, at der opkræves ekstra betaling for ydelser, som ikke var omfattet af aftalen, og som dermed ikke er omfattet af den faste pris. Endvidere omfatter en contract managers opgaver at bistå de respektive parter i forhandlinger med modparten. For at kunne anvende kontrakten som et aktivt styringsredskab stilles der nogle specifikke krav til kontrakten. Især stilles der krav om, at kontrakten indeholder bestemmelser, som ikke kun fokuserer på beskrivelse af ydelsen og misligholdelsesbeføjelser, men også på den proaktive løbende styring af kontrakten, fx bestemmelser om samarbejdsrelationer, reaktionsmuligheder ved problemer,

⁴⁴ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 585.

⁴⁵ <https://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2012/regeringen-lukker-omstridt-polsag-projekt>.

⁴⁶ <http://magasin.samdata.dk/10-af-de-stoerste-it-skandaler/>.

⁴⁷ <https://www.computerworld.dk/art/42248/soederberg-aergrer-sig-over-maersks-it-problemer>.

der endnu ikke kan karakteriseres som misligholdelse, informationsforpligtelser osv.⁴⁸ Denne forholdsvis nye, mere proaktive tilgang til kontraktkoncipering, også kaldet strategisk kontrahering, er yderst central for nærværende afhandling og vil blive uddybet i Kapitel 3.

2.2. De forskellige typer af it-leverancer

Der er stor forskel på kompleksiteten af kontrakten, afhængigt af hvilken konkret it-ydelse, der er at gøre med, hvorfor der ved udarbejdelsen af kontrakten må skelnes mellem forskellige typer af it-leverancer.⁴⁹

Der sondres på et overordnet plan mellem fire grundlæggende typer af it-kontrakter, nemlig kontrakter vedrørende henholdsvis maskinel, standardprogrammel, specialudvikling af programmel samt servicebureauydelse.⁵⁰ Det hører dog til historien, at det i langt de fleste tilfælde ses, at it-kontrakter er en kombination af de forskellige typer af kontrakter.⁵¹

2.3. Kontrakter vedrørende maskinel

Kontrakter vedrørende køb af maskinel (hardware) indbefatter køb af fysiske genstande, som kan kategoriseres under it. Det gælder både de ydre og indvendige dele og kan fx være smartphones, computere, herunder harddiske, mainframes (servere) m.v. Når kunden (ordregiver) skal foretage et køb af maskinel, vil der typisk være tale om et løse køb, som falder under købelovens bestemmelser, hvilket er relevant i forhold til spørgsmål, som ikke er reguleret i kontrakten, da købelovens bestemmelser om handelskøb i så fald finder anvendelse.⁵²⁵³

2.4. Kontrakter vedrørende standardprogrammel

Når kundens (ordregivers) behov kan opfyldes ved brug af såkaldt standardprogrammel⁵⁴, stilles programmet typisk til rådighed for ordregiver på vilkår, der følger af en softwarelicensaftale. Der sondres overordnet set mellem proprietære licensaftaler og open source-licensaftaler. Proprietære licensaftaler er aftaler, hvor brugeren af programmet har nogle afgrænsede brugsrettigheder, mens alle ophavsrettigheder og ejendomsrettigheder tilhører leverandøren. Open source-licensaftaler stiller derimod kildekoden for programmet gratis til rådighed for brugerne og giver desuden brugeren en næsten uindskrænket ret til at kopiere, videreudvikle, ændre og videresælge programmet.⁵⁵

⁴⁸ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 618.

⁴⁹ Nørager-Nielsen (1987), Edb-kontrakter, s. 30.

⁵⁰ Ibid. s. 30.

⁵¹ Ibid. s. 31.

⁵² Som nævnt er it-kontrakter ofte en kombination af forskellige it-ydelser, hvorfor den samlede præstation i kontrakten ofte vil være opdelt i en køberetlig del og en del, som har karakter af en tjenesteydelse.

⁵³ Nørager-Nielsen, (1987), Edb-kontrakter, s. 20 og 25-27.

⁵⁴ Standardprogrammel er programmel (ofte kaldet software), som ikke er udviklet til en specifik brugers behov, men derimod til opfyldelse af en bred skare af brugeres behov.

⁵⁵ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 602.

2.5. Kontrakter vedrørende specialudvikling af programmel

Selvom standardprogrammel dækker mange behov, er der alligevel tilfælde, hvor ordregivers behov ikke kan opfyldes ved hjælp heraf. I de tilfælde er der behov for specialudvikling af programmel. Det er ofte tilfældet, når ordregiver har behov for programmel, som er særligt omfattende, og som skal interagere med andet programmel i organisationen.⁵⁶ I sjældne tilfælde foregår specialudvikling af programmel helt fra bunden, mens det i langt de fleste tilfælde foregår ved, at der videreudvikles på allerede udviklet standardprogrammel.

En af de væsentligste fordele ved specialudvikling generelt er, at ordregiver selv kan vælge, hvilke specifikke funktioner programmelt skal have, således at det understøtter de konkrete arbejdsgange i organisationen. Blandt ulemperne er, at specialudvikling er væsentligt dyrere end anskaffelse af standardprogrammel, eftersom omkostninger til både udviklingen, drift og vedligehold ikke kan fordeles over et stort antal brugere, men skal afholdes af ordregiver selv. Specialudvikling foregår desuden i tæt samarbejde mellem ordregiver og leverandør, hvilket stiller store ressourcemæssige krav til ordregivers involvering i processen. Derudover er der en større risiko forbundet med specialudvikling end ved køb af standardprogrammel som følge af dels risikoen for, at udviklingen bliver forsinket, og risikoen for, at det udviklede programmel har en række "børnesygdomme", som besværliggør arbejdsgangene i organisationen, indtil der er rettet op på dem.⁵⁷

I samarbejdet mellem ordregiver og it-leverandøren, hvor it-leverandøren skal specialudvikle programmel til ordregivers organisation, eksisterer ydelsen (det specialudviklede programmel) ikke på tidspunktet for aftaleindgåelsen.⁵⁸ Det er derfor meget vanskeligt for ordregiver at definere præcis, hvilke funktionaliteter programmelt skal have, hvilket resulterer i en kompleks udviklingsproces med stor risiko for uforudsete hændelser og for, at ordregiveren løbende indser, at ordregivers behov er anderledes end først antaget.

Risikoen medfører et dilemma, som består i, at ordregiver gerne vil have en fast pris-model for udvikling af systemet med henblik på at undgå, at prisen løber løbsk i løbet af udviklingen. Det er for leverandøren dog vanskeligt at give en fast pris, eftersom ydelsen som nævnt ikke ligger fast på forhånd.⁵⁹

I praksis håndteres dilemmaet ved anvendelse af forskellige former for leverancemodeller, henholdsvis vandfaldsmodellen og agile udviklingsmodeller.⁶⁰

Når vandfaldsmodellen anvendes, udarbejder ordregiver en kravspecifikation, som specificerer præcis, hvilke krav programmelt skal opfylde. Leveringen og risikoovergangen for det samlede system er ved godkendt afsluttende prøve, og opfylder systemet ikke kravspecifikationen, er det leverandørens ansvar at tilrette systemet. Ønsker ordregiver ændringer ved systemet, som ikke følger af kravspecifikationen, skal ordregiver selv afholde omkostningerne hertil. K01 og K02 bygger på en klassisk vandfaldsmodel. Fordelen ved vandfaldsmodellen er, at den medfører forudsigelighed for begge parter i relation til den endelige pris. Ulempen er, at der ikke er stor fleksibilitet, hvilket stiller store krav til, at ordregiver kender

⁵⁶ Ibid. s. 598.

⁵⁷ Ibid. s. 599.

⁵⁸ Nørager-Nielsen (1987), Edb-kontrakter, s. 394.

⁵⁹ Nørager-Nielsen (1987), Edb-kontrakter, s. 394.

⁶⁰ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 599.

sine behov til systemet ved projektets begyndelse, hvilket langt fra altid er muligt.⁶¹ Hvis parterne ikke kommunikerer i løbet af projektet, er der derfor en stor risiko for, at leverandøren går i én retning, mens ordregiver forventer, at leverandøren går i en helt anden retning, hvilket i yderste konsekvens resulterer i, at parterne først indser ved den afsluttende prøve, at de har misforstået hinanden.

Alternativet til vandfaldsmodellen er agil udvikling. Der eksisterer forskellige metoder til gennemførelse af agil udvikling, herunder for eksempel Scrum og Extreme Programming, men der eksisterer dog ingen entydig definition af, hvad den agile udviklingsmodel indebærer.⁶² I agil udvikling er der ingen endelig kravspecifikation, da meningen er, at udviklingen foregår i en række kortere delforløb i tæt samarbejde mellem ordregiver og leverandør, hvorved der gives mulighed for at reagere på ændringsbehov som følge af uforudsete begivenheders indtræden undervejs. K03 er udarbejdet til brug for anvendelse ved agile it-projekter.

Ved anskaffelsen af programmel, som i høj grad skal specialudvikles til det offentlige, bygger kontrakten ofte på vandfaldsmodellen, og K02 anvendes i den forbindelse som udgangspunkt ved udformningen af kontrakten. K02 anvendes dog sjældent i sin rene form, da den blev udarbejdet i 2007 og som følge af den hurtige digitale udvikling ikke længere er tidssvarende på flere områder.⁶³

2.6. Kontrakter vedrørende servicebureauudvelser

Kunden (ordregiver) vil ofte have behov for, at leverandøren, efter at programmet er overtaget, bistår med at drifte og vedligeholde programmet, så eventuelle fejl løbende rettes ved vedligeholdelse, og tilgængeligheden af systemet sikres gennem et solidt driftsmiljø.

2.7. Vedligeholdelsesaftaler

Intet programmel er fejlfrit, og uanset hvor gennemtestet et it-system er, vil der efter brug løbende blive opdaget nye fejl i systemet. Dette gælder særligt for store og komplekse systemer, hvor en afprøvning af samtlige funktioner i systemet ikke er muligt før ibrugtagning. Ofte indgås der derfor en vedligeholdelsesaftale, der forpligter leverandøren til løbende at foretage fejlrettelser.⁶⁴ Leverandørens forpligtelse til at foretage fejlrettelser er i sagens natur mere omfattende og detaljeret reguleret, når den vedrører specialprogrammel, end når den vedrører standardprogrammel. Derfor vil der efter overleveringen af det specialudviklede programmel ofte indgås en særskilt vedligeholdelsesaftale med leverandøren, som ud over at rumme en pligt for leverandøren til at foretage fejlrettelser også kan rumme et supportelement, som skal hjælpe med at besvare spørgsmål fra systemets brugere.

⁶¹ Ibid. s. 598.

⁶² Ibid. s. 600.

⁶³ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/>.

⁶⁴ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 603.

2.8. Driftsaftaler

Et solidt driftsmiljø er afgørende for, at et it-system er tilgængeligt for dets brugere. Driftsmiljøet består af de computere, som programmerne kører på, og et netværk, som forbinder de forskellige computere. Kunden (ordregiver) kan selv vælge at etablere og drive det centrale driftsmiljø, men ofte vælger kunden at lade leverandøren varetage driften med henblik på bedre drift, besparelser og at kunne bevare fokus på egne kernekompetencer. Driftsydelsen i aftalen kan bestå af en række forskellige ydelser, fx at stille serverkapacitet til rådighed, sikre optimal drift af kundens programmel samt lave backups af kundens systemer.⁶⁵ K04 er udviklet til anvendelse i aftaler, der vedrører drift af it-systemer.

2.9. Sammenfatning

Nærværende kapitel har givet en overordnet, kortfattet indflyvning til it-kontraktretten, som den ser ud i dag. Der eksisterer forskellige typer af it-leverancer, og typen af leverance har stor betydning for, hvordan kontrakten skal udformes. Særligt kontrakter vedrørende specialudvikling af programmel stiller store krav til udformningen af kontrakten, da ydelsen ikke eksisterer på tidspunktet for kontraktindgåelsen, og det er derfor den type af kontrakter, som giver anledning til flest udfordringer. Ved anskaffelsen af specialudviklet programmel i det offentlige tages ofte udgangspunkt i K02, men da K02 sjældent anvendes i sin rene form, stilles ved udformningen af kontrakten store krav til en indgående viden om den juridiske reguleringsramme samt til, at kontrakten udformes, så den kan anvendes som et aktivt styringsredskab igennem it-projektet.

⁶⁵ Ibid. s. 602-604.

3. Strategisk kontrahering

3.1. Introduktion

I den seneste årrække er der sket en bevægelse inden for tilgangen til kontrakter. Det anerkendes i stigende grad, at en proaktiv tilgang til kontrakter kan anvendes af virksomheder til at opnå strategiske fordele. Særligt inden for de seneste 10-15 år er værdien af denne nye tilgang blevet belyst i litteraturen i både ind- og udland.⁶⁶

Helt grundlæggende handler den proaktive tilgang til kontrakter om at bevæge sig væk fra, at kontrakter er noget, som opfattes som en formalitet, og hen mod, at kontrakter kan bruges som et aktivt styringsredskab.

Den efterhånden omfattende litteratur om proaktive og strategiske kontrakter samt undersøgelser, som underbygger værdien heraf⁶⁷, finder vi overbevisende, hvorfor det også er i dette lys, at denne afhandling er udarbejdet.

Konkret tager vi udgangspunkt i det perspektiv inden for bevægelsen, som indtages af Bent Petersen og Kim Østergaard i artiklen *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*⁶⁸, som behandler de overordnede rammer inden for teorirammen strategisk kontrahering, og hvori Petersen & Østergaard definerer strategisk kontrahering på følgende måde:

“In contrast, we view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rent through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contract parties, protect knowledge exchange and relationship specific investments from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership arrangement through which the contracting parties aim to achieve joint competitive advantage.”⁶⁹

Kontrakter inden for konventionel kontrahering har ofte fokus rettet mod at overføre flest mulige risici på medkontrahenten, hvorved succeskriteriet er, at modparten afskæres fra at kunne rejse krav mod kontrahenten (fx som følge af ansvarsfraskrivelser og lignende).

I strategisk kontrahering er der derimod fokus på at dele risici og gevinster og på at opnå incitamentsforenelighed⁷⁰ parterne imellem for derved at skabe relationsrente. Relationsrente er et

⁶⁶ Se bl.a. Matteo, Larry A. (2010) “Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage”. *American Business Law Journal* og red. Berger-Walliser, Gerlinde & Østergaard, Kim: (2012) “The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Proactive Law Movement”. Djøf Forlag.

⁶⁷ Se bl.a. IACCM (2014). “2013/2014 Top Terms in Negotiation”.

⁶⁸ Petersen, Bent & Østergaard, Kim. (2018). *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*. *Journal of Business & Industrial Marketing* s. 265-276.

⁶⁹ *Ibid.* s. 265-276.

⁷⁰ Incitamentsforenelighed mellem parterne opstår, når der via kontrakten skabes de rette incitamenter for hver af parterne til at udnytte deres komplementære ressourcer på en måde, der gavner selve samarbejdet bedst muligt.

udtryk for den overnormale profit i kontraktrelationen, og opnår man relationsrente, indebærer det, at afkastet er lavere i en alternativ kontraktrelation.⁷¹

Hvor parterne i konventionelle kontrakter håber, at kontrakten ikke skal genbesøges, efter at signaturen er sat, bestræber parterne sig ved anvendelse af strategiske kontrakter på, at kontrakten skal bruges som et proaktivt styringsredskab i hele samarbejdets varighed, hvilket danner grundlag for et godt samarbejde. For at en kontrakt kan fungere som et proaktivt styringsværktøj, kræver det, at den indeholder proaktive klausuler.⁷² Konventionelle kontrakter består udelukkende af reaktive klausuler, mens strategiske kontrakter består af en kombination af begge typer klausuler.

3.2. Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger er omkostninger, der rækker ud over den rene prismekanisme i forbindelse med køb og salg af varer og ydelser, for eksempel informationsøgning-, konciperings-, og håndhævelsesomkostninger.⁷³ Det centrale i relation til kontraktindgåelse og transaktionsomkostninger er, at der skal foretages en afvejning af, hvor mange omkostninger der bør afholdes ved indgåelsen og udarbejdelse af kontrakten (ex ante) med henblik på at løse eventuelle konflikter efter kontraktens indgåelse (ex post).

I dansk litteratur er de forskellige transaktionsomkostninger i løbet af en kontraktens livscyklus blevet omtalt som de fire K'er.⁷⁴ Det første K står for "kontaktomkostninger", som er de søgeomkostninger, der ex ante er forbundet med at finde en ny og velegnet samarbejdspartner at indgå kontrakt med. Det andet K står for "kontraktforhandling", som repræsenterer de transaktionsomkostninger, som parterne ex ante bruger på at forhandle om, hvordan kontraktens risici skal fordeles mellem dem, og hvilke bestemmelser kontrakten skal indeholde. Det tredje K står for "kontraktkoncipering", som repræsenterer de transaktionsomkostninger, som parterne bruger på at udarbejde kontrakten. Det fjerde K står for "kontrolomkostninger", som repræsenterer de omkostninger, der er forbundet med, at parterne hver især iværksætter kontrolforanstaltninger for at monitorere og overvåge, at medkontrahenten ex post overholder kontrakten, og i relation hertil de eventuelle omkostninger, der måtte opstå i forbindelse med en domstolsprøvelse.⁷⁵

I strategisk kontrahering opereres der med to yderligere former for transaktionsomkostninger, som afholdes ex post, to ekstra K'er.⁷⁶ Det ene K står for "kontraktjusteringsmekanismer", som knytter sig til

⁷¹ Dyer & Singh definerede begrebet relationsrente som "supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners." Dyer and Singh s. 662 I denne artikel har Dyer & Singh endvidere fundet frem til, at såfremt fire kumulative betingelser er opfyldt i relationen, vil denne fordel være at opnå. Disse fire kumulative betingelser er henholdsvis; 1) komplementære ressourcer, 2) relationsspecifikke investeringer, 3) vidensdeling samt 4) effektiv styringsform.

⁷² Proaktive klausuler er klausuler, der tager sigte på at mindske eller hindre konflikter, inden de eskaleres, hvorimod reaktive klausuler først træder i kraft, når konflikten er eskaleret eller pludselig opstået.

⁷³ For nærmere, se Coase, R. H. (1937) "The Nature of the Firm", *Economica*.

⁷⁴ Østergaard, K. (2016) "Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer," in Jul Clausen, N., Dahlberg Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red.), *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Stem Schamburg-Müller*, 1. udg. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 440.

⁷⁵ Ibid. s. 440.

⁷⁶ Milgrom, Paul m.fl.; *Economics, Organization and Management*; 1992; side 32.

omkostningerne forbundet med anvendelsen af for eksempel hardship-klausuler (som gør en kontrakt fleksibel i de gennemgåede teorier). Det andet K står for "kommunikation" og vedrører omkostninger forbundet med den pligt, som i strategisk kontrahering påhviler parterne, til at udveksle strategisk information i løbet af kontraktens løbetid med henblik på at skabe relationsrente.

3.3. Incitamentsforenelighed

I forbindelse med udarbejdelsen og indgåelsen af en kontrakt besidder kontraktparterne som følge af asymmetrisk information ikke samme viden om og/eller samme opfattelse af, hvilke forhold der efter kontraktindgåelsen kan påvirke kontraktrelationen. Hvis den ene part ved kontraktindgåelsen for eksempel er bedre i stand til at forudse og kalkulere med en given efterfølgende omstændigheds indtræden end modparten, kan det føre til en situation, hvor parternes risikopræference ikke er korrekt reflekteret i kontraktgrundlaget.

Dette understreger, at bekæmpelse af asymmetrisk information er en afgørende faktor, hvis man skal udforme en efficient kontrakt, der skaber incitamentsforenelighed mellem parterne. Strategisk kontrahering foreskriver, at informationsasymmetrien i en kontraktrelation kan mindskes, såfremt der skabes incitamentsforenelighed, og at dette kan opnås gennem en kombination af proaktive og reaktive klausuler i kontrakten samt via relationsspecifikke investeringer⁷⁷ i kontrakten.⁷⁸

3.4. Sammenfatning

Ovenstående gennemgang af nogle af de væsentligste fokuspunkter inden for strategisk kontrahering vidner om, at inkorporering af proaktive bestemmelser i kontrakten er afgørende, for at kontrakten kan anvendes som et aktivt styringsredskab i hele samarbejdets varighed med henblik på at danne grundlag for incitamentsforenelighed og dermed et vellykket samarbejde.

I lyset heraf synes det oplagt at undersøge, hvorvidt kommunikationen mellem ordregiver og leverandøren kan bidrage til at skabe incitamentsforenelighed mellem parterne i aftaler om specialudviklet programmel, samt om det er muligt og understøtter vellykkede it-projekter at indarbejde en proaktiv klausul med en gensidig kommunikationspligt i kontrakten.

⁷⁷ Relationsspecifikke investeringer er investeringer, som en part foretager udelukkende med henblik på anvendelse i den eksakte relation, og som derfor ikke kan overføres til en alternativ kontraktrelation.

⁷⁸ Petersen, Bent & Østergaard, Kim. (2018). Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business & Industrial Marketing* s. 265-276.

4. Den retlige ramme

4.1. Introduktion

I nærværende kapitel vil den udbudsretlige ramme for ordregiver ved anskaffelse af større komplekse it-ydelser undersøges i forhold til valg af udbudsprocedurer og efterfølgende ændringer i kontrakten. Nærmere bestemt undersøges det, hvilke udbudsprocedurer der er tilgængelige for den offentlige ordregiver ved anskaffelse af større komplekse it-ydelser, i hvilket omfang ordregiver har adgang til at kommunikere med potentielle leverandører i de forskellige procedurer, samt hvilke muligheder en ordregiver har i henhold til udbudsloven for at håndtere efterfølgende omstændigheder. Endvidere vil det udledes, hvilke forpligtelser parterne har i medfør af baggrundsretten og K02 i relation til at kommunikere om forhold, som påvirker kontraktens indgåelse eller opfyldelse.

4.2. Aftalen som omdrejningspunkt

Omdrejningspunktet for reguleringen af ordregiveren og it-leverandørens indbyrdes forhold er den imellem dem indgåede aftale. Systemudvikling er så kompleks en størrelse, at det ofte er vanskeligt at fastlægge præcis, hvad der indgår i den aftalte leverede ydelse, og ydermere kan ordregivers behov ændre sig i løbet af projektet. Endvidere er der et behov for, at ordregiver involveres i projektet i løbet af processen, fx i forbindelse med afprøvning og tilretning af systemet. Det betyder, at der stilles store krav til udformningen af selve kontrakten, således at det står klart for ordregiver såvel som It-leverandøren, hvilke forpligtelser og rettigheder kontrakten indebærer for parterne.⁷⁹

Som udgangspunkt er der i dansk ret aftalefrihed, jf. AFTL § 1⁸⁰ og DL 5-1-1 og 5-1-2⁸¹. Det betyder, at det i udgangspunktet er frivilligt, hvem der indgår aftaler med, og at det er op til parterne at bestemme aftalens indhold og form, herunder om aftalen indgås mundtligt eller skriftligt, hvad parterne vil binde sig til at skylde hinanden, og hvilke beføjelser parterne har i tilfælde af modpartens misligholdelse.⁸² Dog er det vigtigt at have for øje, at aftalefriheden er begrænset på områder, hvor den leverance, som den givne kontrakt vedrører, er reguleret af præceptiv lovgivning.

I nogle tilfælde vil it-leverancer være omfattet af købeloven, nemlig ved visse former for køb af standardsoftware, spilprogrammer mv.⁸³, som kan betegnes som løsøre i købelovens forstand.⁸⁴ I de tilfælde, hvor den primære ydelse har karakter af en tjenesteydelse, vil forholdet imidlertid ikke være omfattet af købeloven. Det gælder for eksempel udvikling, drift og vedligeholdelse af programmel.⁸⁵ Denne type it-leverancer er dog omfattet af aftaleloven og obligationsretten, som vil blive behandlet nærmere nedenfor. It-leverancer, hvor den primære ydelse har karakter af en tjenesteydelse, er desuden underlagt en meget begrænset præceptiv mængde lovgivning, herunder databeskyttelsesforordningen⁸⁶,

⁷⁹ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 586.

⁸⁰ Lov nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, som senest er ændret ved lov nr. 1565 af 15. december 2015.

⁸¹ Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

⁸² Andersen, B. & Lookofsky, J. (2015) Lærebog i obligationsret I: Ydelsen og beføjelsen, København: Karnov Group, s. 47.

⁸³ Udsen, H. (2019) It-ret, Ex Tuto, s. 588.

⁸⁴ Ibid. s. 547.

⁸⁵ Ibid. s. 588.

⁸⁶ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

som regulerer, hvordan personoplysninger skal behandles, ophavsretten⁸⁷, som begrænser, hvornår licensgiver må forbyde licenstagere at videresælge et it-program, samt virksomhedsoverdragelsen⁸⁸, som er relevant i tilfælde af, at it-leverandøren skal overtage nogle af ordregivers medarbejdere i forbindelse med outsourcing af it-ydelser. Væsentligst i denne afhandling er reglerne i udbudsloven⁸⁹, som den offentlige ordregiver skal overholde ved indgåelse af aftaler om større it-anskaffelser.⁹⁰

4.3. Udbudsprocedurerne

Udbudsloven implementerer Direktiv 2014/24/EU (udbudsdirektivet) og fastlægger procedurerne for offentlige indkøb med henblik på gennem en effektiv konkurrence at opnå den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler.⁹¹ Udbudsloven gælder for ordregivende myndigheder. Ordregivende myndigheder er defineret i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 28, som staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Udbudsloven regulerer hovedsageligt, hvem en kontrakt kan tildeles (det personelle aspekt), samt processen for, hvordan en kontrakt kan tildeles (det processuelle), men udbudsloven regulerer generelt ikke selve anskaffelsens (realydelsens) indhold (det materielle aspekt). Inden for udbudsretten er det dermed særligt det personelle og processuelle aspekt af en kontrakt, hvor aftalefriheden begrænses, hvorimod det for så vidt angår det materielle aspekt eksisterer en udbredt kontraktautonomi.⁹² Det er dog vigtigt at nævne, at reglerne ligeledes vil kunne få en vis betydning for det materielle forhold i kontrakten mellem ordregiver og leverandøren efter aftalens indgåelse. Blandt andet kan aftalen mellem parterne erklæres ugyldig i tilfælde af, at de udbudsretlige regler ikke er overholdt, og udbudsbetingelserne kan også i nogle situationer inddrages i den senere aftalefortolkning.⁹³

Udbudsloven indeholder en række forskellige procedurer, hvoraf én af dem skal følges i forbindelse med gennemførelse af et udbud. Procedurerne er til for at understøtte, at de generelle EU-retlige principper, navnlig ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet⁹⁴ overholdes, for derved at sikre, at offentlige indkøb er åbne for konkurrence.⁹⁵ Den udbudsprocedure, som ordregiveren vælger at gennemføre en anskaffelse ved, skal fremgå ved begyndelsen af et udbud og kan ikke ændres efterfølgende af hensyn til gennemsigtigheden i udbudsprocessen.⁹⁶

⁸⁷ Lov nr. 202 af 27. februar 2010 om ophavsret, som senest er ændret ved lov nr. 741 af 25. juni 2014.

⁸⁸ Lov nr. 111 af 21. marts 1979 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, som er ændret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001.

⁸⁹ Lov nr. 1564 af 15/12/2015 om udbud.

⁹⁰ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 588.

⁹¹ Jf. udbudslovens § 1.

⁹² Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) EU's udbudsregler – i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 28.

⁹³ Udsen, H. (2019) It-ret, Ex Tuto, s. 596.

⁹⁴ Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet er et af de generelle principper i EU-retten. Principperne følger endvidere eksplicit af udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, som lyder: "De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde."

⁹⁵ Til trods for princippernes generelle karakter fremgår det endvidere eksplicit af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, at en ordregiver skal agere i overensstemmelse med principperne og afstå fra favoritisme og protektionistisk adfærd. For yderligere, se Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) EU's udbudsregler – i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 207.

⁹⁶ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) EU's udbudsregler – i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 215.

De forskellige udbudsprocedurer består i offentligt udbud, begrænset udbud, udbud med forhandling, udbud med konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber. I det følgende vil de for nærværende afhandling udvalgte og relevante udbudsprocedurers regelsæt gennemgås. Det bemærkes, at proceduren for innovationspartnerskaber ikke vil blive gennemgået som følge af det smalle anvendelsesområde for proceduren i relation til offentlige ordregiveres anskaffelse af it-leverancer sammenholdt med mængden af plads, en gennemgang vil optage.⁹⁷ Formålet med gennemgangen er at identificere, hvilke fordele og ulemper der gør sig gældende ved procedurerne, og som ordregiver skal have for øje ved valg af procedure. I gennemgangen er der endvidere fokus på at undersøge, hvilke af procedurerne der tillader dialog mellem parterne inden indgåelse af kontrakten. Dele af regelgrundlaget for procedurerne udestår desuden, herunder regler om frister, dokumentationskrav og verificering af oplysninger, i det omfang de ikke har relevans i relation til at belyse fordele og ulemper ved den givne procedure.

4.3.1. Offentligt udbud

Ved et offentligt udbud, som følger af udbudslovens §§ 56-57, udarbejder ordregiveren udbudsmaterialet, hvori de konkrete elementer i et udbud og proceduren for tildeling af kontrakten fastsættes.⁹⁸ Udbudsmaterialet skal indeholde en udbudsbekendtgørelse, de tekniske specifikationer, selve kontrakten, specifikation af format for tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter, oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser samt eventuelle supplerende dokumenter. Udbudsmaterialet skal udformes på en måde, så tilbudsgiverne får en tilstrækkelig forståelse for anskaffelsens indhold og omfanget heraf, samt hvilken proces der anvendes ved anskaffelsen, hvilke specifikke krav der er til udførelse og endelig leverance, og hvilket tildelingskriterium der anvendes.⁹⁹ Et offentligt udbud er karakteriseret ved, at alle interesserede økonomiske aktører¹⁰⁰ har mulighed for at afgive et tilbud som svar på udbudsbekendtgørelsen.¹⁰¹ Når tilbudsfristen udløber, skal ordregiveren vurdere de indkomne tilbud, dels i forhold til tilbuddenes egnethed¹⁰² og dels i henhold til det tildelingskriterium, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen.¹⁰³ Tilbudsevaluering handler om at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i forhold til udbudsmaterialet og de valgte tildelingskriterier.¹⁰⁴

⁹⁷ Se også afsnit 1.4, *Afgrænsning*, i Kapitel 1.

⁹⁸ Jf. udbudslovens § 24 nr. 36.

⁹⁹ Vejledning <https://bedreudbud.dk/sites/bedreudbud.dk/files/media/documents/kapitler/Kapitel%207%20-%20Vejledning.pdf>, s. 126.

¹⁰⁰ Det følger af betragtning 14 i præamblen til udbudsdirektivet, at begrebet 'økonomisk aktør' omfatter [...] "selskaber, filialer, datterselskaber, interessentskaber, kooperative selskaber, selskaber med begrænset ansvar, universiteter, offentlige eller private, og andre former for enheder end fysiske personer [...] uanset om de er »juridiske personer« i enhver forbindelse".

¹⁰¹ Jf. udbudsloven § 56.

¹⁰² Det følger af art. 58, stk. 2 i udbudsdirektivet, at ordregivende myndigheder kan kræve, at økonomiske aktører er optaget i et fagligt register eller handelsregister i den medlemsstat, hvor de har hjemsted, med henblik på at sikre, at aktøren er egnede til at udøve det pågældende erhverv.

¹⁰³ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 629.

¹⁰⁴ Tildelingskriterierne følger af udbudsbekendtgørelsen og kan ikke ændres efter udbuddet af hensyn til gennemsigtighed og ligebehandling af deltagerne. En ordregiver skal vælge et af følgende tildelingskriterier: 1) pris, 2) omkostninger eller 3) forholdet mellem pris og kvalitet, jf. udbudsloven § 162, stk. 1. Hvad en ordregiver kan tillægge betydning under tildelingskriteriet nr. 3 "forholdet mellem pris og kvalitet" følger nærmere af udbudsloven § 162, stk. 3, herunder bl. a. kvalitative, miljømæssige og sociale forhold. Det følger endvidere af lovbemærkningerne, at pris under tildelingskriteriet kan indeholde vurdering af kontraktens omkostninger, herunder kontraktens livscyklusomkostninger. (Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 547.

En af de afgørende fordele ved at gennemføre et offentligt udbud er, at det tidsmæssige perspektiv er kortere end ved de andre udbudsformer, da udbudsformen ikke indeholder forskellige faser, som indebærer, at ordregiveren skal fastsætte rimelige frister for hver fase. Ud fra et samfundsmæssigt perspektiv er det endvidere den udbudsform, der sikrer den bredest mulige konkurrence. En af ulemperne ved et offentligt udbud er, at ordregiver er afskåret fra at forhandle med tilbudsgiverne om de indkomne tilbud. Hvis der ændres i elementer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse af udbuddet, vil det i så fald være i strid med gennemsigtighedsprincippet, som blandt andet indebærer, at proceduren for tildeling af kontrakten skal være gennemsigtig for tilbudsgivere, men også ligebehandlingsprincippet, da konkurrencen potentielt fordrejes.¹⁰⁵

Desuden har tilbudsgiverne typisk kun en lille chance for at vinde udbuddet ved et offentligt udbud. Det betyder, at der er stor risiko for, at de transaktionsomkostninger, som den enkelte tilbudsgiver afholder i forbindelse med udarbejdelse af tilbuddet, går tabt. Der er derfor en sandsynlighed for, at tilbudsgivernes incitament til at bruge ressourcer i forbindelse med tilbudsafgivelsen er begrænset, hvilket betyder, at der er en risiko for, at de indkomne tilbud ikke er tilstrækkeligt gennearbejdede og mangler præcision og målrettethed. I yderste konsekvens kan det medføre, at relevante tilbudsgivere afstår fra at afgive tilbud som følge af denne risiko.

Endvidere er ordregiver måske ikke i stand til at kvalificere behov, krav og tildelingskriterier præcist i udbudsmaterialet på grund af begrænset it-teknisk viden. Dette kan i yderste tilfælde resultere i, at ordregiver ender med at tildele kontrakten til en tilbudsgiver, der ikke er kompetent til at løfte opgaven.¹⁰⁶ Der er imidlertid intet til hinder for, at ordregiveren gennemfører en indledende markedsundersøgelse forud for gennemførelsen af et offentligt udbud. Indledende markedsundersøgelser består i rådgivning fra eksperter, andre myndigheder eller markedsaktører, jf. udbudsloven § 39. En markedsundersøgelse gennemføres, inden det beslutes, hvilken procedure for udbud der skal anvendes til anskaffelsen, og kan bidrage til, at en ordregiver i højere grad får indsigt i mulighederne, som et givent marked byder på, hvilke priser der er gældende på markedet m.v. Denne indsigt kan bidrage til udarbejdelsen af udbudsmaterialet, herunder valg udbudsprocedure og udarbejdelse af kontraktvilkår.¹⁰⁷ Hvis ordregiver vælger et offentligt udbud til at gennemføre anskaffelsen af en it-ydelse, vil en indledende markedsundersøgelse være afgørende for, at ordregiver kan få den nødvendige indsigt i de it-tekniske aspekter og markedets muligheder og begrænsninger. Ordregiver bør i denne fase undersøge, hvad der er muligt inden for et givent budget og en given tidshorisont for projektet, samt hvad der er teknisk muligt. Ordregiver skal dog sikre, at konkurrencen ikke bliver fordrejet, hvis en leverandør både deltager i den indledende markedsundersøgelse og deltager i det efterfølgende udbud. En måde, hvorpå en ordregiver kan sikre, at der ikke sker en konkurrenceforvridning, er ved at oplyse alle tilbudsgivere om, hvilke oplysninger, der er udvekslet mellem de involverede økonomiske aktører, samt sikre en tilstrækkelig frist for tilbudsgiverne.¹⁰⁸

¹⁰⁵ <https://udbudsportalen.dk/wp-content/uploads/hent-vejledningen-udbud-trin-for-trin.pdf>.

¹⁰⁶ Hagele-Sørensen, K. (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 366-367.

¹⁰⁷ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 214.

¹⁰⁸ For yderligere se Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.214.

4.3.2. Begrænset udbud

Udbudslovens §§ 58 - 60 vedrører proceduren begrænset udbud, som er opdelt i faser og består af henholdsvis en udvælgelses-, tilbuds- og tildelingsfase.¹⁰⁹ Processen påbegyndes med, at ordregivere offentliggør udbudsmaterialet, herunder udbudsbekendtgørelsen, som blandt andet indeholder kvalitative krav til udvælgelsen. De økonomiske aktører sender på baggrund af udbudsmaterialet en ansøgning om deltagelse i udbuddet. Ordregiver evaluerer de indkomne ansøgninger og udvælger på baggrund heraf et begrænset antal leverandører, som opfordres til at gøre tilbud. Det er kun de aktører, der modtager en sådan opfordring fra ordregiveren (de prækvalificerede), som kan give tilbud.¹¹⁰

En af ulemperne ved at gennemføre et begrænset udbud er, at ordregiver ligesom ved et offentligt udbud er afskåret fra at forhandle med tilbudsgiverne om de indkomne tilbud som følge af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet. En anden ulempe er, at et begrænset udbud sammenlignet med et offentligt udbud tager længere tid at gennemføre.¹¹¹

I forhold til et offentligt udbud styrker et begrænset udbud tilbudsgivernes incitament til at gennemarbejde tilbuddet, da antallet af ansøgere er begrænset, hvilket bevirker, at tilbudsgiverne alt andet lige har større sandsynlighed for at få tildelt kontrakten og mindre sandsynlighed for at lide et økonomisk tab i form af omkostningerne afholdt i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet. På samme måde som ved et offentligt udbud vil der formentlig være et behov for, at ordregiver anvender indledende markedsdialog for at opnå den nødvendige indsigt i markedets muligheder og begrænsninger og for at kunne kvalificere sine behov bedst muligt i udbudsmaterialet.

4.3.3. Udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog

Udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog omtales samlet som de fleksible udbudsprocedurer.¹¹² Reglerne om udbud med forhandling følger af udbudsloven §§ 61-66, og reglerne om udbud med konkurrencepræget dialog findes i udbudsloven §§ 67-72. Særligt for begge udbudsformer er, at dialog/forhandling mellem ordregiver og ansøgere/tilbudsgivere er en inkorporeret del af udbudsprocessen. Dette er værd at bemærke, da det er en delvis tilsidesættelse af det forhandlingsforbud, som er kendetegnende ved de øvrige udbudsformer.¹¹³

Det er derfor også naturligt, at de fleksible udbudsprocedurers anvendelsesområde indebærer, at visse kriterier er opfyldt, modsat et offentligt eller begrænset udbud, som altid kan anvendes. Kriterierne for anvendelse af udbud med konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling er ens.¹¹⁴

Betingelserne for anvendelsen af procedurerne følger af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra a-d (udbud med forhandling) og udbudsloven § 67, stk. 1, nr. 1, litra a-d (udbud med konkurrencepræget dialog) og

¹⁰⁹ Jf. Udbudsloven § 57, stk. 2.

¹¹⁰ De objektive kriterier for udvælgelsen skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, herunder det antal, som vil blive prækvalificeret. Hvis ikke antallet står angivet i udbudsbekendtgørelsen, indebærer det, at samtlige ansøgere, der efter objektive kriterier er kvalificeret, skal prækvalificeres og dermed opfordres til at gøre tilbud. Se nærmere herom i Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) EU's udbudsregler – i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 217-218.

¹¹¹ Fristerne for både ansøgning om deltagelse og for indsendelse af tilbud er 30 dage, jf. udbudsloven § 59, stk. 2.

¹¹² Hagele-Sørensen, K. (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 365.

¹¹³ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 218.

¹¹⁴ Jf. udbudsloven §§ 61 og 67, som har enslydende betingelser. I udbudsdirektivet følger kriterierne af samme bestemmelse, jf. udbudsdirektivet art. 26, stk. 4.

vedrører blandt andet anskaffelsens kompleksitet, behov for tilpasninger til ordregiveren m.v. Det følger imidlertid direkte af udbudslovens forarbejder, at procedurerne kan anvendes på it-projekter, der skal undergå en vis tilpasning til ordregiverens organisation.¹¹⁵ Der vil næsten altid være et behov for tilpasning eller udvikling af it-løsninger, konvertering af data samt integrationer til ordregivers øvrige it-miljøer, hvorfor kriterierne for anvendelse typisk er omfattet, når et udbud vedrører en it-leverance. Dette gælder ikke mindst for udbud af en it-anskaffelse, som er baseret på K02-kontrakten, som er rettet mod længerevarende og udviklingstunge projekter.^{116 117}

Den væsentligste forskel mellem de to fleksible udbudsprocedurer er, at forhandlingen eller dialogen foregår henholdsvis før eller efter selve udbuddets gennemførelse. Derfor egner udbudsprocedurerne sig også til forskellige situationer. Udbud med forhandling er egnet til en situation, hvor en ordregiver i høj grad kender sit behov, men samtidig anerkender, at kontraktens kompleksitet eller volumen betyder, at forhandling af kontraktvilkårene efter modtagelse af et indledende tilbud kan føre til en bedre kontrakt. Ved udbud med forhandling foregår dialogen med tilbudsgiverne med udgangspunkt i tilbudsgivernes indledende tilbud på baggrund af det af ordregiver allerede udarbejdede udbudsmateriale, og ordregiver kan potentielt tildele en kontrakt uden forhandling eller gennemføre flere forhandlingsrunder. Forhandlingerne kan føre til, at ordregiver på tilbudsgivernes opfordring ønsker at foretage ændringer af udbudsmaterialet¹¹⁸ eller omvendt at tilbudsgiverne på baggrund af feedback fra ordregiveren om tilbuddenes styrke og svage sider ønsker at ændre tilbuddene. Minimumskrav og tildelingskriterier kan ikke være genstand for forhandling.¹¹⁹

Udbud med konkurrencepræget dialog er derimod egnet til en situation, hvor ordregiver kun i begrænset omfang kan kvalificere sit behov og forestille sig løsningsmuligheder. Formålet er derfor, at ordregiveren i dialog med de prækvalificerede tilbudsgivere skal klarlægge behov og kvalificere løsningsforslag, inden udbudsmaterialet færdiggøres, og der sker en egentlig gennemførelse af udbuddet. Udbudsbekendtgørelsen og/eller "et beskrivende dokument"¹²⁰ skal indeholde en beskrivelse af ordregivers behov, krav, tildelingskriterier og en vejledende tidsramme.¹²¹ Da udbud med konkurrencepræget dialog vedrører den situation, hvor en ordregiver kun har relativt upræcise forestillinger om, hvad løsningen skal udmunde i¹²², skal ordregiver ikke udarbejde et almindeligt

¹¹⁵ Det følger af Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til udbudslov) under bemærkningerne til § 61 og 67 på henholdsvis s. 101 og 107: "Proceduren kan f.eks. anvendes, (...) i forbindelse med komplekse indkøb (...). Det kan fx omfatte it-løsninger, der skal tilpasses ordregiverens tekniske platforme, konvertering af data, integration med øvrige it-systemer mv."

¹¹⁶ Dragsted, N., Horsfeldt O., Langemark, J. og Sørensen, C. (2008). K02 med kommentarer, s. 569.

¹¹⁷ De bredt formulerede betingelser for anvendelsen af de fleksible udbudsformer lægger op til, at det i høj grad vil være anskaffelser af standardiserede *hyldevarer*, hvor de fleksible udbudsprocedurer ikke kan anvendes, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens Vejledning til udbudsloven, 2016, s. 55, <https://www.kfst.dk/media/47065/udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne.pdf>.

¹¹⁸ Det følger af forarbejderne: "Foretager ordregiveren ændringer i udbudsmaterialet, som tilgodeser visse tilbudsgivere, skal ordregiveren kunne redegøre for, at ændringen skyldes saglige krav og ikke, at ordregiveren favoriserer visse tilbudsgivere på bekostning af andre. Sådanne saglige krav kan eksempelvis være, at ordregiveren ved at ændre sine krav kan opnå en væsentlig lavere pris, selvom ikke alle tilbudsgiverne kan levere til en lavere pris, fordi kravene bliver ændret. Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til udbudslov), side 106 under bemærkningerne til § 66.

¹¹⁹ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 226.

¹²⁰ jf. udbudsloven § 68, stk. 3.

¹²¹ Jf. udbudsloven § 68, stk. 3

¹²² Udbud med konkurrencepræget dialog defineres i udbudsdirektivet således: "...en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde det behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive." UBD art. 1, stk. 11, litra c

udbudsmateriale.¹²³ I stedet skal det nærmere indhold i kontrakten drøftes og fastlægges i dialogfasen, hvorefter tilbudsgiverne på baggrund af drøftelserne afgiver deres tilbud.¹²⁴ Tilbudsgiverne vil på normal vis afgive tilbud på forskelligt grundlag afhængigt af den løsning, der er drøftet med den enkelte tilbudsgiver i dialogfasen. Alle tilbud skal dog være inden for rammerne af udbudsbekendtgørelsen og/eller det beskrivende dokument.

For så vidt angår store it-projekter er det generelle forbud mod forhandling og dialog i forbindelse med gennemførelse af et udbud uhensigtsmæssigt, da der ofte er et behov for, at parterne kan gå i dialog om, hvilke tekniske løsninger markedet kan levere til løsning af ordregivers behov. Både udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog løser op om dette forhandlingsforbud. Der kan ikke gives et ensidigt svar på, hvilken af de fleksible procedurer som er bedst egnet til it-projekter, da det som beskrevet ovenfor afhænger af den konkrete situation, og hvilken viden ordregiver har i udgangspunktet. Disse to udbudsprocedurer vil derfor i det resterende behandles under ét som de fleksible udbudsprocedurer.

4.4. Sammenfatning på udbudsprocedurerne

Det er i nærværende afsnit blevet undersøgt, hvilke udbudsprocedurer der er tilgængelige for den offentlige ordregiver ved anskaffelse af større komplekse it-ydelser, samt i hvilket omfang ordregiver har adgang til at kommunikere med potentielle leverandører i de forskellige procedurer.

Af Figur 1 fremgår de væsentligste fordele og ulemper, som er blevet identificeret ved gennemgangen af udbudsprocedurerne.

Offentligt udbud		Begrænset udbud		De fleksible udbudsprocedurer	
Fordele	Ulemper	Fordele	Ulemper	Fordele	Ulemper
Processen strækker sig over kortere tid end de andre udbudsprocedurer.	Risiko for mindre gennemarbejdede tilbud som følge af den enkelte leverandørs ringe sandsynlighed for at vinde udbuddet.	Øger sandsynligheden for gennemarbejdede tilbud, da de prækvalificerede leverandørers sandsynlighed for at vinde udbuddet er større end ved offentligt udbud	Processen strækker sig over længere tid end et offentligt udbud.	Stor fleksibilitet til at kommunikere med leverandørerne sammenlignet med de øvrige udbudsprocedurer.	Processen strækker sig over længere tid end de andre udbudsprocedurer.
Sikrer bedst mulig konkurrence.	Høje transaktionsomkostninger for		Mindre fleksibilitet til at kommunikere	Mulighed for at tilrettelægge udbudsmateriale	Høje transaktionsomkostninger for både

¹²³ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 225.

¹²⁴ Ordregiver kan anmode om at få et tilbud afklaret, præciseret og tilpasset. Eventuelle tilpasninger må dog ikke ændre ved væsentlige aspekter i tilbuddet eller udbuddet, da dette vil være udtryk for konkurrenceforvridning eller forskelsbehandling. For yderligere, se Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 231.

	ordregiver forbundet med at evaluere samtlige tilbud.		med leverandører.	t gennem konkurrencepræget dialog eller foretage justeringer i udbudsmaterialet gennem efterfølgende dialog.	ordregiver og leverandører.
	Mindre fleksibilitet til at kommunikere med leverandører.		Manglende mulighed for at justere i udbudsmaterialet efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.	Størst mulig sandsynlighed for gennemarbejdede tilbud.	
	Manglende mulighed for at justere i udbudsmaterialet efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.				

Figur 1. Fordele og ulemper ved de forskellige udbudsprocedurer.

Afsnittet har tegnet et klart billede af, at de fleksible udbudsprocedurer giver ordregiver bedst mulighed for at kommunikere med leverandørerne undervejs i gennemførelsen af et udbud. Adgangen til at kommunikere er en klar fordel ved indgåelse af længerevarende komplekse kontrakter, som i særdeleshed kræver, at parterne gennem udbuddet sammen finder den bedste løsning på ordregivers behov. Dette er i høj grad tilfældet ved anskaffelse af specialudviklet it-programmel, da leverandøren har en bedre forudsætning for at kvalificere de tekniske aspekter af leverancen end ordregiver. Desuden mangler ordregiver indblik i, hvilke specifikke dele af kontrakten, som er omkostningstunge for leverandøren at opfylde. Hvis ordregiver fx skriver i kontrakten, at ordregiver kan kræve dokumentation på et givent område "til enhver tid", skal leverandøren i princippet sørge for altid at have ressourcer tilgængelige til at kunne opfylde kravet, hvilket af leverandøren vægtes som et omkostningsfuldt krav. Kravet vil derfor komme med en høj pris, også selvom ordregiver ikke har til hensigt at anvende adgangen til at kræve dokumentation ofte. Et sådant krav kunne fx gøres billigere ved at ændre det til, at ordregiver kan kræve dokumentation "én gang årligt". Et andet eksempel på en af de u hensigtsmæssigheder, som kan opstå i mangel af kommunikation mellem ordregiver og leverandør, er, hvis ordregiver i udbudsmaterialet opstiller nogle konkrete krav til en eller flere funktioner i it-systemet, som udelukker, at løsningen kan baseres på en udvidelse af en leverandørs eksisterende programmel. Dette er u hensigtsmæssigt, da det kan medføre en betydelig besparelse for ordregiver, hvis løsningen baseres på eksisterende programmel i forhold til, hvis hele programmet skal specialudvikles. De fleksible udbudsprocedurer er endvidere gode, fordi de giver ordregiver adgang til at gøre tilbudsgiverne opmærksomme på, hvis en mindre ting i tilbuddet betyder, at tilbuddet er ukonditions mæssigt, men hvis blot den lille ting blev ændret, ville tilbuddet være konditions mæssigt. I de øvrige udbudsprocedurer er

ordregiver tvunget til at fravælge tilbuddet, hvis det er ukonditionsmæssigt, mens i de fleksible er der adgang til, at tilbudsgiverne ændrer i sådanne ting efter det indledende tilbud.

Dette er blot nogle få eksempler på de forhold, som ordregiver med fordel kan have en dialog eller indgå i en forhandling med leverandørerne om, inden kontrakten tildeles. Af den årsag er det vores vurdering, at en ordregiver med fordel kan udnytte, at der er adgang til at anvende de fleksible procedurer i forbindelse med komplekse it-anskaffelser.

4.5. Efterfølgende ændringer i kontrakten

Som nævnt regulerer udbudsreglerne ikke parternes indbyrdes kontraktforhold, efter at aftalen er indgået, men foreskriver nogle regler for, hvordan selve udbudsprocessen skal gennemføres.¹²⁵ Dog er det vigtigt, at ordregiver har for øje, at udbudsloven opstiller nogle begrænsninger for, hvilke ændringer der må foretages i udbudsmaterialet, efter at kontrakten er indgået. Årsagen hertil er, at en alternativ leverandør potentielt kunne have vundet udbuddet, såfremt udbudsmaterialet havde været anderledes.

En god kontrakt er ikke nødvendigvis den kontrakt, som udtømmende beskriver, hvad der skal ske i enhver tænkelig situation. Årsagen er, at det kræver tid og ressourcer at udforme kontrakten, og des flere eventualiteter kontrakten skal dække, des mere tid og ressourcer skal parterne afholde ex ante. Hertil kommer, at parterne er begrænset rationelle, hvilket betyder, at selv i forsøget ville de ikke have mulighed for at forudse alle forhold, som kan påvirke kontraktrelationen. Med andre ord kan kontrakten kun indgås på baggrund af den viden, som parterne besidder på aftaletidspunktet. Det betyder, at der altid er en vis sandsynlighed for, at der vil indtræde nogle efterfølgende omstændigheder, som vil danne grundlag for et behov for ex post at ændre i den kontrakt, som parterne har indgået på baggrund af et udbud.

I længerevarende it-kontrakter er der særligt stor sandsynlighed for, at der opstår et behov for at justere i kontrakten, dels fordi risikoen for, at der opstår uforudsete forhold øges i takt med, at kontraktens løbetid forlænges, og dels fordi parterne bliver klogere i kontraktens løbetid, hvorfor ordregivers behov kan ændre sig. Behovet for at foretage efterfølgende ændringer af kontrakten styrkes yderligere, når kontrakten vedrører en realydelse, der udvikles i løbet af kontraktperioden, hvilket er tilfældet ved anskaffelser, som vedrører specialudviklet programmel.

Hvis ikke parterne har adgang til at ændre i kontraktgrundlaget, kan det resultere i en situation, hvor en af parterne er nødsaget til at opsiges eller hæve¹²⁶ kontrakten på grund af ændrede behov eller omstændigheder. I forbindelse med it-udviklingskontrakter vil dette være forbundet med et betydeligt værdispild for begge parter, eftersom der formentlig allerede er investeret væsentlige midler i den igangværende udvikling, og da det udførte arbejde i princippet er værdiløst, indtil udviklingen er færdiggjort. På den måde øges omkostningerne ved at bringe kontrakten til ophør i takt med, at tiden går, og parterne kommer længere med projektet, og dermed har investeret mere i, at projektet skal lykkes.

Dette udprægede behov for at foretage ændringer i kontrakten søges i nogle tilfælde løst gennem en agil udviklingsmodel, hvor it-systemets endelige funktionalitet aftales i løbet af projektet. En kontrakt, som

¹²⁵ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 588.

¹²⁶ Under forudsætning af, at der er indtrådt væsentlig misligholdelse fra medkontrahentens side.

bygger på den agile model, kan eksempelvis udarbejdes med udgangspunkt i K03-kontrakten. I andre tilfælde vælges modellen, hvor kravene til systemet er endeligt beskrevet på tidspunktet for aftalens indgåelse, og kontrakten vil i det tilfælde typisk udarbejdes med udgangspunkt i K02-kontrakten. Behovet for efterfølgende ændringer varetages i alle K-kontrakterne gennem ændringsklausuler og dertilhørende bilag, som giver adgang til, at begge parter kan anmode om ændringer i den indgåede aftale.¹²⁷ Da både K01 og K02 har karakter af agreed documents, vil en ændringsret i visse tilfælde også kunne indfortolkes i aftalen, selv uden en udtrykkelig ændringsbestemmelse i kontrakten.¹²⁸ I denne afhandling inddrages dog udelukkende dele fra K02-kontrakten, når det vurderes relevant i forhold til at belyse afhandlingens problemstilling.

Foruden ændringer i systemets funktionalitet kan der være et behov for at ændre i leverandørens vederlag. Det er ikke muligt at foretage ændringer af den oprindelige aftalte pris i fast pris-projekter, men i sådanne projekter vil løbende ydelser ofte blive pristalsreguleret i kontrakten, således at ordregiver sikres, at prisen for efterfølgende ændringerne ikke løber løbsk.¹²⁹ Desuden kan der i it-udviklingsprojekter ofte være behov for at ændre i tidsplanen. Det er normalt vigtigt for ordregiver, at tidsplanen overholdes, hvorfor aftalen som regel også indeholder bestemmelser om udskydelse af tidsfrister og konsekvenserne heraf. Ved en udskydelse af tidsplanen vil betalingsfristerne typisk blive udskudt tilsvarende.¹³⁰

Som nævnt i Afsnit 4.2, Aftalen som omdrejningspunkt, er det almindelige udgangspunkt i dansk ret, at der er aftalefrihed. Derfor er det også i udgangspunktet parterne frit for, om de ønsker at ændre i kontraktgrundlaget ex post, så længe de sammen kan nå til enighed om ændringerne. Udbudsretten begrænser dog væsentligt parternes aftalefrihed, for så vidt angår efterfølgende omstændigheder. De begrænsninger, som udbudsretten opstiller, vil i det følgende blive gennemgået med henblik på nærmere at fastsætte, under hvilke omstændigheder og betingelser en ordregiver og en leverandør har adgang til at ændre i kontraktgrundlaget ex post. Dette er relevant at udlede, da det danner rammerne for, hvilke ændringer parterne har mulighed for at foretage ex post, og samtidig hvornår det giver mening for parterne at kommunikere om håndteringen af ændringen.

4.5.1. Sondringen mellem ændringer og ændringer af grundlæggende elementer

Udgangspunktet i udbudsretten er, at der ikke må foretages ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, efter at en kontrakt er indgået, jf. udbudslovens § 178, da sådanne ændringer ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten har den konsekvens, at der udløses ny udbudspligt, jf. udbudslovens § 178, stk. 1. Det følger af udbudslovens § 178, stk. 2, at en ændring af kontrakten anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens karakter er “[...] væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt”. Rationalet bag bestemmelsen er, at hvis ændringerne havde indgået i det materiale, som var i udbud, kunne det potentielt have haft betydning for de øvrige tilbudsgiveres tilbud, og dermed kunne kontrakten være blevet tildelt en anden tilbudsgiver end den, som vandt udbuddet. Derudover kunne en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten have bevirket, at andre

¹²⁷ Det bør i den forbindelse nævnes, at de ændringer, som udføres på baggrund af de konkrete ændringsklausuler i K-kontrakterne, skal være i overensstemmelse med udbudsrettens regler om efterfølgende ændringer i en allerede indgået kontrakt, for at undgå krav om genudbud.

¹²⁸ Udsen, H. (2019) It-ret, Ex Tuto, s. 651.

¹²⁹ Ibid. s. 652.

¹³⁰ Ibid. s. 657.

leverandører end dem, som oprindeligt afgav tilbud, ville kunne have deltaget i udbuddet.¹³¹ Derfor vil ændringer af grundlæggende elementer af en kontrakt ex post betragtes som en ny kontrakt, som kræver gennemførelse af et nyt udbud.¹³²

Der sondres i udbudsloven mellem ændringer og ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. I udbudslovens § 24, nr. 37 defineres ændring af grundlæggende elementer som "En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlende udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakten".

Udbudsloven tillader at foretage ændringer i en indgået kontrakt, i det omfang ændringerne ikke betegnes som ændringer af grundlæggende elementer. Udbudslovens § 178, stk. 2 oplister fire eksempler på efterfølgende ændringer, som anses som ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten. Der er imidlertid ikke tale om en udtømmende liste, hvorfor det altid må bero på en samlet konkret vurdering.

Der eksisterer imidlertid nogle undtagelsesbestemmelser i udbudslovens §§ 179-183, som omhandler ændringer, som ikke udløser ny udbudspligt. Bestemmelserne vedrører ændringer i medfør af kontrakten (§ 179), de minimis-reglen (bagatelgrænsen) (§ 180), supplerende anskaffelser (§ 181), udskiftning af leverandør (§182) og uforudsete forhold (§ 183).

Bestemmelsen i § 179 vedrører ændringer, som sker i medfør af en klausul i den oprindeligt indgåede kontrakt (ændringer i medfør af kontrakten), hvorimod bestemmelserne i §§ 180 – 183 vedrører ændringer, som ikke er inddraget i kontraktgrundlaget på tidspunktet for gennemførelsen af udbuddet (ændringer af kontrakten).

4.5.2. Ændrings- og optionsklausuler

Der eksisterer i udbudslovens § 179 en mulighed for at indføre klausuler i kontrakten ex ante vedrørende eventuelle ændringer af kontrakten ex post. En sådan klausul kan enten karakteriseres som en option eller en ændringsklausul. En option indebærer en ret, men ikke en pligt, for ordregiver til fx at købe yderligere ydelser eller forlænge kontraktperioden. Der stilles høje krav til detaljeringsgraden i forbindelse med udfærdigelsen af optionsklausuler, da det skal være muligt for tilbudsgiver at fastsætte en pris, enten i form af en fast pris eller enhedspris, ved tilbudsafgivelsen. Eventuelle teknikaliteter må gerne forhandles, hvis en ordregiver vælger at udnytte optionen.¹³³ Bilag 2 til K02 behandler optioner. Bestemmelserne heri imødeser kravene i udbudslovens til detaljeringsgraden af optioner, herunder bl.a. ved, at optionerne skal indeholde priserne på ydelserne samt en objektiv reguleringsmekanisme, fx via et prisindeks, hvis prisen skal justeres i løbet af kontraktperioden.¹³⁴

Alternativet til inddragelse af optioner i kontrakten er ændringsklausuler. Ændringsklausuler er mere fleksible end optioner, da tilbudsgiver ikke allerede ved tilbudsafgivelsen skal kunne prissætte

¹³¹ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) EU's udbudsregler – i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 192.

¹³² Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 389.

¹³³ Ibid. s. 423-424.

¹³⁴ Dragsted, N., Horsfeldt O., Langemark, J. og Sørensen, C. (2008). *K02 med kommentarer*, s. 594.

ændringerne. Ændringerne kan i stedet være betinget af andre prismekanismer som et prisreguleringsindeks eller lignende. Ændringsklausulernes anvendelsesområde kan vedrøre flere væsentlige dele af kontrakten, fx ændringer af kontraktobjektet, ændringer/justeringer i pris eller vilkår for levering.¹³⁵

Det er dog væsentligt at bemærke i denne sammenhæng, at en ændringsklausul skal være tilstrækkelig klar og tydelig i sin formulering, for at man kan sige, at der er tale om ændringer der sker i medfør af kontrakten. Det er ikke tilstrækkeligt, at ændringsklausuler indeholder en beskrivelse af de overordnede principper for konflikthåndtering ved fx uenigheder om prisfastsættelse eller justering af tidsplan.¹³⁶

Anvendelsen af ændringsklausuler er tilladte og medfører ikke ny udbudspligt, da ændringsklausulerne er en del af den oprindelige kontrakt, hvorfor værdien af disse er inkluderet i kontraktens værdi¹³⁷, og dermed også er en obligatorisk del af det, som tilbudsgiverne afgiver tilbud på.¹³⁸ Med andre ord er der ikke tale om grundlæggende ændringer i kontrakten, hvis ændringsmuligheden er beskrevet i kontrakten.¹³⁹

De nærmere betingelser til ændringsklausuler i § 179 består af følgende: 1) ændringsklausuler skal være klare, præcise og entydige, 2) klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af ændringerne og 3) ændringerne må ikke ændre ved kontraktens overordnede karakter.

For så vidt angår 1 og 2, følger det af lovbemærkningerne til § 179¹⁴⁰, at der med kravet om, at ændringsklausuler skal være klare, præcise og entydige samt ikke ændre ved kontraktens overordnede karakter, sigtes efter, at det ikke er en ordregiver helt frit for, hvordan kontrakten kan ændres efter kontraktindgåelsen, hvorfor anvendelsen begrænses til, at en klausul ikke må medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan finde anvendelse, samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen. Det betyder, at en ændringsklausul præcist skal beskrive, hvornår og hvordan ændringen kan finde sted, hvilket indebærer, at en eventuel forhandling ved udnyttelse af en ændringsklausul, som rækker ud over teknikaliteter, ikke er mulig. Teknikaliteter kan for eksempel være forhandling om det eksakte leveringstidspunkt, hvis leveringsrammen i forvejen er fastsat.¹⁴¹ Det er vigtigt, at tilbudsgiverne kan gennemskue rækkevidden af ændringsklausulerne af hensyn til, at de kan afgive tilbud på et økonomisk oplyst grundlag, og da andet ville stride imod gennemsigtighedsprincippet.

¹³⁵ Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.424.

¹³⁶ Ibid. s. 427.

¹³⁷ Dette følger af udbudslovens § 30, stk. 1, hvorefter: *"En ordregiver skal anslå værdien af en kontrakt på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt. Ordregiveren skal medregne enhver form for optioner, (...)som fastsættes i udbudsmaterialet..."* Dette bevirker endvidere, at hvis der i en to-årig kontrakt er indsat en option om forlængelse af kontrakten i to år, så skal kontrakten betragtes og evalueres som en fireårig kontrakt. For nærmere se Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 423.

¹³⁸ Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) EU's udbudsregler – i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 395.

¹³⁹ Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 390.

¹⁴⁰ Lovforslag nr. L 19 til Udbudslov, fremsat den 7. oktober 2015, s. 200.

¹⁴¹ Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 424.

Af 3 følger det, at ændringerne ikke må ændre ved kontraktens "overordnede karakter". Dette skal ikke sidestilles med ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten.¹⁴² Af lovbemærkningerne i § 179¹⁴³ følger det, at der med ændringer, som ændrer ved kontraktens overordnede karakter, menes ændringer, som medfører, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked end den oprindelige udbudsprocedure.

4.5.3. De minimis-reglen (bagatelgrænsen)

Af udbudslovens § 180 fremgår det, at en ændring ligeledes ikke anses for værende en ændring af grundlæggende elementer, så længe værdien heraf ikke overskrider tærskelværdierne i § 6 eller 10 % af den samlede værdi af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår tjenesteydelses- og vareydelseskontrakter, og 15 % af den samlede værdi af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter.¹⁴⁴ Ligesom det er gældende ved options- og ændringsklausuler, må en ændring af kontrakten ikke ændre ved kontraktens overordnede karakter.

Det er vigtigt at påpege, at såfremt der foretages flere ændringer af samme kontrakt, vil disse ændringer akkumulere, således at den samlede nettoværdi¹⁴⁵ af samtlige de minimis-ændringer vil afgøre, om værdien af ændringerne overskrider værdierne i bestemmelsen. Overskrides de minimis-grænsen, skal de samlede ændrings væsentlighed vurderes i henhold til § 178, stk. 2.

De minimis-grænsen er noget, som en ordregiver særligt i længerevarende kontrakter skal være opmærksom på. Dette gælder specielt inden for it-udviklingsprojekter, som ofte vil kræve flere ændringer undervejs, som projektet skrider frem.

4.5.4. Supplerende anskaffelser

Udbudslovens § 181 giver ordregiver mulighed for at foretage ændringer i kontrakten ved at tilkøbe supplerende ydelser fra den eksisterende leverandør, når det i) i løbet af kontrakten viser sig at være nødvendigt for gennemførelsen af kontrakten, og ii) når anvendelsen af en anden leverandør ikke er muligt af økonomiske eller tekniske årsager og vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger. Begge betingelser skal være opfyldt, for at bestemmelsen kan finde anvendelse.

At ændringen er nødvendig for gennemførelsen af kontrakten, skal ifølge lovbemærkningerne forstås som et krav om, at hovedydelsen i kontrakten ville fremstå ufærdig uden den supplerende ydelse, og det er ikke tilladt at tilføje ydelser af andre årsager, for eksempel på grund af en ændring af præferencer eller af æstetiske årsager.¹⁴⁶ Der er ikke nogen krav til selve årsagen til, at ændringen viser sig at være nødvendig, hvorfor bestemmelsen må kunne anvendes både, når årsagen er fejl og mangler i det

¹⁴² Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning. December 2014, s. 787.

¹⁴³ Lovforslag nr. L 19 til Udbudslov, fremsat den 7. oktober 2015, s. 200.

¹⁴⁴ Det følger af udbudslovens § 184, at den maksimalt tilladte ændring i værdi beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul, og beregningen skal i så fald ske ud fra den indeksregulerede pris, dvs. prisen på tidspunktet for indgåelsen af kontraktændringen, og ikke prisen ved indgåelsen af den oprindelige kontrakt.

¹⁴⁵ Det følger af bemærkningerne til lovforslaget § 180, at "nettoværdien" af de samlede ændringer er afgørende for, om værdierne i bestemmelsen er overskredet. Det vil sige, at ændringer, der medfører en nedsættelse af kontraktværdien skal fratreges værdien af ændringer, der medfører en forøgelse af kontraktværdien.)

¹⁴⁶ Lovforslag nr. L 19 til Udbudslov, fremsat den 7. oktober 2015, s. 201.

oprindelige udbud samt udefrakommende forhold.¹⁴⁷ Ved væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art forstås blandt andet, at udskiftningen medfører uforholdsmæssigt store omkostninger, for eksempel på grund af manglende mulighed for synkronisering med eksisterende udstyr eller vanskeligheder med drift og vedligeholdelse.¹⁴⁸

Værdien af hver enkelt ændring, som falder ind under bestemmelsen, må ikke overstige 50 % af den oprindelige kontraktværdi¹⁴⁹ og en ændring må ikke berøre kontraktens overordnede karakter. At ændringen ikke må berøre kontraktens overordnede karakter har også relevans for ændringer af mindre økonomisk værdi eller ændringer, som ikke kan opgøres økonomisk. Beslutter ordregiver sig eksempel efter indgåelse af kontrakten for at købe printerne i stedet for at lease dem vil dette indebære en økonomisk begrænset ændring, men til gengæld bevirke, at kontrakten henvender sig til et andet marked under de nye betingelser, og dermed ændres kontraktens overordnede karakter.¹⁵⁰ Ændringerne må ikke have til formål at omgå udbudsloven, jf. lovens § 2, stk. 2.

4.5.5. Udskiftning af leverandør

Udskiftning af den oprindelige leverandør er som udgangspunkt en ændring af grundlæggende elementer, jf. § 178, stk. 2, nr. 4, men udbudslovens § 182 giver mulighed for udskiftning af leverandør, uden at det anses for ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når en række betingelser er opfyldt.

Betingelserne er for det første, at muligheden for udskiftning skal følge af en klar, præcis og entydig ændringsklausul, jf. udbudslovens § 179 og afsnit 4.4.2., Ændrings- og optionsklausuler. For det andet kan leverandøren foretage visse omstruktureringer i dennes organisation uden krav om genudbud, for eksempel interne omstruktureringer, overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens. Det er dog i den forbindelse et krav, at de oprindelige egnethedskrav for udvælgelse, som er fastsat i udbudsmaterialet, er opfyldt af den nye leverandør. Endvidere må udskiftningen ikke føre til ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten og ikke have til formål at omgå udbudsreglerne, jf. udbudslovens § 2, stk. 2.

Bestemmelsen er i høj grad en kodificering af gældende ret¹⁵¹, men kan have stor betydning i praksis, da den giver leverandøren en konkret hjemmel til at foretage selskabsretlige omstruktureringer, uden at det betragtes som en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.¹⁵² Selv i tilfælde af leverandørens konkurs kan ordregiver acceptere en overdragelse af kontrakten til tredjemand, uden at det ændrer i kontraktens grundlæggende elementer.¹⁵³

Bestemmelsen kan have en relevans i relation til kontrakter om it-udviklingsprojekter, da der i denne situation er tale om længerevarende kontraktforhold, hvor der er en risiko for selskabsretlige

¹⁴⁷ Ibid. s. 201.

¹⁴⁸ Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag*, s. 393.

¹⁴⁹ Det følger af udbudslovens § 184, at den maksimalt tilladte ændring i værdi beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul, og beregningen skal i så fald ske ud fra den indeksregulerede pris, dvs. prisen på tidspunktet for indgåelsen af kontraktændringen, og ikke prisen ved indgåelsen af den oprindelige kontrakt.

¹⁵⁰ Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag*, s. 392.

¹⁵¹ Ibid. s. 394.

¹⁵² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Kontraktændringer. Vejledning*. 2013.

¹⁵³ Lovforslag nr. L 19 til Udbudslov, fremsat den 7. oktober 2015, s. 201.

omstruktureringer undervejs, som hverken ordregiver eller leverandør nødvendigvis kunne forudse inden kontraktindgåelsen. Henset til, at udbudsprocedurerne indebærer væsentlige transaktionsomkostninger for ordregiver, samt at der undervejs i et udviklingsprojekt opbygges knowhow m.v. i kontraktrelationen, ville det potentielt kunne være forbundet med store omkostninger, hvis kontraktens genstand skulle genudbydes på grund af, at leverandørens selskab fx har fusioneret med et andet selskab.

4.5.6. Uforudsete forhold

Udbudslovens § 183 regulerer ændringer i kontrakten som følge af uforudsete forhold, som ikke kunne forudses af en påpasselige ordregiver, som ikke berører den overordnede kontrakts karakter, og som ikke medfører en forøgelse på over 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt.¹⁵⁴ Bestemmelsen gælder for hver enkelt ændring af kontrakten, hvorfor flere successive ændringer godt må medføre en samlet værdistigning på over 50 %, uden at det er i strid med bestemmelsen.

Ved vurderingen af, hvad der kunne forudses af en påpasselige ordregiver, skal der ifølge lovbemærkningerne¹⁵⁵ tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud. Der skal således foretages en vurdering af, om ordregiveren i forbindelse med udbuddet forudså eller burde have forudset, at der senere kunne opstå behov for den pågældende ændring.

Det fremgår ikke af bestemmelsen eller af lovbemærkningerne, hvad der kan og må være årsagen til, at behovet for den givne ændring er opstået. Det må dog antages, at bestemmelsen skal fortolkes i lyset af præambelbetragtning 109 til udbudsdirektivet, som henviser til behovet for at kunne foretage ændringer som følge af eksterne omstændigheder. Det må da antages at være et krav, at behovet for ændringen skyldes udefrakommende forhold. Ændringerne må naturligvis ikke have omgåelseshensigt, jf. udbudslovens § 2, stk. 2.

Inden for længerevarende komplekse it-leverance vil det formentlig være forventet af en påpasselig ordregiver, at denne anvender en hel del ressourcer i forbindelse med anskaffelsesprocessen, herunder potentielt inddrager eksterne rådgivere. Omvendt er det velkendt, at der i forbindelse med it-udviklingsprojekter er en række forhold, som kan indtræde efter kontraktindgåelse, som ville have været vanskeligt at forudse inden kontraktindgåelsen. Overordnet set synes bestemmelsen at give en rimelig stor grad af fleksibilitet, når der er tale om længerevarende kontraktforhold, hvor det næsten altid er givet, inden kontrakten indgås, at parterne ikke kan forudse alle fremtidige forhold.

4.5.7. Sammenfatning på efterfølgende ændringer af kontrakten

Overordnet set synes udbudslovens regler at rumme fleksibilitet for ordregiver til at foretage efterfølgende ændringer af kontrakten, hvis uforudsete omstændigheder er indtrådt. Udgangspunktet er, at der ikke må foretages ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, efter at en kontrakt er indgået, jf. udbudslovens § 178. Det følger af bestemmelsen stk. 2, at en ændring af kontrakten anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens karakter er væsentlig

¹⁵⁴ I den forbindelse henvises til note 71 om udbudslovens § 184.

¹⁵⁵ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 109.

til forskel fra den oprindelige kontrakt. Udbudslovens §§ 179-183 anfører imidlertid en række ændringer, som ikke skal anses som ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten.

Der følger af udbudslovens § 179 en mulighed for at indsætte ændringsklausuler i kontrakten. Klausulerne skal imidlertid være så klare og præcise, at de relevante ændringer skal kunne gennemføres uden forhandling mellem ordregiver og leverandør på nær om teknikaliteter. Dermed synes bestemmelsen at være noget rigid i forhold til fx udformningen af en hardship-klausul. En bredt formuleret hardship-klausul forekommer vanskeligt at udarbejde indenfor § 179.

Mens § 179 er noget rigid, synes de øvrige undtagelsesbestemmelser vedrørende efterfølgende ændringer af kontrakten i §§ 180-183 imidlertid at skabe en vis fleksibilitet for ordregiver. Særligt giver § 181 om supplerende ydelser og § 183 om uforudsete forhold, ordregiver mulighed for at håndtere efterfølgende omstændigheder. I § 181 gives ordregiver mulighed for at foretage ændringer i kontrakten ved at tilkøbe supplerende ydelser fra den eksisterende leverandør, hvis det viser sig at være nødvendigt for gennemførelsen af kontrakten, og hvis anvendelsen af en anden leverandør ikke ville være hensigtsmæssig. I § 183 gives ordregiver mulighed for at foretage ændringer i kontrakten som følge af uforudsete forhold. Særligt denne bestemmelse synes at flugte med anvendelsesområdet for en hardship-klausul og giver ordregiver fleksibilitet i forhold til at kunne imødekomme efterfølgende ændringer.

4.6. Obligationsretten

Obligationsretten udgør det mest betydelige regelgrundlag, når parternes forpligtelser skal fastlægges i en it-leverance og ikke følger af den indgåede aftale. I langt de fleste tilfælde vil det i den forbindelse ikke være afgørende, at der er at gøre med en it-leverance, og forpligtelsen mellem parterne vil kunne udledes af den almindelige obligationsret. Dette gælder dog ikke altid. Obligationsretten har grundet køberettens dominans på området haft et stort fokus på den mere simple vareydelse, og der foreligger endvidere en meget begrænset mængde retspraksis, som vedrører levering af mere komplekse og længerevarende ydelser, da tvister herom ofte afgøres ved voldgift.¹⁵⁶ Som følge heraf kan det være en vanskelig opgave at udlede klare svar på de obligationsretlige spørgsmål, som opstår ved levering af it-ydelser, fra den almindelige obligationsret. Dertil kommer, at konkrete obligationsretlige analyser ofte vedrører en bestemt type af aftaler med en række fællestræk, hvorfor man i forbindelse med at identificere relevante obligationsretlige grundsætninger bør indsnævre genstandsfeltet til aftaletyper med visse lighedstræk som den aftale, man har med at gøre.

Selv hvis man indsnævrer genstandsfeltet til aftaletyper med visse lighedstræk, vil der stadig være forskelle i aftalerne, som bevirker, at resultatet ikke nødvendigvis vil være det samme på tværs af de forskellige aftaletyper. Det vil derfor ligeledes være nødvendigt at inddrage faktiske forhold knyttet til it-leverancer¹⁵⁷ og særlige karakteristika ved it-kontraktretten i analysen, heriblandt sædvaner på området^{158, 159}.

¹⁵⁶ Hørlyck, E. (1996). Tilvirkningskøbet, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 14 og Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 589.

¹⁵⁷ Nørager-Nielsen, J. (1987) Edb kontrakter, Gads Forlag, s. 43 ff.

¹⁵⁸ Se afsnit 4.5.5, *Sædvaner* for en uddybning heraf.

¹⁵⁹ Udsen, H. (2019), IT-ret, Ex Tuto, s. 590.

Når en kontrakt er tavs om et givent forhold, og der således er et "hul" i kontrakten, vil fortolkningen eller udfyldningen af kontrakten ofte bero på en abstrakt juridisk vurdering af obligationsretten, som kan gøre det vanskeligt for parterne at forudsige, hvordan aftalen i disse situationer vil blive fortolket eller udfyldt.

Når ordregiver udarbejder udbudsmaterialet, vil det som nævnt nærmest være umuligt at forudsige alle fremtidige uenigheder og udfordringer i kontraktens løbetid, hvorfor der stort set altid vil opstå tilfælde, hvor der ikke er taget stilling til en given problemstilling i kontrakten, som viser sig på et senere tidspunkt. Det er i den forbindelse afgørende, at ordregiver har for øje, hvordan eventuelle huller i en kontrakt vil blive udfyldt, og hvordan uklarheder vil blive fortolket, såfremt en tvist ender med at blive behandlet af en domstol. Aftalen, som parterne indgår, skal være dækkende, i det omfang det er økonomisk efficient set i lyset af de transaktionsomkostninger, der er forbundet med udfærdigelsen af en kontrakt.

Er der i en kontraktrelation opstået en uenighed mellem parterne, for eksempel som følge af en efterfølgende omstændighed, som skal afgøres ved domstolene, vil domstolene oftest i første omgang søge uenigheden mellem aftaleparterne løst ved at foretage en fortolkning af aftalen med henblik på så vidt muligt at opretholde aftalen. En fortolkning af aftalen handler ikke blot om at læse ordene i aftalen, men om at læse og forstå aftalen i lyset af hele aftalesituationen samt de særlige principper, der er gældende for det retsområde eller den kontrakttype, som den konkrete aftale falder ind under¹⁶⁰, også kaldet kontraktens *naturalia negotii*.

Hvis det ikke er muligt, kan alternativet være det mere byrdefulde skridt¹⁶¹ at erklære aftalen eller det enkelte aftalevilkår ugyldigt. Ugyldighedslæren har ofte en nær sammenhæng med læren om aftalefortolkning, da der i mange tilfælde vil være en glidende overgang mellem det aftalegrundlag, domstolene opretholder, for eksempel ved brug af aftalefortolkning eller udfyldning, og det aftalegrundlag der helt eller delvist tilsidesættes på grund af ugyldighed.¹⁶²

Fastlæggelsen af den baggrundsretlige regulering af parternes forpligtelser i en it-leverance sker med udgangspunkt i den almindelige obligationsret, når denne giver umiddelbare svar på de rejste spørgsmål. Derfor vil udvalgte obligationsretlige lempelses- og ugyldighedsregler, som dels er kodificeret i lovgivning og dels følger af retsgrundsætninger, som er udviklet i retspraksis, blive gennemgået på et overordnet niveau i det følgende. Det vil endvidere blive vurderet, hvorvidt retsfigurerne forpligter ordregiver og leverandør til at kommunikere i forbindelse med it-leverancer. K02-kontrakten vil i relevant omfang inddrages til at belyse visse it-retlige særegenheder i relation til kommunikationen mellem parterne.

4.6.1. Aftalelovens § 36

Det følger af aftalelovens § 36 stk. 1, at en domstol kan ændre eller tilsidesætte en aftale helt eller delvist, hvis det ville være urimeligt eller imod redelig handlemåde at gøre den gældende. Der er således indbygget en rimelighedsbetragtning i bestemmelsen. Det følger endvidere af stk. 2, at der ved afgørelsen af, hvad der må betragtes som værende urimeligt eller imod redelig handlemåde at gøre gældende, kan tages hensyn til blandt andet senere indtrufne omstændigheder. Hvad der ligger i "urimeligt" og "redelig handlemåde" og er ofte en vanskelig vurdering, der må foretages konkret.

¹⁶⁰ Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 5. udgave (2006), Forlaget Thomson, side 376.

¹⁶¹ I henhold til udgangspunktet om aftalefrihed forekommer det byrdefuldt (for den ene part) at erklære en aftale ugyldig. Anvendelsen af ugyldighedsreglerne er derfor reserveret til klare undtagelsestilfælde.

¹⁶² Jf. Hansen, Ole; Ulfbeck, Vibe: *"Lærebog i Aftaleret"*, 1. udgave (2014), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 91-92.

For så vidt angår relationen mellem ordregiver og it-leverandøren, er der at gøre med et jævnbyrdigt forhold, hvor ingen af parterne i det store hele kan anses for værende mere professionel end den anden, hvorfor der er ringe sandsynlighed for, at en domstol vil bringe aftalelovens § 36 i anvendelse. Det skyldes, at når to professionelle parter, herunder også offentlige myndigheder¹⁶³, indgår kontrakt, antages begge parter for bevidst at have påtaget sig en kalkuleret risiko, fordi der heri kunne ligge en gevinstchance. Det følger således af retspraksis, at selvom aftalelovens § 36 i sådanne tilfælde bringes i anvendelse, vil det i almindelighed føre til, at den ramte kontraktpart frifindes.¹⁶⁴

Da der os bekendt ikke foreligger retspraksis, som kan skabe præcedens for anvendelsen af § 36 til at delvist tilsidesætte eller ugyldiggøre en aftale i et forhold mellem to ligeværdige professionelle parter, vurderes det, at retsfiguren har en meget begrænset, hvis nogen, relevans i kontraktrelationen mellem ordregiver og leverandøren.

4.6.2. Forudsætningslæren

Forudsætningslæren er udviklet i retspraksis og kan finde anvendelse i tilfælde, hvor en forudsætning¹⁶⁵, som var afgørende for aftalens indgåelse, brister, og en anvendelse af forudsætningslæren bevirker, at aftalen tilsidesættes helt eller delvist. Forudsætningslæren har fået mindre relevans efter implementeringen af aftalelovens § 36¹⁶⁶, da anvendelsesområdet for reglerne i høj grad er overlappende. Der er i teorien opstillet tre betingelser, som alle skal være opfyldt, for at løftegiver skal kunne påberåbe sig forudsætningslæren og dermed blive frigjort fra aftalen¹⁶⁷, 1) forudsætningen skal have været væsentlig for løftegiveren, 2) løftemodtageren skal have kendt til forudsætningen ved aftalens indgåelse og vidst, at den var væsentlig for løftegiveren, og 3) det skal ud fra en samlet afvejning være rimeligt at pålægge løftemodtageren risikoen for løftegiverens forudsætninger.

Ved indgåelse af kontrakter om it-leverancer er det på tidspunktet for indgåelsen af aftalen meget vanskeligt, hvis ikke umuligt, for parterne at forudsige og forstå samtlige forudsætninger for aftalens indgåelse¹⁶⁸. Betingelse 2 om, at løftemodtageren skal have kendt til forudsætningen ved aftalens indgåelse og vidst, at den var væsentlig for løftegiveren, vil derfor i mange tilfælde ikke være opfyldt ved indgåelse af it-aftaler.

Der vil dog formentlig være tilfælde, hvor alle tre betingelser er opfyldt, hvorfor forudsætningslæren i teorien vil kunne bringes i anvendelse og medføre en hel eller delvis tilsidesættelse af aftalen. Det er imidlertid vores vurdering, at forudsætningslærens anvendelse inden for længerevarende komplekse it-kontrakter er af yderst begrænset praktisk betydning.

¹⁶³ Hansen, O. & Ulfbeck, V. (2014). Lærebog i Aftaleret, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 119.

¹⁶⁴ Andersen, L. L., § 36, Fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol, Ex Tuto Publishing, s. 251.

¹⁶⁵ En forudsætning er noget, der ikke er blevet en betingelse i kontrakten, men må forventes alligevel.

¹⁶⁶ Andersen, L. L. og Madsen, P. B. (2006) Aftaler og mellemmand, 5. udgave, Forlaget Thomson, s. 227.

¹⁶⁷ Jf. Hansen, Ole; Ulfbeck, Vibe: Lærebog i Aftaleret, 1. udgave (2014), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 107-108.

¹⁶⁸ Udsen, H. (2019) It-ret, Ex Tuto, s. 586.

4.6.3. Nærmest til at bære risikoen

Nærmest til at bære risikoen er udviklet i retspraksis og er i litteraturen blevet omtalt som en retsfigur¹⁶⁹, som hviler på, hvem af parterne der er relativt nærmest til at bære den økonomiske risiko, omkostningerne, for en uklarhed i en kontrakts ordlyd sammenholdt med den anden part.¹⁷⁰ Retsfiguren anvendes både ved aftalefortolkning og -udfyldning¹⁷¹, og retsvirkningen er, at kontrakten opretholdes, men at risikoen for en efterfølgende omstændighed allokeres til én af parterne, hvilket reelt betyder, at kontrakten er mere byrdefuld at opfylde, end hvad denne part på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten kunne forudsige.¹⁷²

Som følge af udgangspunktet om aftalefrihed kan parterne ved udarbejdelsen af kontrakten selv tage stilling til, hvorledes kendte risici skal allokeres i kontrakten, og derigennem ændre på, hvad der følger af baggrundsretten, i det omfang det mellem parterne aftalte ikke strider imod præceptive retsregler. Parterne kan imidlertid ikke altid forudse alle efterfølgende omstændigheder, hvorfor en kontrakt efter dens indgåelse kan vise sig at være inkomplet i forhold til en konkret efterfølgende omstændighed. Der kan i den forbindelse opstå situationer, hvor karakteren af en efterfølgende omstændighed ikke falder ind under nogen af de i obligationsretten kendte lempelsesregler, som er omtalt ovenfor. Dette er relevant at nævne, da retsfiguren nærmest til at bære risikoen har en selvstændig og relevant betydning i forbindelse med kontraktudfyldning ved siden af force majeure, forudsætningslæren og aftalelovens § 36¹⁷³ og derfor kan bringes i anvendelse i situationer, hvor ingen af de resterende lempelsesregler kan gøres gældende, såfremt den givne kontraktrelation lader sig passe ind i en af de kategorier, som har tegnet sig i retspraksis.¹⁷⁴

Afgørelsen U.1985.334/2 er relevant i relation til sammenhængen mellem it-retten og anvendelsen af nærmest til at bære risikoen.

Sagen omhandlede en aftale indgået mellem en konfektionsvirksomhed, V, og en it-leverandør, K, vedrørende levering af programmel til K. Udgiften var på forhånd af K skønsmæssigt anslået til 50.000-80.000 kr., men viste sig at løbe op til 400.000 kr. Ingen af parterne havde været klar over omfanget af opgaven. Afgørelsen vedrører spørgsmålet om, hvem der skulle bære risikoen for, at udviklingen af programmet blev markant højere end først anslået. Om dette spørgsmål udtalte Højesteret således: "Det er ubestridt, at det var en afgørende forudsætning for appellant, at det nye anlæg kunne udføre i hvert fald de samme funktioner som det gamle anlæg(...) Det må endvidere lægges til grund, at ingen af parterne ved kontraktens indgåelse var klar over omfanget af den udvidelse af programmet, som gennemførelsen af kravet nødvendiggjorde, og at det først ved den nærmere analyse(...) blev konstateret, at kravet ikke kunne imødekommes, uden at der påløb udgifter til nyt programmel, som væsentligt oversteg den i tilbuddet anslåede udgiftsramme på 50-80.000 kr. De indstævnte(...) findes

¹⁶⁹ Østergaard, K., Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret, Juristen nr. 2, 2017, s. 36.

¹⁷⁰ Det bør bemærkes, at formuleringen nærmest til at bære risikoen ligeledes anvendes som en mere generel juridisk formulering i tilfælde, hvor hensigten ikke er at henvise til selve retsfiguren.

¹⁷¹ Østergaard, K., Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret, Juristen nr. 2, 2017, s. 36.

¹⁷² Østergaard, K., Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret, Juristen nr. 2, 2017, s. 42.

¹⁷³ Ibid. s. 36.

¹⁷⁴ Anvendelsen af retsfiguren har i en vis udstrækning været vilkårlig, hvorfor den er mindre forudsigelig end de øvrige lempelsesregler ovenfor. Østergaard og Madsen har dog ved deres systematiske gennemgang af den foreliggende retspraksis identificeret nogle kategorier for dens anvendelse i artiklen Østergaard, K., Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret, Juristen nr. 2, 2017, s. 36.

under de foreliggende omstændigheder at burde bære risikoen for, at appellantens afgørende drifts- og prismæssige forudsætninger for kontrakten svigtede.”

K, som ikke havde foretaget en nærmere undersøgelse for at forstå kundens behov, fandtes således under omstændighederne at burde bære risikoen for, at de afgørende forudsætninger for aftalen svigtede, og kunden havde derfor været berettiget til at hæve kontrakten.¹⁷⁵ Det kan udledes af dommen, at selvom man ikke generelt kan pålægge en it-leverandør hele risikoen for det endelige resultat, kan man dog gøre dette, når it-leverandøren efter de konkrete omstændigheder har haft den bedste mulighed af de to parter for at foretage hensigtsmæssighedsvurderingen.¹⁷⁶ Dette er et udtryk for det, der under retsfiguren nærmest til at bære risikoen omtales som, at den ene af kontrahenterne pålægges en professionsrisiko. Princippet indebærer netop, at kontrahenten, qua dennes kvalifikationer og profession, anslås som bedre egnet til at kunne forudse risici og minimere eventuelle negative efterfølgende omstændigheders indtræden og dermed relationelt er nærmest til at bære risikoen herfor.¹⁷⁷ Retsfiguren kan altså anvendes på situationer, hvor en professionel part inden for dennes kerneforretning over for en uprofessionel medkontrahent er nærmest til at bære risikoen for en ikke-korrekt opfyldelse af kontrakten, der ikke er aftalebetinget.¹⁷⁸

På den baggrund synes retsfiguren nærmest til at bære risikoen mere relevant end fx aftalelovens § 36 eller forudsætningslæren i relation til it-kontrakter, særligt i forhold til, at en kontraktpart kan pålægges en professionsrisiko. Spørgsmålet er, om kommunikation kan anvendes af den professionelle part til at mindske risikoen for, at denne pålægges en professionsrisiko, hvis efterfølgende omstændigheder indtræffer, hvor kontrakten er tavs. Hvis man tager udgangspunkt i ovenstående afgørelse, ville resultatet formentlig have været anderledes, hvis parterne havde kommunikeret om deres forudsætninger for aftalen, herunder it-leverandørens forudsætninger for prisudmålingen. Da dette ikke var tilfældet, var det it-leverandøren som professionel part, der blev fundet nærmest til at bære risikoen for prisens ændring.

4.6.4. Loyalitetsgrundsætningen

I dansk ret under obligationsretten eksisterer en forpligtelse til, at parter som led i en udveksling af varer eller ydelser ikke alene skal have egne interesser for øje, men også har en pligt til at varetage modpartens interesser.¹⁷⁹ Denne loyalitetsforpligtelse gælder på tværs af alle kontrakttyper, uanset om dette er inkorporeret i kontrakten.¹⁸⁰ Det er vanskeligt at lave en præcis udledning af loyalitetsforpligtelsens præcise rækkevidde og specifikke indhold, da der er tale om en obligationsretlig grundsætning, som udvikles over tid og varierer efter kontrakttype.¹⁸¹

Loyalitetsforpligtelsen spiller en central rolle i denne afhandling, da der indlejret heri i en vis udstrækning gælder en pligt til at kommunikere mellem aftaleparter, da kommunikation netop kan spille en væsentlig rolle i bedømmelsen af, om parterne har handlet loyalt over for hinanden. I den forbindelse bemærkes

¹⁷⁵ For nærmere herom, se Hørlyck, E. (1996). Tilvirkningskøbet, s. 35 og Nørager-Nielsen, J. (1987) Edb kontrakter, s. 257-259.

¹⁷⁶ Hørlyck, E. (1996). Tilvirkningskøbet, s. 36.

¹⁷⁷ Østergaard, K., Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret, Juristen nr. 2, 2017, s. 40.

¹⁷⁸ Ibid. s. 41.

¹⁷⁹ Andersen L.L. og Madsen, P. B. (2017) Aftaler og mellemænd, København: Karnov Group, s. 423.

¹⁸⁰ Andersen, B. & Lookofsky, J (2015) Lærebog i obligationsret I: Ydelsen og beføjelsen, København: Karnov Group s. 69.

¹⁸¹ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019). Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), 116-130. [ET.2019.116], s. 1.

det, at formålet med dette afsnit er at fastslå, i hvilket omfang parterne er forpligtet til at kommunikere som led i at handle loyalt, uagtet om dette følger direkte af kontrakten eller ej. Senere i analysen vil det undersøges, hvorvidt det i visse situationer er en god idé at eksplicitere loyalitetsforpligtelsen i kontrakten og potentielt udvide denne til at omfatte en formel gensidig kommunikationspligt.

Indledningsvis er det værd at bemærke, at loyalitetsforpligtelsen har større betydning i længerevarende komplekse kontraktforhold end i simple købstransaktioner, da der i fastlæggelsen af grundsætningens udstrækning skal tages hensyn til kontraktens *naturalia negotii*, altså vilkår, der naturligt indgår i kontrakter af den pågældende art. Dette taler for, at rækkevidden af loyalitetsforpligtelsen er vidtgående inden for it-kontrakter, da disse netop vedrører længerevarende komplekse kontraktforhold.

I den forbindelse synes det relevant at kaste lys over en nyligt afsagt norsk dom (herefter Grindgut-dommen).¹⁸² Til trods for, at der i dommen ikke eksplicit nævnes loyalitet, står det efter en gennemlæsning af dommen klart, at spørgsmålet om loyalitet gennemsyrrer Oslo Tingretts afgørelse.

Dommen vedrører forholdet mellem Statens vegvesen (offentlig ordregiver) og International Business Machines A/S (IBM) (privat it-leverandør).

Vi har ikke viden om en dansk dom, som vedrører et lignende forhold mellem en offentlig ordregiver og privat it-leverandør i forbindelse med anskaffelse af et it-projekt. Vi mener dog i tråd med flere store advokathuse i Danmark¹⁸³, at der kan argumenteres for, at dommen ikke nødvendigvis kun er interessant i en norsk sammenhæng, men også i en vis udstrækning kan få betydning i en dansk sammenhæng. Dette skyldes både, at der er stor lighed mellem norsk og dansk kontraktret¹⁸⁴ og at dommen giver et sjældent indblik i denne type sager, da sager vedrørende it-projekter oftest føres i voldgiftsretter i både Norge og Danmark.¹⁸⁵

Da dommen nu er anket til landsretten, har det naturligvis betydning for dommens eventuelle præjudikatværdi, hvorvidt landsretten stadfæster Oslo Tingrett's dom. Uanset resultatet giver dommen dog unægteligt et indblik i de afvejninger en domstol skal foretage, når konflikter opstår som led i større samarbejder om gennemførelsen af et it-udviklingsprojekt, hvorfor den vil indgå som en central del af analysen.

Der er tale om en omfattende og detaljeret dom med et komplekst sagsforløb, som kun kort oprides i det følgende.

SVV indgik d. 20. december 2013 en kontrakt med IBM om levering af en it-løsning til anvendelse ved opkrævning af vejafgift, som skulle erstatte et tidligere system, som SVV anvendte. Projektet blev døbt Grindgut og bestod i, at IBM skulle levere fire løsninger, hvoraf tre af dem allerede var tilgængelige i IBM's kartotek som standardprodukter, mens ét af dem skulle specialudvikles til formålet. Ved udfærdigelse af kontrakten blev der taget udgangspunkt i den norske standardkontrakt PS2000, som er beregnet til anvendelse ved agile udviklingsprojekter, hvor det ikke er muligt på forhånd at fastsætte præcis, hvad

¹⁸² Bilag 1: Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen. Dommen er i skrivende stund anket til næste instans.

¹⁸³ Det gælder bl.a. Horten Advokatpartnerselskab (<https://www.horten.dk/nyhedsliste/2020/februar/den-norske-stat-skal-betale-180-mio-kr-til-ibm>), DAHL advokatfirma (<https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/>).

¹⁸⁴ https://www.jurainfo.dk/interessant-dom-om-uretmaessig-ophaevelse-af-it-kontrakt/?fbclid=IwAR1i4TsQH1Oyk_BWHObpgok33jfnldkyRgY8_GKzneGzvk5hNjrlCzwloQ0.

¹⁸⁵ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 592.

der skal udvikles.¹⁸⁶ Det første kontrolpunkt for iteration 1 blev afholdt i efteråret 2014, men blev aldrig formelt godkendt af SVV. SVV valgte dog alligevel at betale IBM for iteration 1 i december 2014. Det afsluttende kontrolpunktsmøde for iteration 2 blev afholdt i foråret 2015, men iterationen blev ligeledes ikke godkendt, hvilket SVV begrundede med, at testrapporten havde mangler, og at IBM ikke havde leveret den aftalte løsning, samtidig med at tidsplanen for projektet var urealistisk. SVV hævdede kontrakten i sommeren 2015 på grund af væsentlig indtrådt forsinkelse og anticiperet misligholdelse, da SVV vurderede, at IBM ikke ville være i stand til at levere den færdige iteration 2 til tiden (højst 100 dage efter den oprindeligt aftalte leveringsdato). IBM var uenige og hævdede, at kontrakten var ophævet uberettiget, og at der som følge heraf forelå en væsentlig misligholdelse af parternes aftale. IBM ophævede herefter kontrakten.

Oslo Tingrett vurderede, at det i hovedsagen var SVV's ansvar, at kontrakten ikke blev opfyldt, selvom retten medgav, at IBM havde undervurderet projektets omfang. Retten vurderede desuden, at SVV ikke på tidspunktet for hævnningen af kontrakten havde adgang til retmæssigt at ophæve kontrakten, da det ifølge rettens undersøgelser ikke var usandsynligt, at IBM ville have kunnet levere tidligere end 100 dage efter det oprindeligt aftalte leveringstidspunkt. SVV's ophævelse af kontrakten var dermed uretmæssig, hvilket gav IBM et retmæssigt grundlag for efterfølgende at ophæve kontrakten.

IBM havde som følge af den uretmæssige ophævelse af kontrakten krav på vederlag for den del af leverancen, som allerede var udført. Retten vurderede, at dette beløb tilsammen udgjorde 136.588.032 NOK. Endvidere afgjorde retten, at SVV skulle betale erstatning til IBM på 2.565.045 NOK samt sagsomkostninger på 42.071.288 NOK.

Dommen vil i det følgende blive inddraget, i det omfang den er relevant til at belyse betydningen af de enkelte delforpligtelser i loyalitetsgrundsætningen for kontrakter, som vedrører komplekse it-leverancer mellem ordregiver og leverandør.

4.6.4.1. Loyalitetsgrundsætningens delforpligtelser

Der eksisterer en række delforpligtelser under loyalitetsgrundsætningen. Som nævnt varierer indholdet, alt efter hvilken kontrakttype sagen omhandler, men også efter tidspunktet i kontraktens livscyklus. Der er således forpligtelser, som knytter sig til før, under og efter kontraktens løbetid.¹⁸⁷ Udgangspunktet er, at tilsidesættelse af loyalitetsgrundsætningen berettiger den ikke-misligholdende part til at hæve kontrakten, hvis tilsidesættelsen må betragtes som væsentlig i forhold til hele den ydelse, som skal præsteres. Den hævende part indtager dog herved en standpunktsrisiko, som betyder, at hvis forudsætningen for ophævelsen, nemlig at der foreligger væsentlig misligholdelse, brister, vil den hævende parts handling formentlig være i strid med kontraktens indhold og udgøre misligholdende adfærd. Standpunktsrisikoen betyder med andre ord, at den i udgangspunktet ikke-misligholdende part risikerer at ifalde erstatningsansvar over for medkontrahenten.¹⁸⁸ Hvis bruddet på loyalitetspligten derimod sker, inden kontrakten er indgået, vil det potentielt kunne medføre et erstatningsansvar efter reglerne om culpa in contrahendo. Dette er dog kun tilfældet, hvis der er tale om kvalificeret illoyal

¹⁸⁶ Standardkontrakten PS200 er derfor i en vis grad sammenlignelig med den danske K03.

¹⁸⁷ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019). Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), 116-130. s. 1.

¹⁸⁸ Ibid. s. 2.

adfærd, da parterne inden kontraktindgåelsen i vid udstrækning har mulighed for at forhandle en rentabel kontrakt, uden de pålægges yderligere pligter end, at forhandlingerne er reelle og redelige.¹⁸⁹

Parternes pligt til at kommunikere i it-kontrakter er omdrejningspunktet for nærværende afhandling, hvorfor de delforpligtelser, som er særligt relevante i den forbindelse, vil blive fremhævet i det følgende. Dermed ikke sagt, at de øvrige delforpligtelser generelt er mindre væsentlige, eller at kommunikation ikke kan optræde som en væsentlig del af dem. Dog synes den loyale oplysningspligt, underretningspligten samt samarbejdspligten at have størst relevans i denne sammenhæng.¹⁹⁰

4.6.4.2. Den loyale oplysningspligt

Den loyale oplysningspligts indhold består i, at realdebitor videregiver relevante oplysninger om realydelsen og dermed sikrer, at realkreditor kan indgå aftalen på et velinformeret grundlag. Generelt kan siges, at realdebitor skal oplyse om forhold, som denne ved eller bør vide i almindelighed vil have interesse for realkreditor. Hvorvidt en kontrahent har overholdt sin loyale oplysningspligt, beror dog altid på en konkret vurdering af omstændighederne. Det betyder, at hvis realkreditor har oplyst realdebitor om et specifikt formål med erhvervelsen, vil realdebitor have en skærpet oplysningspligt, hvis denne har en viden om realydelsen, som potentielt er relevant for opfyldelsen af dette formål, og realkreditor ikke forventes at have viden herom.¹⁹¹

En realdebitors loyale oplysningspligt skal ses i sammenhæng med realkreditors undersøgelsespligt¹⁹², som bevirker, at realkreditor ikke kan påberåbe sig en mangel ved realydelsen, hvis manglen ved aftalens indgåelse var kendt eller ukendt som følge af egen uagtsomhed.¹⁹³

Det forekommer vanskeligt at fastlægge den præcise rækkevidde af den loyale oplysningspligt i it-kontrakter vedrørende specialudvikling af programmel, da en betydelig mængde retspraksis om den loyale oplysningspligt vedrører køb af fast ejendom eller køb under købelovens anvendelsesområde¹⁹⁴, og da it-kontrakter ikke kan karakteriseres som køb af fast ejendom og ikke falder ind under købelovens anvendelsesområde.

Den loyale oplysningspligt pålægger først og fremmest realdebitor en oplysningspligt om realydelsen. I kontraktrelationen er det i sagens natur it-leverandøren, der i størst omfang skal præstere realydelsen og dermed må betegnes som realdebitor. Alligevel indebærer en opfyldelse af en kontrakt om specialudviklet programmel, at begge parter skal involvere sig i selve præstationen af realydelsen. Derfor kan en offentlig ordregiver også i nogen grad kvalificeres som realdebitor, hvilket taler for, at ordregiveren også har en loyal oplysningspligt over for leverandøren.

Den manglende retspraksis om dette spørgsmål inden for it-kontrakter betyder dog, at vurderingen af udstrækningen af leverandørens og ordregiverens loyale oplysningspligt er behæftet med en stor

¹⁸⁹ Ibid. s. 3.

¹⁹⁰ For en nærmere belysning af de enkelte delforpligtelser under loyalitetsgrundsætningen samt gennemgang af relevant retspraksis henvises til Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019). Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), 116-130.

¹⁹¹ Ibid. s. 3.

¹⁹² *Caveat emptor-princippet* hvorefter, realkreditoren køber, hvad den ser, hvorfor realkreditor ikke kan påberåbe sig en mangel, som med rimelighed kunne forventes opdaget ved en undersøgelse af realydelsen inden aftaleindgåelsen.

¹⁹³ Andersen, B. & Lookofsky, J (2015) Lærebog i obligationsret I: Ydelsen og beføjelsen, København: Karnov Group s. 72.

¹⁹⁴ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019). Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 4.

usikkerhed, hvorfor der skal foretages en abstrakt afvejning mellem eventuelle oplysningers relevans for medkontrahenten og det faktum, at parterne i den prækontraktuelle fase i høj grad har frihed til at forhandle en rentabel kontrakt, uden at de pålægges yderligere pligter.

4.6.4.3. Underretningspligten

Underretningspligten består i, at en kontrahent har pligt til at underrette medkontrahenten, hvis væsentlige forhold ændrer sig, der kan påvirke, hvorvidt en kontrakt bør eller overhovedet kan indgås. Pligten pågår desuden under kontraktens løbetid, hvis omstændigheder i kontrakten taler herfor, fx hvis kontraktens opfyldelse indebærer et tæt samarbejde mellem kontrahenterne. I så fald vil en kontrahent være forpligtet til at underrette medkontrahenten om forhold, som kan påvirke opfyldelsen af den indgåede kontrakt. Det kan følge af *lex specialis* eller af kontraktens *naturalia negotii*, at en sådan pligt ligger indlejret i kontraktrelationen.¹⁹⁵ Dette blev slået fast i sagen mellem Brunata og Danfoss (U.2007.3027 H), hvor Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens afgørelse om, at Danfoss havde handlet i strid med loyalitetspligten, da Danfoss ikke havde overholdt sin underretningspligt over for Brunata, som der var indgået en samarbejdsaftale med. Samarbejdsaftalen bestod i, at Danfoss skulle stå for den forskningsmæssige del af at udarbejde en ny type energimåler, mens Brunata skulle stå for distributions- og servicedelen. Aftalen indeholdt bl.a. bestemmelser med målsætninger om, hvor mange enheder Brunata skulle afsætte på det danske marked. Endvidere var der bestemmelser om, at der ikke var tale om et eksklusivt samarbejde mellem Brunata og Danfoss. Brunata fik imidlertid 40 % rabat på salgspriserne. Samarbejdsaftalen havde en løbetid på mindst 5 år. Både Brunata og Danfoss havde et opsigelsesvarsel på ét år. Endvidere fulgte det af aftalen, at Danfoss kunne opsiges aftalen med 6 måneders varsel, hvis der forelå misligholdelse af det aftalte. Modsat ville Danfoss' opsigelsesvarsel blive forlænget, såfremt opsigelsen skyldtes strategiske overvejelser. Samarbejdet blev bekendtgjort, og Brunata annoncerede for de endnu ikke udviklede energimålere, da der var tillid til, at Danfoss inden længe ville have dem klar til levering. Desuden ansatte Brunata en sælger, som specifikt skulle stå for forhandlingen af Danfoss' nye energimålere. Danfoss løb imidlertid ind i en række problemer i forbindelse med udviklingen af energimåleren. Danfoss orienterede ikke Brunata om vanskelighederne og ej heller om det forestående salg af hele den afdeling i Danfoss, som havde energimålere, og som blandt andet stod for udviklingen af den nye energimåler. Brunata blev således først underrettet om salget af Danfoss' energimåler-afdeling til den tyske virksomhed, Hydrometer, dagen inden en pressemeddelelse herom blev udsendt. Sø- og Handelsretten konkluderede, at Danfoss ikke havde overholdt sin underretningspligt over for Brunata, hvilket ansås som et brud på loyalitetsgrundsætningen:

“Højesteret tiltræder, at det er en følge af samhandelsaftalen, at parterne indenfor rammerne af det aftalte partnerskab skal optræde loyalt og underrette hinanden om forhold af betydning for dispositioner i henhold til samhandelsaftalen, og at krænkelse af denne loyalitetspligt kan udløse erstatningsansvar for det herved forvoldte tab.” Brunata blev på baggrund heraf tilkendt erstatning, dog kun op til den negative kontraktinteresse, da det ikke af selve samarbejdsaftalen kunne udledes, at Danfoss havde en forpligtelse over for Brunata til at udvikle den nye type energimåler.

Brunata Danfoss-dommen slår altså fast, at hvis kontraktens *naturalia negotii* taler herfor, eksisterer der en underretningspligt i kontraktens løbetid mellem parterne. I forbindelse med it-kontrakter må det formodes, at underretningspligten har betydelig relevans, da disse kontrakter (særligt hvis de omhandler specialudvikling af programmel) i høj grad kræver et tæt samarbejde mellem leverandør og ordregiver.

¹⁹⁵ Ibid. s. 3-4 og s. 8.

I Grindgut-dommen synes netop spørsmålet om ordregivers (kundens) underretningspligt over for leverandøren både inden kontraktindgåelsen og under kontraktens løbetid at spille en afgørende rolle. Spørsmålet hænger sammen med et af de centrale temaer, der behandles i dommen, som omhandler kundens prioritering af styringsparametrene tid, pris og kvalitet. I dommen peges der på, at en helt central årsag til samarbejdets sammenbrud skyldtes parternes uens prioritering af styringsparametrene tid, pris og kvalitet, som er de overordnede rammer for gennemførelsen af et projekt.¹⁹⁶

I dommen redegør Oslo Tingrett for, at der eksisterer en balance i kontrakten, som skal opretholdes, og at en kontrakt, som lægger størst vægt på kvalitet, derfor ofte være mere fleksibel i forhold til at justere på tid og/eller omkostninger. Hvis der derimod lægges størst vægt på omkostninger eller tid, vil dette typisk betyde, at der ikke er fleksibilitet til at ændre på kvaliteten, altså udformning af løsninger, som rækker ud over, hvad der følger af kontrakten.¹⁹⁷

SVV prioriterede kvalitet højest, mens IBM opfattede tid som det væsentligste styringsparameter i opfyldelsen af kontrakten.¹⁹⁸

Oslo Tingrett lægger i sin afgørelse vægt på, at SVV's prioritering af kvalitet over tid ikke synes at være kommunikeret til IBM før kontraktindgåelsen, hvilket gør det byrdefuldt for IBM at efterleve, når kontrakten samtidig indebærer, at IBM bliver pålagt dagsbøder samt risikerer ophævelse, hvis der sker væsentlige forsinkelser af leverancer. Dette er et udtryk for, at retten vurderer, at SVV har handlet i strid med sin underretningspligt, der som nævnt indebærer, at parterne er forpligtede til at underrette hinanden om væsentlige forhold, der kan påvirke, hvorvidt kontrakten bør indgås.

Ovenstående eksempel er kun en del af SVV's brud på sin underretningspligt, da uklarheden om, hvilket styringsparameter, som var væsentligst, fortsatte langt ind i kontraktens løbetid, selv efter at SVV opdagede, at parterne besad forskellige opfattelser om prioriteringen.

I dommen er der udarbejdet en udførlig redegørelse af prioriteringen af styringsparametrene undervejs i projektet, som viser, at der i forløbet var flere modsatrettede signaler fra SVV's side. SVV stillede både store krav til kvaliteten med et markant fokus på systemets funktionaliteter og brugervenlighed, som krævede omfattende specialtilpasninger af IBM's standardmateriel. Samtidig krævede SVV, at tidsplanen blev overholdt.¹⁹⁹

Det fremgår bl.a. af dommen, at SVV i et centralt styringsdokument af 10. februar 2012 har anført følgende vedrørende spørsmålet om prioriteringen:

"I styringen mot målene er det behov for å ha en prioritering når det oppstår motstridende forhold:

- 1. Kvalitet*
- 2. Tid*
- 3. Kostnad*

Selv om avtalen for drift av eksisterende sentralsystem utløper 1.11.2014, skal kvaliteten i løsningen prioriteres foran å levere innen tidsfristen. Kvaliteten og brukertilfredsheten er viktigst for å oppnå

¹⁹⁶ Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i saken Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen, s. 39.

¹⁹⁷ Ibid. s. 39.

¹⁹⁸ Ibid s. 21.

¹⁹⁹ Ibid s. 21.

effektmålene og nytten på lang sikt. Også overholdelse av kostnadsramme skal kunne nedprioriteres dersom det blir motstrid med kvalitet og tid. Beslutninger skal i slike tilfeller basere seg på kost/nyttevurderinger.”²⁰⁰

Til trods for, at ovenstående fremgår af centrale styringsdokumenter, var der alligevel tvil om, hvorvidt kvalitet reelt var af høyest prioritet for SVV. Et uddrag fra et KG-referat²⁰¹ fra sensommeren 2014 viser, at projektledelsen i SVV gav uttrykk for, at tid var viktigere end kvalitet. Dette blev fulgt op af, at det af en statusrapport fra efteråret 2014 til SVV's styringsgruppe fremgår, at det viktigste var at få basisfunktionalitetene klar til idriftsættelse inden for tidsfristen, hvorfor alle funktionaliteter, som rakte ud over basisfunktionalitetene skulle udsættes til efter idriftsættelsen af systemet.

Endelig fremgik det af et referat fra et KG-møde senere samme efterår, at: ”Tidslinjen uttales å være prioritet 1 i prosjektet. Dette anbefales formalisert mellom partene.”²⁰²

På et internt styringsgruppemøde i SVV i samme efterår (2014) avviste SVV at ændre prioriteringen af styringsprinsipperne og fastslog, at kvalitet skulle prioriteres over tid og omkostninger. Dette blev ikke kommunikeret til IBM.

Uklarhederne fortsatte til samarbejdets ophør, og det indgår som et centralt hensyn i Oslo Tingretts afgørelse. Af dommen fremgår det således:

”SVVs prioritering av kvalitet foran tid og kostnad var lite forenlig med avtalte bestemmelser om tidsfrister, målpris og sanksjoner. Dette la et grunnlag for konflikt allerede før prosjektoppstart.

Utgangspunktet med ulik prioritering av styringsparametre, samt den senere vinglingen og «ja takk, begge deler» holdningen fra SVV, var utfordrende for begge prosjektorganisasjonene.

Etter rettens syn er det ikke tvil om at dette i betydelig grad preget samspillet gjennom hvordan partene forholdt seg til kravspesifikasjonen og prosjektgjennomføringen.

(...) var konsekvensene at det ble brukt lengre tid på å gjøre nødvendige avklaringer med utredninger fremfor avgjørelser, manglende vilje til å inngå kompromisser på funksjonalitet og kontroll av IBMs arbeid på bekostning av fremdrift.”²⁰³

Retten vurderte, at den manglende klarhet om prioriteringen betød, at parterne tolkede kravspesifikasjonen forskjelligt, og at SVV hadde fortolket kravspesifikasjonen urimelig langt til egen fordel og stillet store krav om specialtilpasninger på trods af, at IBM's standardløsninger levede op til kravene i kravspesifikasjonen.

Retten finder, at SVV fra starten tydeligt skulle have kommunikeret, hvilket af styringsparametrene, som var væsentligst i opfyldelsen af kontrakten. Afgørende finder retten det dog, at SVV ikke kan dokumentere at have underrettet IBM tydeligt om prioriteringen efter at have blevet bekendt med, at IBM tolkede prioriteringen anderledes. I dommen tillægges det desuden større betydning, at SVV ikke har været

²⁰⁰ Ibid. s. 39.

²⁰¹ KG = Koordineringsgruppen. KG består af repræsentanter fra SVV, IBM og A-2, og er projektets øverste administrative funktion. Gruppen mødtes én gang om måneden med det formål at koordinere gennemførelsen af projektet.

²⁰² Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen, s. 40.

²⁰³ Ibid. s. 42.

tydelig i sin prioritering, end at retten samtidig vurderer, at IBM har fejkalkuleret, hvor mange ressourcer projektet alt andet lige skulle tilføres.²⁰⁴

I lyset af Grindgut-dommen samt det særligt tætte samarbejde, som et længerevarende it-projekt indebærer, er det vores vurdering, at der eksisterer en underretningspligt mellem parterne, som både gælder inden kontraktindgåelsen og i kontraktens løbetid. Desuden viser Grindgut-dommen, at underretningspligten ikke alene ligger hos leverandøren, men at ordregiver også har en pligt til at oplyse om omstændigheder, som har betydning for, at aftalen indgås på et velinformeret grundlag og for opfyldelsen af kontrakten, efter at projektet er igangsat. Samtidig skal Oslo Tingretts relativt vidtgående fortolkning af SVVs pligter også ses i sammenhæng med, at kontrakten udarbejdet mellem SVV og IBM byggede på den agile projektmodel, som stiller større krav til dialogen og samarbejdet i it-projekter end hvad vandfaldsmodellen gør, som K02-kontrakten bygger på.

Derfor må det endeligt konkluderes, at vurderingen af, hvorvidt en af parterne har handlet i strid med underretningspligten, i høj grad vil bero på en abstrakt vurdering af, hvad ordregiver eller leverandør burde have underrettet medkontrahenten om. Det skyldes både, at det er usikkert, hvilken betydning dommen vil have i dansk ret, og at der ikke os bekendt, er anden retspraksis om it-kontrakter, som behandler samme spørgsmål i en kontrakt, som bygger på vandfaldsmodellen.

4.6.4.4. Samarbejdsforpligtelsen

Som en del af loyalitetsgrundsætningen eksisterer også en samarbejdsforpligtelse. Denne forpligtelse er mere udtalt i forhold, hvor kontrakten foreskriver et tæt samarbejde mellem parterne.²⁰⁵ Dette skal ses i sammenhæng med, at loyalitetsgrundsætningen overordnet indebærer en pligt til, at parterne varetager hinandens interesser, hvorfor det synes naturligt, at denne pligt skærpes, når parterne har udfærdiget fælles mål og indgår i et strategisk samarbejde. Som også tidligere beskrevet er netop it-leverancer om specialudvikling af programmel en type kontrakt, som kræver en stor involvering fra både ordregiver og leverandør.

Grindgut-dommen er også illustrativ i denne sammenhæng, da en anden væsentlig faktor i Oslo Tingretts afgørelse er, at SVV ikke handlede i overensstemmelse med kontraktens bestemmelse om ansvarsdelingen, hvoraf det netop fremgik, at projektet skulle foregå som et samarbejde mellem parterne.

Det fremstod eksplicit af kontrakten, at projektet skulle gennemføres som et samarbejde mellem parterne. På den baggrund indebar kontrakten, at både IBM og SVV bar et ansvar for at medvirke til projektets fremdrift. Ansvarsdelingen mellem IBM og SVV lød således, at IBM stod for at levere løsning,

²⁰⁴ Af dommen følger det således: *"IBMs løsning havde begrænsninger og gennemføringen var langt fra feilfri. Sentralt her er at IBM undervurderte arbejdsomfanget som fulgte af løsningsbeskrivelsen, og at de havde lav produktivitet gennem store deler av prosjektet. Det er likevel forhold som kan tilskrives SVV som peker seg ut som hovedårsakene til at samarbeidet brøt sammen"*, s. 21. Denne vurdering skal dog formentlig ses i sammenhæng med, at IBM havde påregnet 83.090 arbejdstimer på udviklingen af systemet, og at IBM var den af tilbudsgiverne, som havde estimeret det højeste timeforbrug, jf. Grindgut-dommen s. 29.

²⁰⁵ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019). Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, s. 6.

metode og ledelse, og SVV skulle bidrage med sin faglighed omkring opkrævning af bompenge og i øvrigt understøtte og bidrage til, at projektet blev gennemført i tråd med kontrakten.²⁰⁶

SVV førte imidlertid ifølge retten for megen kontrol med IBM og blandede sig på en ikke-konstruktiv måde i processen i stedet for at være løsningsorienteret. Overordnet om samarbejdet udtalte retten således: "Hovedindtrykket er at samspillet ble kraftig svekket fordi SVV ikke innordnet seg ansvarsfordelingen mellom partene. I stedet for å legge til rette for at IBM skulle møte sine forpliktelser, tok SVV i praksis på seg en lederrolle gjennom detaljfokusert revisjon på områder hvor ansvaret klart lå hos IBM".²⁰⁷

Retten fandt således, at SVV svækkede projektets fremdrift ved ikke at efterleve ansvarsdelingen i kontrakten, som foreskrev, at projektet skulle gennemføres som et samarbejde. Den omfangsrige kontrol af IBM udgjorde en hindring for, at IBM kunne opfylde sine forpligtelser, da der blev brugt uhensigtsmæssigt mange ressourcer på afklaringer, som hindrede fremdrift i projektet. Retten fastslog, at i et samarbejde bærer begge parter et ansvar for at sikre projektets fremdrift.

Ovenstående kan ses som et udtryk for, at i en kontraktrelation, som indebærer et tæt samarbejde, har begge parter en forpligtelse til at arbejde mod det fælles mål. Igen skal Oslo Tingretts relativt vidtgående fortolkning af SVVs pligter dog også ses i sammenhæng med, at kontrakten udarbejdet mellem SVV og IBM byggede på den agile projektmodel.

Det må imidlertid konkluderes, at hvor kontrakten indeholder en ansvarsdeling, som stiller krav til begge parter, vil denne optræde i en domstols vurdering af, hvorvidt parterne har overholdt sin samarbejdsforpligtelse.

Med samtlige betragtninger anført ovenfor taget i betragtning, er det nærliggende at formode, at en kontrakt mellem en ordregiver og leverandør om et længerevarende it-projekt, som kræver udvikling af specialprogrammel, vil indebære en loyalitetsforpligtelse mellem parterne, som består i både en loyal oplysningspligt, underretningspligt og en samarbejdsforpligtelse. Den sparsomme retspraksis betyder imidlertid, at det er vanskeligt at vurdere præcist, hvilken forpligtelse parterne har til at kommunikere inden og under kontraktens løbetid. Det vil bero på en abstrakt vurdering af, hvilke oplysning- og øvrige samarbejdsforpligtelser, som parterne, i medfør af kontraktens naturalia negotii har som led i at varetage hinandens interesser.

4.6.5. Loyalitetsforpligtelsen i K02

Som nævnt ovenfor, skal udstrækningen af loyalitetsforpligtelsen inden for it-projekter altså i høj grad bedømmes ud fra kontraktens naturalia negotii. Standardbestemmelserne i K02 er et udtryk for sædvaner, som det også følger nærmere af afsnit X, Sædvaner, hvorfor det er relevant at anskue, hvordan loyalitetsforpligtelsen er afspejlet i K02.

I K02 og de dertilhørende bilag er der ikke en eksplicit bestemmelse, som omhandler loyalitet.

Af Punkt 27.3 i K02 er der imidlertid en bestemmelse om, at "Såfremt der opstår en uoverensstemmelse mellem Parterne i forbindelse med Kontrakten, skal Parterne med en positiv, samarbejdende og ansvarlig

²⁰⁶ Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen, s. 77-78.

²⁰⁷Ibid. s. 80.

holdning søge at indlede forhandlinger med henblik på at løse tvisten.” Dette indebærer, at parterne har en loyal forpligtelse til på et sagligt grundlag at forhandle tvister, dog ikke en forpligtelse til at opnå enighed eller løse tvister forligsmæssigt.²⁰⁸

Mest centralt synes dog Punkt 5.2 i K02, Projektsamarbejde og medarbejdere, som skal ses i sammenhæng med Bilag 10, Projektsamarbejde og medarbejdere²⁰⁹.

Af Punkt 5.2 følger det, at parterne skal drage den fornødne omsorg for, at projektet forankres i organisationerne. Desuden er det anført, at leverandøren har initiativpligten i samarbejdet mellem parterne, men at kunden forudsættes at have en aktiv rolle i projektstyringen. At kunden skal have en aktiv rolle knytter sig især til, at kunden har en pligt til at reagere, hvis kunden konstaterer, at leverandørens projektstyring ikke er tilstrækkelig. Kunden kan således ikke passivt se til, velvidende at projektstyringen er løbet af sporet eller er utilstrækkelig.²¹⁰ Det er imidlertid leverandøren, der har initiativpligten, og dermed denne, der bærer det overordnede ansvar for projektets fremdrift, løbende afrapportering, møder m.v.

Endvidere følger det af Punkt 5.2, at: “Parterne har gensidigt en forpligtelse til uden ugrundet ophold og i henhold til de aftalte beslutningsprocesser at påpege eventuelle Fejl i dokumenter udarbejdet af den anden Part, herunder Kravspecifikation og Løsningsbeskrivelse samt øvrige forhold omkring Kontraktens opfyldelse, som Parterne bliver opmærksomme på. Tilsvarende gælder andre forhold, der kan have betydning for projektets rette gennemførelse i overensstemmelse med tidsplanen og Kontrakten i øvrigt.”

Dette kan ses som en eksplicitering af underretningspligten, der er en del af parternes loyalitetsforpligtelse. Pligten omtales også som en reaktionspligt.²¹¹ Underretningspligten, som parterne er underlagt i medfør af kontraktens Punkt 5.2, må siges at være særligt rettet mod at påpege medkontrahentens fejl. I den forbindelse henvises eksplicit til kravspecifikationen og løsningsbeskrivelsen, hvilket er et udtryk for, at pligten særligt er relevant i afklaringsfasen²¹² inden kontrakten er endeligt konciperet. Betydningen af bestemmelsen skal ses i sammenhæng med parternes adgang til påberåbe en fejl, da passivitet formentlig vil indebære egen skyld i et eventuelt erstatningsspørgsmål. Bestemmelsens andet led omhandler “andre forhold” og er en bredt formuleret bestemmelse, der kan give anledning til fortolkningstvivel. Det må lægges til grund, at oplysninger af denne art både kan omhandle endogene og eksogene faktorer. Dog er det vanskeligt at udlede præcist, hvilke forhold der falder under bestemmelsen. Pligten kan potentielt omfatte en situation, hvor leverandøren forventer prisstigninger på en ydelse, der er omfattet af en option i kontrakten, men hvor prisen først fastsættes i forbindelse med en udnyttelse af optionen. Dette kunne tænkes at være et af de “andre

²⁰⁸ Dragsted, N., Horsfeldt O., Langemark, J. og Sørensen, C. (2008). *K02 med kommentarer*, s. 400.

²⁰⁹ Bilag 10 fastlægger mere specifikt hvordan, hvornår og med hvem, der skal kommunikeres. Fx fastlægges proces for styre- og projektgruppemøder, samt statusrapporteringer m.v. Desuden findes der i Bilag 10, Punkt 8, *Kommunikation mellem parterne*, en nærmere beskrivelse af, hvordan parterne på struktureret vis skal kommunikere med hinanden. Af standardbestemmelserne følger det ikke *hvad*, der skal kommunikeres om, men nærmere *hvordan* parterne skal kommunikere. Der henvises til det konkrete bilag for nærmere.

²¹⁰ Dragsted, N., Horsfeldt O., Langemark, J. og Sørensen, C. (2008). *K02 med kommentarer*, s. 168.

²¹¹ *Ibid.* s. 169.

²¹² Som den første aktivitet efter kontraktunderskrivelsen afvikler kunde og leverandør i forening en afklaringsfase, der har til formål at undersøge, om det er hensigtsmæssigt at præcisere eller supplere kravspecifikationen. I løbet af afklaringsfasen skal leverandøren opnå et mere detaljeret indblik i kundens behov og forretningsgange samt vurdere, om leverandørens system kan opfylde kundens behov og kravspecifikation. Ved udgangen af afklaringsfasen har kunden udtrædelsesadgang mod betaling.

forhold”, som har betydning for kontraktens opfyldelse “i øvrigt”. Omvendt vil en almindelig fortolkning af bestemmelsen ikke lede til, at en af parterne kan ifalde et ansvar for ikke at have delt oplysninger om potentielle gevinstmuligheder. Altså vil en leverandør ikke være forpligtet til at dele oplysninger med kunden om muligheder om at levere it-systemet til lavere omkostninger eller levere en bedre ydelse end det aftalte til samme kontraktsum. Tilsvarende vil kunden ikke være forpligtet til at oplyse leverandøren om, at leverancen kan opfyldes med færre ressourcer, end leverandøren har afsat til projektet.²¹³

Overordnet set er det vores vurdering, at underretningspligten eller reaktionspligten, som følger af kontraktens Punkt 5.2, synes at stemme overens med “det klassiske indhold” i underretningspligten under loyalitetsforpligtelsen i lyset af Brunata Danfoss-dommen. Samtidig er det vores vurdering, at henset til udviklingen inden for it-udviklingsprojekter den seneste årrække er der opstået et behov for at tilpasse K02. I den forbindelse er det vores opfattelse, at des mere K02 ændres til et mere ligeværdigt kunde-leverandørsamarbejde (eller mod en mere agil projektmodel), des længere rækkevidde vil loyalitetsforpligtelsen have i kontraktrelationen i lyset af Grindgut-dommen. Herefter vil det påhvile begge parter at underrette medkontrahenten om omstændigheder, som har betydning for, at aftalen indgås på et velinformeret grundlag samt for opfyldelsen af kontrakten, efter at projektet er igangsat. Den præcise rækkevidde af loyalitetsforpligtelsen synes dog vanskelig endelig at fastlægge.

4.6.6. Sædvaner

En sædvane kaldes ofte også for kutyme og udgør en væsentlig udfyldende retskilde.²¹⁴ En sædvane kan være enhver skik og brug, der er blevet så almindelig og har en sådan fasthed, at den kan beskrives som en regel.²¹⁵ En sædvane er ikke i sig selv bindende for parterne, hvorfor en sædvane ikke kan tilsidesætte et aftalt vilkår. Følger det eksempelvis af en sædvane, at en driftsleverandør udarbejder en driftshåndbog, som beskriver den nærmere gennemførelse af driften, vil ordregiver ikke have krav herpå, hvis det udtrykkeligt fremgår af aftalen, at leverandøren ikke udarbejder en driftshåndbog.²¹⁶

En sædvane kan derimod få betydning for, hvordan aftalen mellem parterne skal fortolkes og udfyldes²¹⁷, og dermed kan sædvanen få stor betydning, særligt i det tilfælde, hvor svaret ikke umiddelbart kan udledes af den almindelige obligationsret. Desuden kan det resultat, der måtte følge af almindelige obligationsretlige grundsætninger, fraviges i tilfælde, hvor it-retlige sædvaner fører til et andet resultat.²¹⁸ Det kan være vanskeligt at fastlægge, hvad der er sædvaner på et givent område, men der kan på it-rettens område tages udgangspunkt i de gældende standardkontrakter, særligt dem, der har karakter af “agreed documents”, altså K01 og K02, da sådanne agreed documents er blevet til efter forhandlinger mellem modstående interesseorganisationer og ofte bygger på de sædvaner, som har udviklet sig i branchen.²¹⁹ Der vil dermed være en stærk formodning om, at et bestemt aftalevilkår er udtryk for en sædvane, hvis det er i overensstemmelse med, hvad der fremgår af enten K01 eller K02. Endvidere eksisterer inden for it-retten publikationen God it-skik. God it-skik er blevet til i et samarbejde mellem Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, ISACA, Foreningen af Interne Revisorer og Dansk IT, og kan defineres som “de branchemæssige sædvaner og den praksis, der til enhver tid efterleves af kyndige og ansvarsbevidste fagfolk med henblik på, at it-anvendelsen baseres på forretningsmæssige

²¹³ Dragsted, N., Horsfeldt O., Langemark, J. og Sørensen, C. (2008). *K02 med kommentarer*, s. 169.

²¹⁴ von Eyben, E. W. (1991) *Juridisk Grundbind*, s. 160 ff.

²¹⁵ Andersen, L. L. (1997), *Aftaler og Mellemmænd*, Gad Jura, s. 457.

²¹⁶ Udsen, H. (2019) *IT-ret*, s. 592.

²¹⁷ Andersen M. B. (2017), *grundlæggende aftaleret*, s. 62.

²¹⁸ Udsen, H. (2019) *IT-ret*, Ex Tuto, s. 590.

²¹⁹ Andersen, L. L. (1997), *Aftaler og Mellemmænd*, Gad Jura, s. 459.

mål, krav og ønsker, samt at den er i overensstemmelse med lovgivningen og interne regler.”²²⁰ Endvidere henvises i flere tilfælde til God it-skik i K02, hvorefter definitionen lyder: ”en af it-branchen alment accepteret god udførelse inden for et bestemt område”.²²¹

4.6.6.1. K02 og kommunikation

K02 er opbygget således, at kontraktmaterialet indeholder en overordnet kontrakt samt 15 dertilhørende bilag. Kontrakten oplister i punktform, hvad der er gældende i henhold til kontraktmaterialet, og i de punkter, som relaterer sig til et af de konkrete bilag, henviser kontrakten til det givne bilag. Det skal i den forbindelse ligeledes nævnes, at bestemmelserne i selve kontrakten har forrang frem for bestemmelser i bilag, hvorfor bestemmelser indeholdt i et bilag, som strider mod selve kontraktens bestemmelser, ikke tillægges retsvirkning.²²² Det er derfor vigtigt at have for øje, at såfremt der ændres i et bilag, skal der ligeledes ændres i selve kontrakten, i det omfang det er nødvendigt for at sikre, at kontrakten er i overensstemmelse med det ændrede bilag.

Som nævnt er kontraktvilkårene i K02 et udtryk for sædvaner inden for it-retten. Derfor er det særligt relevant at belyse, i hvilket omfang K02 pålægger parterne at kommunikere.

Under afsnit 4.5.4.5., Loyalitetsforpligtelsen i K02, blev Punkt 5.2, som ekspliciterer en underretningspligt mellem parterne, behandlet. Foruden denne bestemmelse er K02-kontraktens Punkt 29.2, Meddelelse, den mest oplagte bestemmelse i K02 i relation til parternes kommunikation. En meddelelse er i K02 defineret som skriftlig kommunikation afgivet til bestemte kontaktpersoner anført i selve kontrakten eller oplysninger, der er givet på styregruppemøde, og som fremgår af godkendt referat.²²³ At parterne har en pligt til at give medkontrahenten meddelelse optræder flere forskellige steder i K02. Som eksempel kan nævnes Punkt 22 om Force majeure, hvorefter en part kun kan påberåbe force majeure, såfremt den pågældende part har givet meddelelse herom til den anden part senest fem arbejdsdage efter, at force majeure er indtrådt. Et andet eksempel er i Punkt 18.1.1, hvorefter leverandøren i tilfælde af forsinkelse skal give kunden meddelelse straks efter, at leverandøren kunne forudse, at der er risiko for forsinkelse.

4.6.6.2. God It-skik og kommunikation

God It-skik er som nævnt en publikation, som beskriver de branchemæssige sædvaner inden for it-retten. Formålet med publikationen er at give virksomhedernes øverste ledelse et overblik over god skik på en række områder inden for it. Der er nogle punkter, som kan fremhæves med henblik på at belyse, hvad God It-skik anfører om kommunikation. Det synes dog at være i brede generelle vendinger, at kommunikation spiller en rolle i publikationen. Det nævnes fx som en nøgelfaktor i it-drift at skabe indsigt og forståelse gennem klar kommunikation.²²⁴ Desuden nævnes det om organisering af et it-projekt, at ”Der bør sikres en høj grad af koordinering og kommunikation mellem it-organisationen og dens interessenter. Ansvar og beføjelser i it-organisationen bør være klart beskrevet og kommunikeret og skal efterleves i praksis.”²²⁵ God it-skik understøtter således, at kommunikation er en væsentlig faktor inden

²²⁰ God it-skik 2011 (2011), s. 5.

²²¹ Jf. K02, Punkt 1, Definitioner, God It-skik.

²²² Jf. K02, Punkt 29.1.

²²³ Jf. K02, Punkt 1, Definitioner, Meddelelse.

²²⁴ God It-skik 2011 (2011), s. 29.

²²⁵ God It-skik 2011, s. 18.

for it-kontrakter. De meget generelle toner herom gør det imidlertid vanskeligt at bestemme eventuelle retsvirkninger. Der er ikke noget i God It-skik, som synes at have en længere rækkevidde end den kommunikation, som parterne skal have i medfør af loyalitetsforpligtelsen og K02, hvorfor publikationen ikke vil være genstand for nærmere behandling.

4.6.3. Sammenfatning på obligationsretten

Obligationsretten udgør det mest betydelige regelgrundlag, når parternes forpligtelser skal fastlægges i en it-leverance og ikke følger af den indgåede aftale. Under obligationsretten eksisterer en række retsfigurer, som har varierende betydning i forhold til parternes kommunikation afhængig af kontraktens *naturalia negotii*.

Retsfigurerne aftalelovens § 36 og forudsætningslæren har begrænset relevans inden for komplekse it-leverancer. Nærmest til at bære risikoen synes dog at have sin berettigelse inden for it-leverancer, herunder særligt henset til retsfigurens behandling af fænomenet professionsrisiko. Sandsynligheden for, at retsfiguren vil bringes i anvendelse, vurderes dog mindsket, des mere parterne kommunikerer med hinanden. Det skyldes, at spørgsmålet om, hvem der er nærmest til at bære risikoen vil blive mere nuanceret, hvis fx leverandøren klart har kommunikeret sine forudsætninger for den estimerede pris. Skellet mellem en tydelig professionel part og ikke-professionel part reduceres således i takt med, at ordregiver og leverandør opnår en dybere indsigt i hinandens kernekompetencer.

Afsnittet har derfor tegnet et tydeligt billede af, at loyalitetsforpligtelsen er den væsentligste retsfigur at have for øje i relation til parternes gensidige kommunikation. En kontraktrelation om et længerevarende it-projekt vil indebære en vidtgående loyalitetsforpligtelse, herunder en loyal oplysningspligt, en underretningspligt og en samarbejdsforpligtelse. Den sparsomme retspraksis betyder imidlertid, at det er vanskeligt at udlede parternes præcise forpligtelser, hvorfor det i høj grad vil bero på en abstrakt vurdering af, hvilke kommunikations- og samarbejdsforpligtelser parterne som følger af kontraktens *naturalia negotii*. I lyset af Grindgut-dommen samt udviklingen på området for it-kontrakter den seneste årrække, synes der dog at tegne sig et billede af, at loyalitetsforpligtelsens betydning er stigende i kontraktrelationer om it-leverancer. Derfor bør loyalitetsforpligtelsen have et særskilt fokus for ordregiver, da et brud på loyalitetsforpligtelsen oftest vil betragtes som væsentlig misligholdelse, hvilket berettiger den forurettede part til at hæve kontrakten. K02 er bemærkelsesværdig tavs om loyalitet. Det kræver en vis fordybelse i de enkelte bestemmelser at gennemskue, hvornår loyalitetsforpligtelsen er en underliggende faktor i de enkelte bestemmelser. Kommunikation er i højere omfang reguleret i K02. Den generelle linje for kommunikationen mellem parterne i K02 synes at have lighedstræk med den underretningspligt, som blev statueret i Brunata Danfoss-dommen, men standardbestemmelserne lægger ikke op til en udvidet anvendelse af den underretningspligt, som eksisterer under loyalitetsforpligtelsen.

4.7. Sammenfatning på den retlige ramme

I nærværende kapitel er den udbudsretlige ramme for ordregiver ved anskaffelse af større komplekse it-ydelser blevet udledt i forhold til ordregivers valg af udbudsprocedurer og mulighed for at håndtere efterfølgende omstændigheder i kontrakten.

Det står klart, at de fleksible udbudsprocedurer giver ordregiver bedst mulighed for at kommunikere med leverandørerne undervejs i gennemførelsen af et udbud. Dette identificerer vi som en afgørende fordel, særligt i forbindelse med anskaffelser af specialudviklet it-programmel, da det er leverandøren, som har den bedste forudsætning for at kvalificere de tekniske aspekter af leverancen. Der findes en række eksempler på, hvorfor det er hensigtsmæssigt for en ordregiver og leverandør at indgå i dialog eller forhandling undervejs i udbudsprocessen om kravspecifikation, løsningsbeskrivelse, kontraktudkast m.v. Det er en måde hvorpå parterne gennem udbuddet sammen kan finde den bedste løsning på ordregivers behov. Af den årsag er det vores vurdering, at en ordregiver med fordel kan udnytte, at der er adgang til at anvende de fleksible procedurer i forbindelse med komplekse it-anskaffelser.

I relation til ordregivers muligheder for at håndtere efterfølgende omstændigheder inden for udbudslovens bestemmelser om efterfølgende ændringer af kontrakten, er det vores vurdering, at udbudsloven indeholder en rimelig grad af fleksibilitet for ordregiver. Dette er til trods for, at det i udgangspunktet gælder, at det ikke er muligt at foretage ændringer af grundlæggende elementer. Mens udbudslovens bestemmelse om ændringsklausuler synes noget rigid, synes særligt undtagelsesbestemmelserne om ordregivers mulighed for at tilkøbe supplerende ydelser af samme leverandør under kontrakten samt muligheden for at foretage ændringer på baggrund af uforudsete forhold at rumme fleksibilitet, som fx kan komme til udtryk ved inkorporering af en hardship-klausul i kontraktgrundlaget.

Endvidere er der i kapitlet blevet tegnet et billede af den baggrundsretlige regulering i forholdet mellem ordregiver og it-leverandør, herunder med et særskilt fokus på de forpligtelser, som baggrundsretten pålægger parterne i relation til at kommunikere om forhold, som påvirker kontraktens indgåelse eller opfyldelse.

I kapitlet tegnes et tydeligt billede af, at loyalitetsforpligtelsen er den væsentligste retsfigur at have for øje i relation til parternes gensidige kommunikation. Det har imidlertid samtidig vist sig, at det er vanskeligt præcist at udlede parternes forpligtelser i relationen mellem ordregiver og leverandør. Det skyldes især, at retspraksissen er meget sparsom på det it-retlige område. Vurderingen af parternes forpligtelser vil derfor i høj grad vil bero på en abstrakt vurdering af, hvilke kommunikations- og samarbejdsforpligtelser parterne har som følge af kontraktens naturalia negotii. Den smule retspraksis, som det har været muligt at fremskaffe, synes imidlertid at tale for, at loyalitetsforpligtelsens betydning er stigende i kontraktrelationer om it-leverancer.

5. Kommunikation fra et kontraktøkonomisk perspektiv

5.1. Introduktion

I nærværende kapitel vil udvalgte teorier inden for kontraktøkonomien anvendes til at undersøge, i hvilket omfang kommunikation mellem ordregiver og potentielle leverandører er efficient, samt om det er efficient at inkorporere en formel kommunikationspligt i kontrakten mellem ordregiver og leverandøren.

5.2. Efficienskriteriet

Efficiens handler om nytte- eller værdimaksimering, altså optimal udnyttelse af de tilgængelige ressourcer i en given situation, og i kontraktøkonomien indebærer efficiens, at risici i et kontraktforhold bør bæres af den part, der kan forebygge eller bære risiciene med færrest mulige omkostninger, da dette vil maksimere kontraktforholdets samlede værdi.

Til at vurdere efficiensen som følge af en given ændring, anvendes først og fremmest efficiensbegrebet Pareto, som er opkaldt efter den italienske økonom Vilfredo Pareto. Ved anvendelse af Pareto-begrebet vurderes parternes udbytte eller mangel på samme ved en given ændring, og ved en Pareto-forbedring forstås, at den ene af parterne i en given situation kan opnå en bedre stilling, uden at den anden part stilles ringere. Når ingen kan stilles bedre, uden at mindst én anden stilles dårligere, har man nået den Pareto-optimale tilstand.²²⁶

Efficiensbegrebet Kaldor Hicks, som er opkaldt efter de to økonomer og Nobelpris-modtagere, Nicholas Kaldor og John Hicks, anvendes ligeledes til at vurdere efficiensen af en ændring. Kaldor Hicks er et mere fleksibelt efficienskriterium end Pareto, da der ikke ses på de enkelte parters udbytte, men derimod det samlede udbytte som følge af en given ændring. En forbedring kan godt være Kaldor Hicks-efficient, selvom den medfører, at en part stilles ringere, når blot de, der stilles bedre, teoretisk set vil kunne kompensere den anden efter ændringen. I forbindelse med at beslutte, hvilke løsninger der er bedst for et samfund, vil man af den årsag ofte anvende Kaldor Hicks-kriteriet.²²⁷

5.3. Nytemaksimeringsteori

I neoklassisk økonomi er mennesker homo economicus rationelle og egennytemaksimerende og besidder stabile præferencer og træffer på disse forudsætninger beslutninger.²²⁸ Afgørende for måden, hvorpå mennesker træffer beslutninger, er de forventede konsekvenser af de forskellige løsningsmuligheder.

Traditionelt antog man, at mennesker traf beslutninger på baggrund af den forventede værdi; et vægtet gennemsnit af payoffs for hvert udfald, hvor vægten er sandsynligheden for, at udfaldet indtræder. Denne model blev imidlertid udviklet af Daniel Bernoulli i 1738 i forbindelse med den anerkendte teori

²²⁶ Eide, Erling og Stavang, Endre (2008). "Rettsøkonomi", s. 109-110.

²²⁷ Ibid. s. 110-111.

²²⁸ Knudsen, Christian (2011). "Økonomisk psykologi – adfærdsøkonomiske perspektiver på virksomhedens organisering, økonomiske grænser og identitet.", s. 19-21.

om maksimering af forventet nytte. Bernouilli observerede, at når mennesker står overfor en beslutning, som er forbundet med en vis usikkerhed, er det ikke altid givet, at beslutningen træffes på baggrund af det største forventede payoff. Af den årsag argumenterede han for, at: "an item must not be based on its price, but rather on the utility it yields"²²⁹. Han fandt, at mennesker har forskellig nytte af en given pengeværdi, hvorfor han ændrede maksimeringsbetingelsen til nytte, hvor værdien af et pengebeløb er betinget af vedkommendes velstand. Bernouilli påviste, at marginalnyttens af penge er faldende, hvilket i korte træk kan forklares med, at 100 kr. for én person, som har 1000 kr., svarer til det samme som 200 kr. for en person, der har 2000 kr.²³⁰ Bernouilli kunne ved påvisningen heraf forklare eksistensen af risikoaversion, og hvorfor denne synes at være mindre, des mere velhavende en person er. Risikoaversion indebærer, at mennesker i visse situationer foretrækker det sikre valg frem for at "gamble" og risikere at få det mindst mulige udfald til trods for, at det forventede payoff ved gambling overstiger det forventede payoff ved det sikre valg. Des mere velhavende en aktør er, des mindre vil et tab påvirke dennes nytte, hvor nytten for en aktør med en mindre velstand vil blive negativt påvirket mere af det samme pengemæssige tab.²³¹

Bernouillis teori om maksimering af forventet nytte hviler på nogle grundlæggende forudsætninger om, at mennesker er rationelle, egennyttmaksimerende og besidder stabile præferencer. Da den israelsk-amerikanske psykolog Daniel Kahneman første gang blev mødt med disse forudsætninger, vakte det med det samme skepsis. Sammen med hans kollega, Amos Tversky, igangsatte de en årelang proces, med henblik på at undersøge de mekanismer, som præger menneskers beslutningstagen, og deres arbejde skulle senere vise sig at blive en af afgørende betydning inden for feltet adfærdsøkonomi.

5.4. Prospektteori

Kahneman og Tverskys udarbejdede på baggrund af deres observationer artiklen Prospect theory: An analysis of decision under risk, som blev udgivet i 1979 i det velrenommerede økonomiske tidsskrift *Econometrica* og er en af de mest citerede adfærdsøkonomiske artikler nogensinde.²³² Med artiklen opnåede forfattere på en overbevisende måde at illustrere, at mennesker systematisk falsificerer de forudsætninger, som ligger til grund for teorien om maksimering af forventet nytte. Derudover formåede de at udarbejde prospektteorien, som var en ny model for, hvordan mennesker rent faktisk træffer beslutninger under risiko.²³³ Prospektteorien tager sigte på at beskrive aktørers reelle adfærd og er en af grundstenene i det, der kendes som adfærdsøkonomi.

Kahneman og Tversky argumenterede for, at det var en afgørende fejl teorien om maksimering af forventet nytte, at aktørernes referencepunkt ikke blev inddraget til at evaluere gevinster og tab. Hvor Bernouilli argumenterede for, at nytten er et produkt af den totale velstand, og at den totale velstand dermed bestemmer, hvor tilfredse aktørerne er, argumenterer Kahneman og Tversky for, at det afgørende er den psykologiske værdi, som er et produkt af ændringen i velstand i forhold til aktørens

²²⁹ Bernouilli, Daniel. (1954). "Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk", s. 24

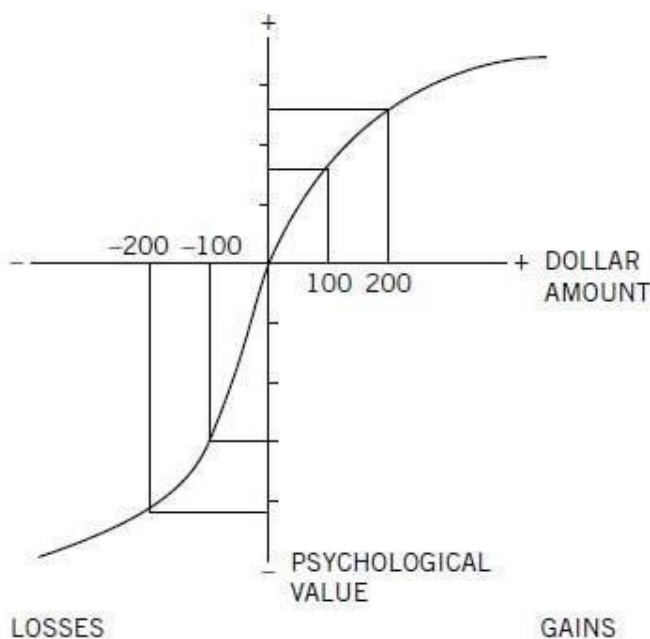
²³⁰ Ibid. s. 25-26.

²³¹ Kahneman, Daniel. (2011) *Thinking, fast and slow*. Macmillan, s. 269-272.

²³² Ibid. s. 271.

²³³ Barberis, Nicholas C. (2013) "Thirty Years of Prospect Theory in Economics: A Review and Assessment". *Journal of Economic Perspectives*, s. 174.

referencepunkt.²³⁴ Kahneman og Tversky anfægter derfor Bernoullis teori om maksimering af forventet nytte på grund af manglende hensyntagen til referencepunkter til at evaluere gevinst og tab.



Figur 2: Prospektteori. Kilde: Kahneman, Daniel (2011)²³⁵.

Grafen illustrerer tre væsentlige nedslagspunkter inden for prospektteori:

5.4.1. Referencepunkter

Helt afgørende er, at menneskers værdi af et givent tab eller gevinst er betinget af menneskets referencepunkt.²³⁶ Referencepunktet kan tage udgangspunkt i vedkommendes nuværende velstand, men referencepunktet kan også afhænge af forventninger. Sidenhen er det blevet specificeret, at referencepunktet, som anvendes til at evaluere et menneskes tab eller gevinst, består i individets forventninger.²³⁷ Tag fx en situation, hvor en person har en forventning om, at han får en lønforhøjelse. I denne situation vil denne forventning indgå i hans referencepunkt. Hvis forventningen ikke imødekommes til den næste lønforhandling, vil han kunne opfatte opretholdelsen af status quo som et tab, fordi det ligger under hans referencepunkt. Omvendt vil det føles som en gevinst, hvis en person får en lønforhøjelse, som han ikke havde forventet.²³⁸

²³⁴ Kahneman, Daniel. (2011) *Thinking, fast and slow*. Macmillan, s. 274-275.

²³⁵ Kahneman, Daniel. (2011) *Thinking, fast and slow*. Macmillan, s. 283

²³⁶ Barberis, Nicholas C. (2013) "Thirty Years of Prospect Theory in Economics: A Review and Assessment". *Journal of Economic Perspectives*, s. 175.

²³⁷ *Ibid.* s. 175

²³⁸ Kahneman, Daniel. (2011) *Thinking, fast and slow*. Macmillan, s. 279-282.

5.4.2. Tabsaversion

Desuden er et grundlæggende element, som afviger radikalt fra nyttemaksimeringsteorien, at erkendelsen af, at der eksisterer af tabsaversion. Altså, at der er forskel på, hvordan mennesker opfatter realisering af tab og gevinster, hvilket præger deres beslutningstagen.

Den mest illustrative måde at vise eksistensen af tabsaversion på er ved et eksempel, hvor der opstilles to forskellige scenarier. I hvert scenarie får aktørerne to valgmuligheder, hvoraf de skal vælge den, de foretrækker:

Scenarie 1: Aktøren kan vælge med sikkerhed at vinde 9.000 kr. eller med 90 % sandsynlighed vinde 10.000 kr.

Scenarie 2: Aktøren kan vælge med sikkerhed at tabe 9.000 kr. eller med 90 % sandsynlighed at tabe 10.000 kr.

I scenarie 1 vil de fleste vælge med sikkerhed at vinde 9.000 kr., hvilket er et udtryk for, at de er risikoaverse.

I scenarie 2, hvor der er en stor sandsynlighed for, at aktøren vil realisere et tab, er de fleste aktører modsatvis risikosøgende og vælger muligheden, hvor de med 90 % sandsynlighed vil realisere et tab på 10.000 kr.

Kahneman og Tversky observerede, at risikoaversionen steg i takt med, at indsatsen stiger. Det skyldes, at den psykologiske værdi af med sikkerhed at tabe 9.000 kr. opfattes værre end end den psykologiske værdi af med 90 % sandsynlighed at tabe 10.000 kr.²³⁹

Således gælder det, at et pengebeløb vil opleves mere negativt end den samme pengemæssige gevinst vil opleves som positiv.

5.4.3. Faldende psykologisk følsomhed

Endvidere gælder det, at kurven for den psykologiske værdi er aftagende, hvilket er et udtryk for, at værdien af de marginale ændringer er faldende des større gevinsten eller tabet pengemæssigt er. Det skyldes, at en ændring fra 1.000 kr. til 900 kr. opfattes mindre værdiforringende end en ændring fra 200 kr. til 100 kr.²⁴⁰ Det er dette der kommer til udtryk, når en aktør bliver risikosøgende i scenarier, hvor alle udfald er dårlige, som beskrevet ovenfor, hvor et sikkert tab af 9.000 kr. kan opleves værre end en 90 % chance for at miste 10.000 kr.

Det er interessant at betragte kurven umiddelbart efter den går fra gevinst til tab. Heraf kan det udledes, at den psykologiske værdi falder markant i forhold til det pengemæssige tab. Des større et pengemæssigt tab, des mere flader kurven ud, hvilket er et udtryk for, at den psykologiske negative værdi af tab mindskes i takt med det pengemæssige tab forøges.²⁴¹

²³⁹ Ibid. s. 279-280.

²⁴⁰ Ibid. s. s. 282-283.

²⁴¹ Ibid. s. 285.

De pionererne resultater, som Kahneman og Tversky først fremstillede i deres artikel om prospektteori, har som nævnt dannet grundlaget for adfærdsøkonomi som en anerkendt økonomisk disciplin. Kahneman og Tversky observationer om, hvordan mennesker træffer beslutninger, danner desuden fundamentet for de mekanismer, som findes i litteraturen om kontraktøkonomi, herunder særligt den forgrening, som anser kontrakter som referencepunkter for parterne.

5.5. Kontrakter som referencepunkter

Oliver Hart og John Moore (herefter Hart og Moore) udgav i 2008 artiklen *Contracts as Reference Points*²⁴², hvori de blandt andet argumenter for, at kontrakter er referencepunkter, hvilket betyder, at kontraktparterne vurderer, hvad der er retfærdigt ud fra indholdet af kontrakten indgået mellem dem.²⁴³ Hart og Moore sonderer i artiklen endvidere mellem rigide kontrakter og fleksible kontrakter.

5.5.1. Rigide og fleksible kontrakter

Rigide kontrakter er i artiklen defineret som kontrakter, der ikke efterlader rum til, at parterne kan genforhandle, når der indtræder efterfølgende omstændigheder. Indgås der en rigid kontrakt, hvor den ene part (sælgeren) skal levere en vare til den anden (køberen), og der indtræder en uforudset efterfølgende begivenhed, som bevirker, at sælgerens omkostninger i forbindelse med handelen bliver større end forventet, vil køberen på trods heraf stadig føle sig berettiget til at få varen til den i kontrakten aftalte pris. Dette skyldes, at den rigide kontrakt er købers referencepunkt. Sælgeren vil ligeledes have den rigide kontrakt som referencepunkt og vil derfor også synes, det er retfærdigt selv at skulle betale for prisstigningen.²⁴⁴ På baggrund af denne antagelse, er det Hart og Moores opfattelse, at en stor fordel ved rigide kontrakter er, at de ikke giver anledning til uoverensstemmende forventninger mellem parterne og derfor heller ikke incitament til at udøve opportunistisk adfærd.

Fleksible kontrakter er i artiklen defineret som værende kontrakter, der forpligter parterne til at genforhandle ved indtrædelse af efterfølgende begivenheder. Dette betyder, at kontrakten løbende tilpasses til den konkrete situation, som parterne befinder sig i.

I praksis kan man for eksempel gøre en kontrakt fleksibel ved at indsætte en hardship-klausul i kontrakten, som forpligter parterne til i fællesskab at forhandle sig frem til, hvordan de minimerer omkostningerne (både *ex tunc*²⁴⁵ og *ex nunc*²⁴⁶) forbundet med, at kontrakten som følge af den efterfølgende omstændighed er blevet mere byrdefuld at opfylde end oprindeligt antaget for mindst én af parterne.²⁴⁷ En hardship-klausul giver således parterne mulighed for at fordele udgiften for den konkrete efterfølgende omstændighed på den mest økonomisk efficiente måde, for eksempel ved, at den

²⁴² Hart, Oliver and John Moore. 2008. *Contracts as Reference Points*. *Quarterly Journal of Economics* 123(1): 1-48.

²⁴³ Hart og Moores påstand er ikke, at kontraktparterne ikke kan føle sig uretfærdigt behandlet som følge af andre ting i relationen, men nærmere, at parterne danner sig et indtryk af, hvad der er retfærdigt ved at kigge på kontrakten, og stemmer virkeligheden ikke overens med dette indtryk, bliver de skuffede.

²⁴⁴ Sælger vil ved indgåelsen af kontrakten have indkalkuleret risikoen for efterfølgende omstændigheder i kontrakten, herunder risikoen for prisstigninger, og den oprindeligt aftalte pris vil derfor reflektere denne kalkulerede risiko.

²⁴⁵ Med tilbagevirkende effekt.

²⁴⁶ Med fremadrettet effekt.

²⁴⁷ Østergaard, K. (2016) "Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer", s. 437

af parterne, for hvem det er billigst af bære omkostningerne forbundet med den efterfølgende omstændighed, afholder omkostningerne og kompenseres herfor af medkontrahenten.

Er der indgået en fleksibel kontrakt, hvorefter der indtræder en uforudset efterfølgende begivenhed, som forøger sælgers omkostninger, er det Hart og Moores teori, at begge parter vil føle, at det er retfærdigt at genforhandle prisen, da de set i lyset af kontrakten er bevidste om, at det er en del af aftalen.

Hart og Moore antager i artiklen endvidere, at hver af kontraktparterne ud fra kontrakten danner sig nogle overbevisninger, som er i deres egen interesse, og som har betydning for, hvordan de fortolker kontrakten. Hver part vil således ikke fortolke kontrakten rationelt, men derimod fortolke kontrakten til deres egen fordel. Det betyder, at parternes opfattelse af, hvad der gælder i henhold til kontrakten, ikke er i overensstemmelse. Parternes referencepunkter vil altså ofte være forskellige i fleksible kontrakter.²⁴⁸ Eksempelvis vil sælgeren måske synes, det er retfærdigt, at parterne gennem genforhandlingen af kontrakten kommer frem til, at parterne skal dele de ekstra omkostninger ligeligt mellem sig, mens køberen vil synes, det er fair, at sælger dækker to tredjedele af de øgede omkostninger. Såfremt én af parterne føler sig uretfærdigt behandlet (den forurettede part) i forbindelse med genforhandlingen, vil denne udøve opportunistisk adfærd og "straffe" modparten ved ikke at præstere så godt som muligt eller ved ikke at være samarbejdsvillig.²⁴⁹ ²⁵⁰Denne straffende adfærd medfører, at der opstår et dødvægtstab²⁵¹.²⁵² Hart og Moore mener dermed, at fordelene ved fleksible kontrakter er, at de giver parterne mulighed for at justere kontrakten i henhold til den situation, de er i. Ulempen ser Hart og Moore derimod som, at uanset hvilket resultat parterne når frem til gennem forhandlingen, vil mindst én af parterne være utilfreds med resultatet, og derfor udøve opportunistisk adfærd, som fører til et velfærdstab, hvorfor Hart og Moore mener, at der opnås en samlet højere velfærd ved rigide kontrakter end ved fleksible kontrakter, når kvaliteten spiller en afgørende rolle for køber.

5.5.2. Kommunikations indflydelse på parternes kontraktuelle referencepunkter

Jordi Brandts, Gary Charness og Matthew Ellmans (herefter Charness et al.) artikel *Let's talk: How communication affects contract design* fra 2014 bygger oven på tidligere skreven litteratur vedrørende referencepunkter, og i særdeleshed Hart og Moores artikel *Contracts as Reference Points*. Artiklen omhandler de af Charness et al. gennemførte forsøg, som bekræfter deres teori om, at såfremt kontraktparter har mulighed for at kommunikere ved kontraktindgåelsen (ex ante), vil parterne tilpasse deres forventninger til at være mere i overensstemmelse med hinandens, hvorved parternes referencepunkter bliver tættere på hinandens, og parterne vil kunne opnå et større samlet payoff ved indgåelse af en fleksibel kontrakt end ved indgåelse af en rigid kontrakt.

I forsøget blev det blandt andet undersøgt, hvordan valg af kontrakttype (rigid eller fleksibel), varierer, alt efter hvilken form for forhandlingsklima, parterne befinder sig i, forhandlingsklima med henholdsvis

²⁴⁸ Hart, O. og Moore, J. (2008), "Contracts as Reference Points", s. 3

²⁴⁹ I praksis kunne den part, som føler sig uretfærdigt behandlet, for eksempel være længe om at svare på mails, undlade at informere den anden part om afgørende ting, levere en vare af dårligere kvalitet eller lignende ting, som kontrakten ikke direkte foreskriver regler for. Der er en lille omkostning forbundet med at straffe modparten, men omkostningen er meget lille sammenlignet med, hvor stor skade handlingen medfører for modparten.

²⁵⁰ Dette er et udtryk for negativ reciprocitet, som dækker over, at folk er villige til at ofre egennytte for at skade dem, der har handlet egoistisk (opportunistisk) over for dem.

²⁵¹ Udtrykket dødvægtstab bruges i økonomisk teori om enhver defekt skabt af en ineffektiv fordeling af ressourcer.

²⁵² Hart, O. og Moore, J. (2008), "Contracts as Reference Points", s. 2-3.

fri kommunikation, begrænset kommunikation eller ingen kommunikation.²⁵³ Endvidere blev det undersøgt, hvordan forhandlingsklimaet påvirker købers pay-off samt kvaliteten af den vare, som bliver leveret.²⁵⁴

5.5.3. Forsøgets forløb

Forsøget forløb ved, at to parter (køber og sælger) skulle indgå en kontrakt. Ved kontraktindgåelsen skulle en række trin gennemføres i kronologisk rækkefølge i de forskellige forhandlingsklimaer, henholdsvis fri kommunikation, begrænset kommunikation og ingen kommunikation.

Ingen kommunikation indebærer, at parterne ikke kan kommunikere om andet end kontrakttype og pris. Det vil sige, at køber tilbyder sælger at indgå i en kontrakt af en bestemt type og med en valgt pris, P, hvorefter sælger enten kan vælge at acceptere eller ikke at acceptere kontrakten.

Fri kommunikation er i artiklen defineret som "free-form communication ("chat")"²⁵⁵ og dækker over, at parterne i løbet af forhandlingen kunne udveksle al den information, som de havde lyst til, via en chatfunktion.

Begrænset kommunikation i artiklen defineret som "communication is restricted to only letting buyers with flexible contracts state two numbers indicating how much will be added to the base price for each cost outcome."²⁵⁶ De forskellige cost outcomes, som der her omtales, er henholdsvis 1) omkostningerne, hvis der indtræder en efterfølgende omstændighed, som forøger sælgers omkostninger, og omkostningerne, hvis der ikke indtræder en efterfølgende omstændighed, hvorved sælgers omkostninger forbliver som i udgangspunkt. Køber har således mulighed for at angive to tal i en chatfunktion. De to tal repræsenterer, hvilket beløb køber vil lægge oven i den oprindeligt aftalte pris i tilfælde af, at 1) sælgers omkostninger bliver større end ved indgåelsen af kontrakten og 2) sælgers omkostninger forbliver som i udgangspunktet.

Begrænset kommunikation synes meget opsat og ikke i overensstemmelse med, hvordan kommunikation vil foregå i den virkelige verden mellem ordregiver og en potentiel leverandør. Af den årsag vil fokus i det følgende være på forskellen mellem ingen kommunikation og fri kommunikation.

Af Figur 3 fremgår, hvilke trin parterne i kronologisk rækkefølge gennemgik i et forhandlingsklima med henholdsvis ingen, begrænset og fri kommunikation.

²⁵³ Charness et al., (2014) "Let's talk: How communication affects contract design", s. 3.

²⁵⁴ Det bemærkes, at varen lige så vel kunne være en ydelse, som udveksles mellem parterne, hvilket følger af note 3 på side 3 i artiklen.

²⁵⁵ Charness et al., (2014) "Let's talk: How communication affects contract design", s. 5.

²⁵⁶ Ibid. s. 6.

Trin	Ingen kommunikation	Fri kommunikation
1		Fra at parterne matches, kan de frit kommunikere om, hvordan de vil agere under kontrakten.
2	Køber vælger, om kontrakten skal være fleksibel eller rigid.	Køber vælger, om kontrakten skal være fleksibel eller rigid.
3	Køber annoncerer en pris, P.	Køber annoncerer en pris, P, og eventuelt en kompensation i tilfælde af en forøgelse af sælgers omkostning.
4		Sælger annoncerer, hvilken kvalitet han vil vælge, eventuelt betinget af købers adfærd
5	Sælger accepterer / accepterer ikke.	Sælger accepterer / accepterer ikke.
6	Hvis sælger ikke accepterer, får begge parter et payoff på 0.	Hvis sælger ikke accepterer, får begge parter et payoff på 0.
7	Hvis sælger accepterer, vil der med 50 % sandsynlighed indtræde en efterfølgende omstændighed, som forøger sælgers omkostninger. Det betyder, at med sandsynligheden 50 % er omkostningen for sælger = 20, og med sandsynligheden 50 % er omkostningen = 0.	Hvis sælger accepterer, vil der med 50 % sandsynlighed indtræde en efterfølgende omstændighed, som forøger sælgers omkostninger. Det betyder, at med sandsynligheden 50 % er omkostningen for sælger = 20, og med sandsynligheden 50 % er omkostningen = 0.
8	Hvis den fleksible kontrakt er valgt, kan køber tilbyde at betale en del af sælgers øgede omkostning, Q. Hvis den rigide kontrakt er valgt, har køber ikke denne mulighed.	Hvis den fleksible kontrakt er valgt, kan køber tilbyde at betale en del af sælgers øgede omkostning, Q. Hvis den rigide kontrakt er valgt, har køber ikke denne mulighed.

9	<p>Sælger vælger derefter mellem tre kvalitetsniveauer, R:</p> <p>R = - 1 (koster sælger c = 1 enhed og medfører en nytte for køber på 15.</p> <p>R = 0 (koster sælger c = 0 og medfører en nytte for køber på 20</p> <p>R = 1 (koster sælger c = 1 og medfører en nytte for køber på 35</p>	<p>Sælger vælger derefter mellem tre kvalitetsniveauer, R:</p> <p>R = - 1 (koster sælger c = 1 enhed og medfører en nytte for køber på 15.</p> <p>R = 0 (koster sælger c = 0 og medfører en nytte for køber på 20</p> <p>R = 1 (koster sælger c = 1 og medfører en nytte for køber på 35</p>
		<p>Kun prisen, P, der indgår i kontrakten, kan håndhæves. Løfter om omkostningsdeling, Q, og om kvalitetsvalg, R, er ikke verificerbare og kan altså ikke håndhæves.</p>
	<p>Købers nytte, N, er = 10 i udgangspunktet, hvis kontrakten gennemføres, og til denne nytte skal lægges nyten, som den leverede kvalitet, R, medfører.</p> <p>Endvidere gælder, at hvis kontrakten accepteres og indgås, skal den gennemføres, hvilket betyder, at sælger skal levere, og køber skal betale.</p>	

Figur 3, Forsøgets forløb.

5.5.4. Forsøgets resultater

Resultaterne af det gennemførte forsøg er illustreret i Figur 4.

Parameter	Ingen kommunikation	Fri kommunikation
Købers payoff	↑ Rigide kontrakter ↓ Fleksible kontrakter	↓ Rigide kontrakter ↑ Fleksible kontrakter
Varens kvalitet	↑ Rigide kontrakter ↓ Fleksible kontrakter	↓ Rigide kontrakter ↑ Fleksible kontrakter
Hyppeghed af den valgte kontrakttype	↑ Rigide kontrakter ↓ Fleksible kontrakter	↓ Rigide kontrakter ↑ Fleksible kontrakter

Figur 4. Forsøgets resultater. Pilene ved siden af en kontrakttype betyder, at den givne kontrakttype henholdsvis klarer sig bedst (↑) eller dårligst (↓) i relation til det givne parameter og i det givne kommunikationsklima. For eksempel betyder "Ingen kommunikation, Købers pay-off: ↑ Rigide kontrakter", at de rigide kontrakter giver køber den største nytte ved ingen kommunikation.

Resultaterne kan samlet set beskrives i tre sætninger:

1. ved ingen kommunikation vælges rigide kontrakter oftere end fleksible kontrakter.
2. ved fri kommunikation er købers payoff og kvalitet højere ved fleksible kontrakter end ved rigide kontrakter.
3. ved fri kommunikation vælges fleksible kontrakter oftere end rigide kontrakter.

I det følgende vil resultaterne blive forklaret med udgangspunkt i artiklen af Charness et al. og illustreret ved hjælp af vores egne beregninger.

5.5.5. Ingen kommunikation

I nærværende afsnit vil det forklares, hvorfor der ved ingen kommunikation oftere vælges rigide kontrakter end fleksible kontrakter (sætning nummer 1. i Afsnit 5.5.4, Forsøgets resultater).

Det fremgår af beregningerne i Figur 5 nedenfor, hvilke gennemsnitlige payoffs sælger og køber vil opnå ved indgåelsen af henholdsvis en rigid og en fleksibel kontrakt i et forhandlingsklima med ingen kommunikation.

Beregningerne bygger på en situation, hvor to parter (sælger og køber) indgår en kontrakt ved gennemførelse af de samme trin som i forsøget, og som fremgår af Figur 3, og under de samme forudsætninger som i forsøget. De samlede antagelser er følgende:

- Parterne må ikke kommunikere med hinanden.
- Pris = $P = 12$.
- Sælgers omkostning = $c = 0$ uden omkostningschok / $c = 20$ med omkostningschok.
Der er 50 % risiko for et omkostningschok.
- Sælger kan levere tre kvalitetsniveauer, R :
 $R = -1$: Koster sælger 1 og medfører en nytte for køber, som svarer til et payoff på 15.
 $R = 0$: Koster sælger 0 og medfører en nytte for køber, som svarer til et payoff på 20.
 $R = 1$: Koster sælger 1 og medfører en nytte for køber, som svarer til et payoff på 35.
- Købers payoff er 10 i udgangspunktet, hvis kontrakten gennemføres, og til denne nytte skal lægges nytten, som den leverede kvalitet af varen medfører.
- Endvidere gælder, at hvis kontrakten accepteres og indgås, skal den gennemføres, hvilket betyder, at sælger skal levere, og køber skal betale.
- Kun prisen, P , der indgår i kontrakten, kan håndhæves. Løfter om omkostningsdeling, Q , og om kvalitetsvalg, R , er ikke verificerbare og kan altså ikke håndhæves.

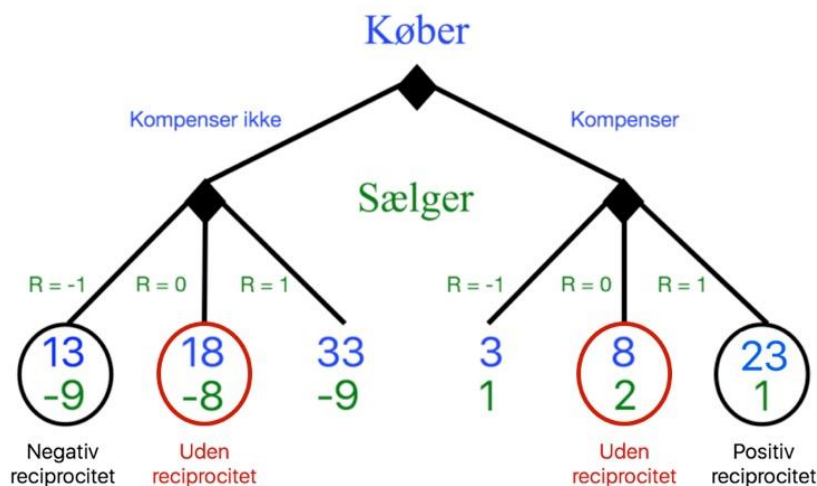
Ingen kommunikation (P = 12)			
Rigid kontrakt (Køber kan ikke kompensere sælger)		Fleksibel kontrakt (Køber kan kompensere sælger)	
c = 0	c = 20	c = 0	c = 20
Kvalitet, R = 0 <u>Sælgers payoff</u> 12 <u>Købers payoff</u> $10 + 20 - 12 = 18$	Kvalitet, R = 0 <u>Sælgers payoff</u> $12 - 20 = -8$ <u>Købers payoff</u> $10 + 20 - 12 = 18$	Kvalitet, R = 0 <u>Sælgers payoff</u> 12 <u>Købers payoff</u> $10 + 20 - 12 = 18$	Kvalitet, R = -1 <u>Sælgers payoff</u> $12 - 20 - 1 = -9$ <u>Købers payoff</u> $10 + 15 - 12 = 13$
<u>Gennemsnit (køber)</u> $0,5 * 18 + 0,5 * 18 = 18$ <u>Gennemsnit (sælger)</u> $0,5 * 12 + 0,5 * (-8) = 2$		<u>Gennemsnit (køber)</u> $0,5 * 18 + 0,5 * 13 = 15,5$ <u>Gennemsnit (sælger)</u> $0,5 * 12 + 0,5 * (-9) = 1,5$	

Figur 5. Egne beregninger, som er foretaget med inspiration fra de i artiklen vigtige pointer om, hvordan parterne agerer i et forhandlingsklima med ingen kommunikation.

Beregningerne i Figur 5 viser, at ved en rigid kontrakt i et forhandlingsklima med ingen kommunikation vil det gennemsnitlige payoff for køber være 18, mens det gennemsnitlige payoff for sælger vil være 2. Da sælger får et positivt payoff ($2 > 0$), vil sælger acceptere kontrakten. Ved en fleksibel kontrakt vil det gennemsnitlige payoff for køber være 15,5, mens det gennemsnitlige payoff for sælger vil være 1,5. Sælger får stadig et positivt payoff og vil derfor stadig acceptere kontrakten ($1,5 > 0$), men vil foretrække den rigide kontrakt, da denne giver et højere payoff.

Det lavere gennemsnitlige payoff for både køber og sælger ved den fleksible kontrakt ved ingen kommunikation skyldes ifølge teorien af Charness et al., at parterne vil fortolke kontrakten forskelligt. På trods af, at køber og sælger har den samme kontrakt som referencepunkt, fortolker de hver især kontrakten til deres egen fordel, og derfor er deres egentlige referencepunkter forskellige. Sælger vil forvente og finde det retfærdigt, at køber kompenserer sælger med et vist beløb, når der opstår en prisforøgelse på $c = 20$, mens køber vil finde det retfærdigt at kompensere sælger med et mindre beløb. I regneeksemplet kompenserer køber sælger med $Q = 0$ (altså ingenting), men i teorien kunne Q være et

hvilket som helst beløb. Det vigtige er, at køber vil kompensere sælger mindre, end hvad sælger forventer. Dette resulterer i, at sælger føler sig dårligt behandlet, hvorfor sælger vil straffe køber ved at levere en vare af dårligere kvalitet ($R = -1$), selvom der for sælger er en omkostning på 1 forbundet med at levere en dårligere vare end $R = 0$. Det skyldes, at sælger på grund af negativ reciprocitet vægter det højere at få lov til at straffe køber, end sælger vægter sit eget payoff. Reciprocitet baserer sig ifølge Matthew Rabin på to antagelser, 1) at folk er villige til at ofre egennytte for at gavne dem, der har handlet generøst over for os, og 2) at folk er villige til at ofre egennytte for at skade dem, der har handlet egoistisk (opportunistisk) over for os.²⁵⁷ Virkningen af henholdsvis negativ og positiv reciprocitet er illustreret i Figur 6 nedenfor.



Figur 6. Reciprocitet. Figuren illustrerer købers og sælgers handlemuligheder i det gennemførte sekventielle spil og indvirkningen af henholdsvis positiv og negativ reciprocitet på sælgers valg af handling. Først vælger køber, om han vil kompensere eller ikke kompensere sælger, hvorefter sælger kan vælge imellem kvaliteten $R = -1$, $R = 0$ eller $R = 1$. Da det koster sælger 1 at levere både $R = -1$ og $R = 1$, ville det rationelle for sælger være at levere $R = 0$ uanset købers handling, da dette ikke koster sælger noget, hvorfor sælger vil maksimere sit eget payoff i den givne situation. Positiv reciprocitet vil dog have den virkning, at sælger gerne vil ofre en del af sit payoff for at belønne køber, hvis køber har opført sig pænt. Ligeledes vil sælger ofre en del af sit payoff for at straffe køber, hvis sælger ikke har opført sig pænt.

Som et resultat af den negative reciprocitet opstår der et dødvægtstab, da køber får en lavere nytte af den leverede vare (10 i stedet for 15), og sælger får et lavere payoff (-9 i stedet for -8).

I den rigide kontrakt er der ingen plads til fortolkning, da køber ikke har mulighed for at kompensere sælger, hvorfor sælger ingen forventning har om det. Sælger har accepteret den af køber tilbudte kontrakt med den foreslåede pris på den forudsætning, at sælger bærer alle omkostningerne i tilfælde af en omkostningsforøgning på $c = 20$. Parterne har derfor samme referencepunkt, og der opstår ingen negativ reciprocitet, hvorfor sælger leverer en vare af den normale kvalitet, $R = 0$. Da der ikke er nogen negativ reciprocitet, er der heller intet dødvægtstab i den rigide kontrakt, hvorfor denne giver både køber og sælger det højeste gennemsnitlige payoff sammenlignet med den fleksible kontrakt. Af den årsag er hyppigheden af indgåede rigide kontrakter ligeledes større end hyppigheden af indgåede fleksible kontrakter i et forhandlingsklima med ingen kommunikation.

²⁵⁷ M. Rabin (1998) "Psychology and Economics", s. 21.).

5.5.6. Fri kommunikation

I nærværende afsnit vil det blive forklaret, hvorfor købers payoff og kvaliteten af den leverede vare er højere ved fleksible kontrakter end ved rigide kontrakter (sætning nummer 2. i Afsnit 5.5.4, Forsøgets resultater), samt hvorfor der ved fri kommunikation oftere vælges fleksible kontrakter end rigide kontrakter (sætning nummer 3. i Afsnit 5.5.4, Forsøgets resultater).

Det fremgår af beregningerne i Figur 7 nedenfor, hvilke gennemsnitlige pay-offs sælger og køber vil opnå ved indgåelsen af henholdsvis en rigid og en fleksibel kontrakt i et forhandlingsklima med fri kommunikation. Beregningerne er foretaget ved at udlede de i artiklen vigtige pointer om referencepunkter, hvorefter de er omsat til tal.

Beregningerne bygger på en situation, hvor to parter (sælger og køber) indgår en kontrakt ved gennemførelse af de samme trin som i forsøget, og som fremgår af Figur 3 og under de samme forudsætninger som i forsøget. De samlede antagelser er følgende:

- Parterne kan kommunikere frit med hinanden ved kontraktindgåelsen.
- Pris = $P = 12$.
- Sælgers omkostning = $c = 0$ uden omkostningschok / $c = 20$ med omkostningschok. Der er 50 % risiko for et omkostningschok.
- Sælger kan levere tre kvalitetsniveauer, R :
 $R = -1$: Koster sælger 1 og medfører en nytte for køber, som svarer til et payoff på 15.
 $R = 0$: Koster sælger 0 og medfører en nytte for køber, som svarer til et payoff på 20.
 $R = 1$: Koster sælger 1 og medfører en nytte for køber, som svarer til et payoff på 35.
- Købers payoff er 10 i udgangspunktet, hvis kontrakten gennemføres, og til denne nytte skal lægges nytten, som den leverede kvalitet af varen medfører.
- Endvidere gælder, at hvis kontrakten accepteres og indgås, skal den gennemføres, hvilket betyder, at sælger skal levere, og køber skal betale.
- Kun prisen, P , der indgår i kontrakten, kan håndhæves. Løfter om omkostningsdeling, Q , og om kvalitetsvalg, R , er ikke verificerbare og kan altså ikke håndhæves.

Fri kommunikation (P = 12)			
Rigid kontrakt (Køber kan ikke kompensere sælger)		Fleksibel kontrakt (Køber kan kompensere sælger)	
c = 0	c = 20	c = 0	c = 20
Kvalitet, R = 0	Kvalitet, R = 0	Kvalitet, R = 0	Kvalitet, R = 1
<u>Sælgers payoff</u>	<u>Sælgers payoff</u>	<u>Sælgers payoff</u>	<u>Sælgers payoff</u>
12	12 - 20 = -8	12	12 - 10 - 1 = 1
<u>Købers payoff</u>	<u>Købers payoff</u>	<u>Købers payoff</u>	<u>Købers payoff</u>
10 + 20 - 12 = 18	10 + 20 - 12 = 18	10 + 20 - 12 = 18	10 + 35 - 10 - 12 = 23
<u>Gennemsnit (køber)</u>		<u>Gennemsnit (køber)</u>	
0,5 * 18 + 0,5 * 18 = 18		0,5 * 18 + 0,5 * 23 = 20,5	
<u>Gennemsnit (sælger)</u>		<u>Gennemsnit (sælger)</u>	
0,5 * 12 + 0,5 * (-8) = 2		0,5 * 12 + 0,5 * 1 = 6,5	

Figur 7, Egne beregninger, som er foretaget med inspiration fra de i artiklen vigtige pointer om, hvordan parterne agerer i et forhandlingsklima med fri kommunikation.

Beregningerne i Figur 7 viser, at ved en rigid kontrakt i et forhandlingsklima med fri kommunikation vil det gennemsnitlige payoff for køber være 18, mens det for sælger vil være 2. Ved en fleksibel kontrakt vil det gennemsnitlige payoff for køber være 20,5, mens det for sælger vil være 6,5. Sælger får ved begge kontrakttyper et positivt payoff og vil derfor acceptere begge kontrakter. Både køber og sælger vil foretrække den fleksible kontrakt, da denne giver begge parter et større gennemsnitligt payoff.

Det højere gennemsnit for både køber og sælger ved den fleksible kontrakt skyldes ifølge teorien af Charness et al., at parterne ved kontraktforhandlingen har mulighed for at kommunikere frit, hvorved den asymmetriske information mindskes, og parterne bliver bedre i stand til at forstå modpartens

situation, således at deres referencepunkter bliver mere ens. Det bliver derfor nemmere for køber at kompensere sælger det beløb, som sælger forventer, i tilfælde af en omkostningsforøgning, og sælger vil derfor på grund af positiv reciprocitet få lyst til at belønne køber. Dette vil sælger gøre ved at levere en vare af højere kvalitet, hvilket resulterer i en større nytte af varen for køber. Den frie kommunikation ved kontraktens indgåelse gør ydermere sælger bedre i stand til at vide, hvad køber forventer af en vare af god kvalitet, hvorfor sælger med større sandsynlighed kan opfylde købers forventninger.²⁵⁸

I eksemplet er der taget udgangspunkt i, at køber ved kontraktindgåelsen lover sælger at kompensere sælger $Q = 10$, hvis der opstår et negativt prischock på $c = 20$, altså halvdelen af prisforøgelsen. Efterfølgende vil køber ifølge teorien have stort incitament til at overholde det lovede, da køber som følge af det fælles referencepunkt ved, at sælger ellers kan finde på at straffe køber ved at levere en vare af dårlig kvalitet ($R = -1$). Køber ved også, at hvis køber overholder det lovede og kompenserer sælger med $Q = 10$, vil der være stor sandsynlighed for, at sælger vil belønne køber (positiv reciprocitet) ved at levere en vare af højere kvalitet ($R = 1$). En vare af dårlig kvalitet ($R = -1$) giver køber en nytte, der svarer til et payoff på 15, mens en vare af god kvalitet ($R = 1$) giver køber en nytte, der svarer til et payoff på 35. Hvis køber kompenserer sælger med $c = 10$ og får en vare af god kvalitet, vil købers payoff samlet set være 23 ($10 + 35 - 10 - 12$), og hvis køber ikke kompenserer sælger og $c = 0$ og får en vare af dårlig kvalitet, vil købers payoff samlet set være 13 ($10 + 15 - 12$). Køber kan altså, hvis sælger overholder sin del af aftalen, opnå en forøget nytte på 10 ved at kompensere sælger med det lovede beløb. Fordi fri kommunikation ligeledes styrker relationen ved at opbygge tillid, tør køber stole på, at sælger som følge af positiv reciprocitet vil belønne køber, hvis køber kompenserer sælger med det aftalte beløb.

Sælger vil få et gennemsnitligt større payoff ($6,5 > 2$), og det samme vil køber ($20,5 > 18$) ved indgåelsen af en fleksibel kontrakt end ved indgåelsen af en rigid kontrakt, hvis prisen i begge kontrakter er $P = 12$, og af den årsag vil begge parter foretrække at indgå en fleksibel kontrakt.

Eftersom sælger får et større payoff ved indgåelse af den fleksible kontrakt med $P = 12$ end ved indgåelse af den rigide kontrakt med $P = 12$, må det antages, at sælger også vil acceptere en fleksibel kontrakt med en lavere pris. Det må nærmere bestemt antages, at sælger vil acceptere en fleksibel kontrakt, hvis den giver det samme payoff plus ϵ , som det forventede payoff ved den rigide kontrakt. Hvor lav en pris sælger vil acceptere i den rigide kontrakt kan udregnes således:

Omkostning, $c = 20 \rightarrow$ kompensation på $Q = 10 \rightarrow R = 1 \rightarrow$ sælgers pay-off: $P - 10 - 1$

Omkostning, $c = 0 \rightarrow$ ingen kompensation $\rightarrow R = 0 \rightarrow$ sælgers pay-off: P

Sælgers gennemsnitlige payoff: $0,5 (P - 10 - 1) + 0,5 (P) = P - 5 - 0,5 = P - 5,5$

²⁵⁸ I beregningerne er det antaget, at sælger belønner køber med en vare af høj kvalitet i det tilfælde, hvor der sker et omkostningschock, men kun leverer en vare af normal kvalitet, når der intet omkostningschock sker. Der kan argumenteres for, at sælger selv i det tilfælde, hvor der intet omkostningschock sker, vil levere en vare af høj kvalitet. Dette vil særligt være tilfældet, hvis køber ved tidligere indtrådte omkostningschock har kompenseret sælger, hvorfor sælger grundet positiv reciprocitet vil belønne køber, selv hvis der intet omkostningschock sker. Dette vil resultere i et endnu højere gennemsnitligt samlet payoff og endvidere have den effekt, at der skabes positiv reciprocitet hos køber, som derfor vil belønne sælger ved fremtidige omkostningschock ved at kompensere sælger, det af sælger forventede beløb.

For at sælger i den fleksible kontrakt får det samme gennemsnitlige payoff som i den fleksible kontrakt med $P = 12$, skal $P - 5,5$ være lig med 2, som er sælgers gennemsnitlige payoff i den rigide kontrakt med $P = 12$.

$$P - 5,5 = 2$$

$$\underline{P = 7,5}$$

For at sælger vil foretrække den fleksible kontrakt, skal prisen i den fleksible kontrakt altså være $P = 7,5 + \epsilon$, hvor ϵ er et udtryk for det lille ekstra beløb, som sælger skal have for at foretrække den fleksible kontrakt. Parternes payoff, når der indgås en fleksibel kontrakt med $P = 7,5 + \epsilon$, fremgår af Figur 8 nedenfor.

Fri kommunikation	
Fleksibel kontrakt ($P = 7,5 + \epsilon$ ²⁵⁹) (Køber kan kompensere sælger)	
$c = 0$	$c = 20$
Kvalitet, $R = 0$ <u>Sælgers payoff</u> 7,5 <u>Købers nytte</u> $10 + 20 - 7,5 = 22,5$	Kvalitet, $R = 1$ <u>Sælgers payoff</u> $7,5 - 10 - 1 = -3,5$ <u>Købers nytte</u> $10 + 35 - 10 - 7,5 = 27,5$
<u>Gennemsnit (køber)</u> $0,5 * 22,5 + 0,5 * 27,5 = 25$ <u>Gennemsnit (sælger)</u> $0,5 * 7,5 + 0,5 * -3,5 = 2$	

Figur 8, Sælger og købers payoff, når der indgås en fleksibel kontrakt med $P = 7,5 + \epsilon$ i et forhandlingsklima med fri kommunikation.

²⁵⁹ For simplicitetens skyld medtages ϵ ikke i beregningerne.

De payoffs, der fremgår af Figur 8, er en sandhed med modifikationer. Prisen på $7,5 + \epsilon$ er udregnet med udgangspunkt i, at sælger kan være helt sikker på at blive kompenseret af køber i tilfælde af en prisstigning, hvilket ikke er tilfældet. Det skyldes, at løfter om omkostningsdeling, Q , ikke er verificerbare og derfor ikke kan håndhæves. I princippet kan sælger risikere ikke at blive kompenseret og lide et større tab end det forventede tab på 3,5, når køber kompenserer sælger. Hvis køber ikke kompenserer sælger, vil sælger således lide et tab på -13,5260. Derfor er en fleksibel kontrakt med $P = 7,5 + \epsilon$ for sælger forbundet med en større risiko end en rigid kontrakt med $P = 12$, selvom begge kontrakter i teorien giver sælger det samme gennemsnitlige payoff. I den forbindelse erindres eksistensen af tabsaversion, som bevirker, at der er forskel på, hvordan mennesker opfatter realisering af tab og gevinster, hvilket præger deres beslutningstagen. Det betyder, at til trods for, at sælgers forventede payoff er enslydende i begge kontrakter, vil den psykologiske værdi ikke være ens, da sælger vægter sandsynligheden for at et tab højere end sandsynligheden for gevinst. Risikoen for, at køber ikke kompenserer sælger, vil derfor i praksis indebære, at sælger vil kræve en risikopræmie oven i prisen på $7,5 + \epsilon$ for at være villig til at indgå i den fleksible kontrakt. Risikopræmien er beløbet, som sælger vil tillægge prisen for kontraktuelt at bære risikoen for omkostningsstigningen. I den virkelige verden skal der således være en betydelig gevinst for sælger, hvis denne skal vælge den mere risikable fleksible kontrakt. Det betyder, at køber ikke blot kan presse prisen ned med afsæt i sælger forventede payoff ved en rigid kontrakt, så køber kan beholde hele overskuddet ved at indgå den fleksible kontrakt. Realistisk set skal sælger have en del af gevinsten, som opnås ved fleksible kontrakter, for at ville påtage sig en mere risikabel kontrakt.

5.5.7. Sammenfatning på kontrakter som referencepunkter

Hart og Moores teori er, at rigide kontrakter mellem to parter giver større payoff og bedre kvalitet af den leverede vare end fleksible kontrakter, og at rigide kontrakter derfor indgås oftere. Det begrundes med, at kontrakten er parternes referencepunkt, og at hver part fortolker kontrakter, som tillader rum til fortolkning (fleksible kontrakter), til egen fordel. Dette giver anledning til forskellige referencepunkter og dermed forskellige opfattelser af, hvad der er retfærdigt, hvilket resulterer i skuffede forventninger hos parterne, som fører til negativ reciprocitet og straffende adfærd med dødvægtstab til følge. Derimod er der i rigide kontrakter intet rum til fortolkning og derfor intet dødvægtstab.

Resultaterne i forsøgene gennemført af Charness et al., bekræfter Hart og Moores teori, men bidrager yderligere med den betragtning, at når kontraktparterne har mulighed for at kommunikere frit ved kontraktindgåelsen, vil fleksible kontrakter give større payoff og bedre kvalitet af den leverede vare, og de vil indgås oftere end rigide kontrakter. Dette skyldes, at kommunikation ved kontraktindgåelsen mindsker informationsasymmetrien mellem parterne og skaber forståelse for den andens situation, hvormed parterne får et fælles referencepunkt. Et fælles referencepunkt gør det nemmere for køber at gøre sælger tilfreds i tilfælde af en omkostningsforøgning, og endvidere bliver det nemmere for sælger at levere en vare, som køber mener er af god kvalitet. Den mindskede informationsasymmetri resulterer derfor i, at køber kompenserer sælger med det beløb, sælger forventer, og at sælger som følger af positiv reciprocitet belønner køber ved at levere en vare, som har høj kvalitet for køber. Dette bevirker, at der opstår et et større gennemsnitligt payoff for begge parter. Derfor er de fleksible kontrakter mere attraktive og vil indgås oftere, når parterne kan kommunikere frit ved kontraktindgåelsen.

²⁶⁰ $7,5 - 20 - 1 = -13,5$.

Sammen understøtter teorierne af Hart og Moore samt Charness et al., at det er mere efficient for to parter at kommunikere inden og i forbindelse med indgåelsen af en kontrakt end det er ikke at kommunikere. Teorierne har dog den mangel, at de ikke indregner de ikke-ubetydelige transaktionsomkostninger forbundet med, når der kommunikeres frit ved kontraktindgåelsen.

5.6. Kommunikations indflydelse ved indgåelsen af it-udviklingskontrakter

5.6.1. Teoriernes anvendelse og relevans ved it-udviklingskontrakter

I nærværende afsnit vil det blive gennemgået, hvorvidt de gennemgåede teorier om kontrakter som referencepunkter er anvendelige og relevante i forbindelse med ordregivers anskaffelse af specialudviklet programmel.

En af forudsætningerne for de gennemgåede teorier er, at kvaliteten af den leverede vare er af afgørende betydning for køber. Hvis kvaliteten ikke er afgørende for køber, vil sælger ikke kunne straffe køber ved at levere en vare af dårligere kvalitet, da køber ville være ligeglad, hvorfor sælgers anstrengelser ved at forsøge at straffe køber ville være spildt.

I it-udvikling er fokus ofte på det af ordregiver ønskede output, altså et system, som har den aftalte funktionalitet, og som ordregiver kan bruge til at understøtte bestemte forretningsgange i ordregivers organisation. Mange kontrakter tager derfor udgangspunkt i kundens kravspecifikation, hvoraf det fremgår, hvad systemet skal kunne, samt i leverandørens løsningsbeskrivelse, hvoraf det fremgår hvordan system skal opfylde kundens krav. Om systemet i sidste ende lever op til kravspecifikationen, afprøves i en række tests, der resulterer i en godkendelse eller giver kunden en række misligholdelsesbeføjelser, hvis systemet ikke kan godkendes. Det er en selvfølge, at den nødvendige funktionalitet nødvendigvis må være til stede, for at systemet opfylder ordregivers behov, men det i sig selv er ikke nok til at sige, at aftalen er tilfredsstillende opfyldt for ordregiver. Det er ligeledes afgørende, hvor godt systemet er, herunder fx kvaliteten af selve kodningen. Kodningens kvalitet kan få konsekvenser for, hvor mange fejl der er i systemet, og dermed om tidsplanen overholdes, systemets opetid, sikkerhed, brugervenlighed, og i hvilken grad hvor nemt det er at vedligeholde systemet.²⁶¹ Hvis kodningen af systemet er af lav kvalitet, vil det derfor kunne resultere i store omkostninger for ordregiver. Ofte vil ordregivers system endvidere skulle opfylde nogle vitale behov i samfundet, hvorfor et forsinket eller meget fejlbehæftet it-system kan have store konsekvenser for velfærden i samfundet. Kvaliteten af det leverede system spiller altså i høj grad en afgørende rolle for ordregiver, hvorfor det er plausibelt at antage, at it-leverandøren ligesom i teorierne kan straffe ordregiver gennem levering af dårlig kvalitet, hvilket vil medføre et nytтетab for ordregiver.

Teorierne af Hart og Moore og Charness et al. bidrager til at forstå, hvordan to parter agerer i en kontraktuel relation, hvor der er stor risiko for indtrædelse af uforudsete efterfølgende omstændigheder. Ofte vil sådanne kontraktrelationer være af længere varighed og/eller vedrøre en kompleks ydelse. Teorierne har derfor ringe relevans i relation til indgåelse af kontrakter vedrørende standardvarer, hvor risikoen for efterfølgende omstændigheder er lille. Som nævnt flere gange er en af de store udfordringer ved it-udvikling, at it-ydelser er meget komplekse, og at selve ydelsen ikke eksisterer på tidspunktet for aftaleindgåelsen, hvorfor det er så godt som umuligt i kontrakten at tage stilling til alle fremtidige

²⁶¹ Kromann Reumert og Software Improvement Group, Kodekvalitet i IT-kontrakter, s. 5.

efterfølgende omstændigheder. Derfor er risikoen for indtrædelse af efterfølgende omstændigheder meget stor. It-udviklingsprojekter strækker sig endvidere ofte over en lang tidsperiode, hvilket yderligere skærper risikoen for indtrædelse af efterfølgende omstændigheder.

Det må derfor siges, at de nævnte teorier vedrørende kontrakter som referencepunkter utvivlsomt kan anvendes til at belyse, hvordan ordregiver og it-leverandøren agerer, når de indgår i en kontraktuel relation, som vedrører udvikling af et it-system. Teorierne understøtter dermed, at hvis ordregiver kommunikerer med de potentielle leverandører inden og i forbindelse med gennemførelsen af et udbud, kan der skabes en fælles forståelse for, hvad parterne hver især forventer af hinanden, og der opstår et fælles referencepunkt for relationen. Dette er en fordel på flere punkter, som opridses i de følgende afsnit.

5.6.2. Udnyttelse af komplementære ressourcer

For det første er et fælles referencepunkt i it-kontrakter en fordel, fordi leverandørerne som følge af den mindskede asymmetriske information får et dybere indblik i, hvad den ønskede it-leverance skal kunne, altså hvilken funktion systemet skal have i ordregivers organisation, for at leve op til ordregivers forventninger. Leverandørerne kan i den forbindelse foreslå alternative løsninger, som opfylder ordregivers behov, men som er billigere end den løsning, som ordregiver for eksempel havde forestillet sig. Det kan være meget vanskeligt for ordregiver at vide, hvad der rent it-teknisk kan lade sig gøre uden input fra leverandøren, men ved hjælp af kommunikation kan parternes såkaldte komplementære ressourcer²⁶² udnyttes, så der kan udarbejdes en bedre kravspecifikation. Jo mere retvisende kravspecifikationen er, jo mindre er sandsynligheden for, at parterne har helt forskellige forestillinger om, hvilken funktionalitet it-leverancen skal have, og jo nemmere er det for leverandørerne at udarbejde tilbud og løsningsbeskrivelse, som er i overensstemmelse med ordregivers forventninger. En god og retvisende kravspecifikation gør det selvfølgelig nemmere for leverandøren at udvikle et it-program, som rent faktisk tilfredstiller ordregivers behov, hvorfor den endelige it-leverance i overensstemmelse med teorien vil være af større værdi for ordregiver. Derudover bliver det nemmere for parterne at vurdere, hvad der er en del af leverandørens tilbud, og hvad der ikke er en del af tilbuddet, når der opstår uforudsete begivenheder i samarbejdet. Parterne vil derfor være mere tilbøjelige til at blive enige om, hvem der skal afholde omkostningerne til at løse udfordringerne, for eksempel ved anvendelsen af en hardship-klausul.

5.6.3. Valg af samarbejdspartner

For det andet er det en fordel, at der skabes et fælles referencepunkt inden kontraktens indgåelse, fordi sandsynligheden for at indgå kontrakten med den bedst mulige samarbejdspartner dermed øges. Jo mere bevidste de potentielle leverandører er om ordregivers behov, jo bedre forudsætninger har de for at udarbejde et tilbud, som viser, hvordan de bedst muligt opfylder behovet, og jo nemmere bliver det for ordregiver at vurdere, hvilken leverandør der rent faktisk er den bedste til den givne opgave. Det ideelle

²⁶² Komplementære ressourcer defineres af Dyer og Singh som: "distinctive resource of alliance partners that collectively generate greater rents than the sum of those obtained from the individual endowment of each partner" Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. *Academy of Management Review*, Vol. 23 (no. 4), s. 666-667 og betyder, at når parterne kombinerer deres respektive ressourcer, resulterer det i en synergieffekt, som gør udfaldet af samarbejdet unikt, værdifuldt og svært at efterligne i forhold til, inden ressourcerne blev kombineret.

er, at der er et såkaldt strategisk fit mellem to kontraktparter, hvilket skal forstås som, at parterne i kontraktrelationen ikke alene er enige om det fælles mål, men også har en fælles forståelse for, hvordan målet skal opnås. Endvidere er det afgørende for, om der er et strategisk fit mellem parterne, at parterne råder over komplementære ressourcer. Eksisterer der et strategisk fit mellem parterne, vil afkastet i en alternativ kontraktrelation være lavere end i den givne, og ingen af parterne har som udgangspunkt incitament til, at kontrakten skal ophøre. Der er derimod et stærkt økonomisk incitament til at blive i kontrakten og til at løse udfordringerne parterne imellem i stedet for at eskalere dem til en konflikt, som i værste tilfælde kan ende i kontraktens ophør. Man kan forøge muligheden for at finde den samarbejdspartner på markedet, med hvem man har et strategisk fit, ved at gennemføre et nøje udvælgelsesforløb. I udvælgelsesforløbet kan man enten gøre brug af såkaldt screening²⁶³ eller signalering^{264,265}. Kommunikerer ordregiver inden og i forbindelse med udbuddet med potentielle leverandører, er der at gøre med screening, og når ordregiver sender sit tilbud, herunder bevis for kvalifikationer, er det et udtryk for signalering. Alt andet lige er det en fordel, at der anvendes både screening og signalering, da dette gør sandsynligheden for at finde den rette samarbejdspartner større.

5.6.4. Større payoff

For det tredje er det en fordel, at der skabes et fælles referencepunkt mellem ordregiver og leverandør, fordi det øger såvel det samlede payoff af kontrakten som parternes individuelle payoff. Ifølge teorierne er der i et forhandlingsklima med fri kommunikation en større tendens for parterne til at vælge fleksible kontrakter end rigide kontrakter, og payoff er større i de fleksible kontrakter, når parterne kommunikerer ved kontraktindgåelsen. Det øgede payoff i fleksible kontrakter er en afledt effekt af, at parternes komplementære ressourcer udnyttes, jf. afsnit 5.6.3, Udnyttelse af komplementære ressourcer, og at ordregiver finder den samarbejdspartner, med hvem der er størst sandsynlighed for at være et strategisk fit, jf. afsnit 5.6.3., Valg af samarbejdspartner. Figur 9 opridser de i nærværende kapitel beregnede forskelle i payoffs i henholdsvis rigide og fleksible kontrakter, når der kommunikeres frit ved kontraktindgåelsen.

²⁶³ Den ene part udfører en handling, for eksempel interviews med den anden part, for at fremskaffe førstehåndsinformation om vedkommendes kvalifikationer.

²⁶⁴ Den ene part formidler med troværdighed nogle relevante oplysninger om sine evner til den anden part. Dette kan fx være erfaring med tidligere opgaver, uddannelsesmæssig baggrund m.v.

²⁶⁵ Petersen, B og Østergaard, K. (2020) "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting", s. 2.

Fri kommunikation	Situation A: Rigid kontrakt, hvor $P = 12$	Situation B: Fleksibel kontrakt, hvor $P = 12$	Situation C: Fleksibel kontrakt, hvor $P = 7,5 + \epsilon$ ²⁶⁶²⁶⁷
Købers payoff	18	20,5	25
Sælgers payoff	2	6,5	2
Samlet payoff	20	27	27
Ændring i samlet payoff (I forhold til Situation A)	-	7	7
Ændring i payoff for køber (I forhold til Situation A)	-	2,5	7
Ændring i payoff for sælger (I forhold til Situation A)	-	4,5	0

Figur 9. Af tabellen fremgår købers og sælgers payoff og det samlede payoff, når der i et forhandlingsklima med fri kommunikation indgås henholdsvis en rigid kontrakt med $P = 12$ (Situation A), en fleksibel kontrakt med $P = 12$ (Situation B) og en fleksibel kontrakt med $P = 7,5 + \epsilon$ (Situation C). Endvidere fremgår, hvilke ændringer i payoff Situation B og C medfører i forhold til Situation A.

Situation B i Figur 9 er en Pareto-optimal situation i forhold til situation A, fordi både køber (ordregiver) og sælger (leverandør) her får det største payoff. Per definition er situationen derfor også Kaldor Hicks-optimal. Tilsvarende er Situation C en Pareto-forbedring i forhold til Situation A, da køber stilles bedre, uden at sælger stilles ringere. Situation C er dermed også Kaldor Hicks-optimal, fordi der her, ligesom i Situation B, skabes det største mulige samlede payoff. Set fra et kontraktuelt perspektiv vil Situation B og Situation C være lige efficiente. Set fra ordregivers side vil Situation C dog være at foretrække, da ordregiver her får det største gennemsnitlige payoff. Ordregiver vil foretrække situation C frem for situation B, så længe risikopræmien er mindre eller lig med $4,5 - \epsilon$ ($12 - (7,5 + \epsilon) = 4,5 - \epsilon$), da ordregivers payoff i det tilfælde altid vil være større end i Situation B. Det mest optimale for ordregiver ville dog selvfølgelig være en fleksibel kontrakt med en pris på 7,5 plus ϵ , hvilket ville kræve, at ordregivers løfte om at kompensere leverandøren $Q = 10$ i tilfælde af en omkostningsforøgning kunne håndhæves, således at risikoen for leverandøren ved at indgå i kontrakten blev minimeret.

²⁶⁶ For simplicitetens skyld medtages ϵ ikke i beregningerne.

²⁶⁷ På grund af risikoen for, at køber ikke kompenserer sælger, vil sælger i praksis kræve en risikopræmie oven i prisen på 7,5 + ϵ for at ville indgå i den fleksible kontrakt i situation C. Dette ekstra beløb er den risikopræmie, som sælger vil tage for kontraktuelt at bære risikoen for omkostningsstigningen.

5.6.5. Sammenfatning på kommunikation ved indgåelse af it-udviklingskontrakter

På baggrund af de gennemgåede teorier og opstillede beregninger kan det konstateres, at det alt andet lige er mere efficient, hvis ordregiver kommunikerer med potentielle leverandører inden og i forbindelse med et udbud sammenlignet med, hvis ordregiver ikke kommunikerer med de potentielle leverandører. Det skyldes, at der indgås flere fleksible end rigide kontrakter, når der kommunikeres, og at fleksible kontrakter medfører en samlet kontraktuel værdistigning og dermed større efficiens sammenlignet med rigide kontrakter. Den tilstand, hvor der kommunikeres inden og i forbindelse med udbuddet, er derfor Kaldor Hicks-optimal. Det bør dog nævnes, at teorierne, jf. afsnit 5.5.7, Sammenfatning på kontrakter som referencepunkter, ikke tager transaktionsomkostningerne forbundet med kommunikation forinden kontraktens indgåelse med i deres teori, hvilket er en svaghed ved teorierne, som skal have i mente.

Overskuddet, som ordregiver kan opnå ved, at parterne indgår en fleksibel kontrakt, skal ses i sammenhæng med, at leverandøren påtager sig en risiko, hvorfor en del af dette overskud skal bruges til betale leverandøren en risikopræmie, som lægges til prisen. Risikopræmien er mindre, des mere sikkerhed leverandøren har for, at denne bliver kompenseret af køber, hvis der indtræder en efterfølgende omstændighed, der medfører et omkostningschok. Dette kræver dog i praksis, at ordregivers løfte om at betale en del af leverandørens omkostninger som følge af uforudsete efterfølgende omstændigheder bliver formaliseret i kontrakten, således at løftet kan håndhæves. Det undersøges i de følgende afsnit, om det på efficient vis kan lade sig gøre at formalisere dette i kontrakten.

5.7. Inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten

I artiklen *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles* opstiller David Frydlinger og Oliver Hart (Frydlinger og Hart) en model, som viser, hvilken effekt en formel (kontraktuel) loyalitetsforpligtelse i sammenhæng med struktureret kommunikation har på den økonomiske efficiens af en kontrakt.²⁶⁸ Frydlinger har bistået en lang række organisationer i at inkorporere denne nyere tilgang til kontraktkoncipering²⁶⁹, heriblandt Dell, Intel og Telia Company. Fokus i den nye tilgang er på fælles målsætning, "guiding principles"²⁷⁰ og struktureret kommunikation. Organisationerne har alle rapporteret en signifikant forbedring af resultater og om, at den nye tilgang har bidraget med at få bugt med udfordringer og gnidninger, som ellers har været meget vanskelige at undgå gennem traditionelle kontrakter.²⁷¹ Modellen, som Frydlinger og Hart opstiller i artiklen, beviser matematisk, hvorfor det kan forbedre organisationers resultater og dermed er økonomisk efficient at inkorporere en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten.

²⁶⁸ Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019). *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles* s. 3.

²⁶⁹ En tilgang, som kaldes *Vested*.

²⁷⁰ Guiding principles kan være forskellige guidelines for, hvordan parterne skal agere i forskellige situationer, og i artiklen bruges loyalitetsforpligtelsen som et eksempel på sådan en guideline.

²⁷¹ Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019). *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*, s. 3.

5.7.1. Modellen

Modellen i artiklen bygger videre på resultater fra tidligere udgivne artikler om kontrakter som referencepunkter, herunder de netop gennemgåede artikler af Hart og Moore²⁷² og Charness. et al.²⁷³ og behandler en situation, hvor køber og sælger indgår en kontrakt vedrørende en serviceydelse. Køber skal afholde en koncert, og serviceydelsen i kontrakten består i, at sælger skal levere bandet til koncerten.²⁷⁴ Kontrakten er en fleksibel kontrakt²⁷⁵, som specificerer en pris, men kun i en vis udstrækning kvaliteten af den ydelse, som sælger skal levere. Der er en sandsynlighed på $1 - \pi$ for, at der med kontrakten opnås det ønskede resultat, men med sandsynlighed π opstår en anormal tilstand, hvor den planlagte trompetist, Eve, som følge af en eksogen omstændighed er forhindret i at deltage i koncerten. Der skal derfor findes en erstatning for trompetisten.²⁷⁶ Der er altså to tilstande, den normale tilstand, N, hvor Eve kan spille til koncerten, og den anormale tilstand, A, hvor Eve er forhindret i at spille til koncerten. Parterne mødes for at forhandle om, hvilken alternativ trompetist der skal spille til koncerten.

I modellen er der to alternativer til Eve, Adam og George. Begge alternativer er Δc dyrere end den oprindelige omkostning, c , forbundet med Eve, og begge alternativer er af ringere kvalitet end Eve.²⁷⁷ George er billigere end Adam, men Adam er en bedre trompetist. Adam er derfor det mest efficiente valg, da et valg af ham samlet skaber den største værdi. Dette resulterer i en interessekonflikt mellem sælger og køber. Sælger foretrækker at vælge George, da han er billigst. Køber derimod foretrækker Adam, da han er den bedste trompetist. Adam er mere efficient og tilfører mere værdi til køber, end det koster sælger at vælge Adam frem for George, hvorfor valg af Adam medfører en samlet kontraktuel stigning i værdi.

Hvis parterne var ubegrænset rationelle og egenoptimerende, ville de indlede forhandlinger og nå frem til den mest efficiente løsning, nemlig at vælge Adam, hvorefter de ville dele den samlede værdistigning mellem sig.²⁷⁸

Ifølge teorien om kontrakter som referencepunkter er dette dog ikke tilfældet. Det skyldes, at parterne har forskellige opfattelser af, hvad der er retfærdigt som følge af forskellige referencepunkter. Frydlinger og Hart går så langt som at sige, at i en situation, hvor en part ligger under sit referencepunkt, indtager denne en ekstremt selvoptaget opfattelse af, hvad der er retfærdigt, hvilket betyder, at denne vil føle sig berettiget til at få et payoff, der svarer til det bedst mulige under den eksisterende kontrakt.²⁷⁹

I tilstand A ligger købers payoff under købers referencepunkt, og køber vil derfor have en forventning om, at sælger opfylder kontrakten, således at køber stilles så godt som muligt i den givne tilstand. Køber vil

²⁷² Hart, Oliver and John Moore (2008). "Contracts as Reference Points".

²⁷³ Charness et al. (2016). "Let's Talk: How Communication Affects Contract Design".

²⁷⁴ Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019), "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 5-6.

²⁷⁵ Udtrykket "fleksibel kontrakt" står ikke anført i artiklen, men da der i kontrakten er mulighed for, at køber kan kompensere sælger i tilfælde af en omkostningsforøgning, er kontrakten fleksibel i den forstand, som er gennemgået i afsnit xx, *Rigide og fleksible kontrakter*.

²⁷⁶ Dette er blot én af utallige eksempler på en uforudset efterfølgende omstændighed, som kan indtræde.

²⁷⁷ Dette begrundes i artiklen med, at det først sent opdages, at Eve er forhindret i at spille.

²⁷⁸ Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019), "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 8-9

²⁷⁹ Bemærk, at dette payoff ikke svarer til referencepunktet, som var gældende ved indgåelsen af kontrakten, som ikke kan opnås i A, men det bedst mulige i situationen A. For mere, se Frydlinger, D. & Hart, O. (2019), "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 11.

blive stillet bedst muligt i tilstand A, hvis Adam vælges som alternativ trompetist, hvorfor køber forventer, at sælger vælger Adam.

Hvis sælger ikke vælger Adam, vil køber blive forurettet og straffe sælger.²⁸⁰ I artiklen illustreres graden af forurettetheden, som køber føler. Graden af forurettethed er givet ved differencen mellem det tab, køber lider, og det tab, køber føler, at han burde have lidt, hvis sælger havde handlet retfærdigt efter købers opfattelse og fortolkning af kontrakten. Straffen, som køber påfører sælger, afhænger af graden, som køber føler sig forurettet. Altså vil købers adfærd være mere voldsom og påføre sælger flere omkostninger, des mere forurettet køber føler sig.

Sælgers payoff i tilstand A er ligeledes under sælgers referencepunkt, da $c < c + \Delta c$, og sælger vil på baggrund af sin selvoptagede opfattelse af, hvad der er retfærdigt, ligeledes forvente at få det bedst mulige payoff i den givne situation. Sælger vil mere konkret forvente i situation A at betale et givent beløb, som ligger et sted mellem 0 og den omkostning, der er forbundet med at vælge George.

Der er to mulige udfald i tilstand A:

1. Sælger vil vælge Adam, hvilket kun sker, hvis køber betaler differencen i sælgers omkostninger ved at vælge George frem for Adam. Der vil være et dødvægtstab, da køber vil straffe sælger, da køber føler sig uretfærdigt behandlet. Dødvægtstabet er dog mindre i denne situation end i en situation 2.
2. Sælger kræver en betaling, som overstiger differencen i sælgers omkostninger ved at vælge Adam frem for George. I det tilfælde vil køber nægte at genforhandle kontrakten, hvorefter sælger vil vælge George.²⁸¹ I denne situation vil køber udvise en grov straffende adfærd, som vil have en større negativ effekt på sælgers payoff, og den mest efficiente alternative trompetist bliver ikke valgt, hvilket samlet naturligvis vil lede til et større dødvægtstab i kontraktrelationen.²⁸²

Ligesom teorierne af Hart og Moore og Charness et al. vidner Frydlinger og Harts model dermed om, at det faktum, at parterne har forskellige referencepunkter, medfører et dødvægtstab i fleksible kontrakter, når der indtræder en efterfølgende omstændighed, som bevirker, at mindst en af parterne ligger under det payoff, som de har som referencepunkt.

Frydlinger og Hart nævner i artiklen, at kommunikation ex ante resulterer i, at parterne tilpasser deres præferencer til at være tæt på hinandens referencepunkt, så der opnås en højere grad af incitamentsforenelighed mellem parterne. Det sker blandt andet ved, at parterne inden kontraktindgåelsen drøfter, hvad en rimelig og retfærdig opfyldelse af kontrakten indebærer, således at hver af parterne tilpasser deres referencepunkter til at være mere i overensstemmelse med den anden

²⁸⁰ I artiklen nævnes som eksempel, at køber kan straffe sælger ved ikke at tilbyde bandet øl i pausen, ikke at rengøre og opvarmere omklædningsrummet eller ved at være lang tid om at betale. Som eksempler på, hvordan sælger kan straffe køber, nævnes at være uhøflig over for kunder, nægte at spille et ekstra nummer eller at komme for sent. Det nævnes i den forbindelse, at nogle af disse handlinger i princippet kunne være brud på forpligtelser i kontrakter, men at de nævnte handlinger ofte er diskretionære og derfor ikke er indført i kontrakten som egentlige krav.

²⁸¹ Det antages, at sælger vil vælge George frem for Adam, hvis ikke køber betaler beløbet, fordi omkostningerne, køber vil påføre sælger ved den straffende adfærd, er mindre end den ekstra omkostning, sælger skal afholde, hvis han vælger Adam frem for George.

²⁸² Frydlinger, D. & Hart, O. (2019), "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 12.

parts referencepunkt.²⁸³ I Frydlinger og Harts artikel er fokus på, hvad kommunikation ex post betyder for håndteringen af, at en uforudset efterfølgende omstændighed indtræder.²⁸⁴

5.7.2. Inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten

Som nævnt undersøges det i Frydlinger og Harts model, hvorvidt en kontraktuel loyalitetsforpligtelse og en struktureret kommunikationspligt kan mindske dødvægtstabet, hvis en uforudset efterfølgende omstændighed indtræder, som betyder, at én eller begge parter ligger under deres referencepunkt. Formålet hermed er, at kontrakten konciperes på en måde, så der skabes bedre incitamentsforenelighed, og det sikres, at parterne har en fælles forståelse af, hvad en rimelig og retfærdig opfyldelse af kontrakten indebærer.²⁸⁵

I artiklen opstilles med henblik på at undersøge dette en model, hvori der konciperes en fleksibel kontrakt, som bestemmer en pris og kvalitet, men denne gang indføres også klausuler om loyalitet og kommunikation. Dette indebærer, at hvis der indtræder en efterfølgende omstændighed, som ikke på tidspunktet for kontraktens indgåelse kunne forudses af parterne, hvorfor kontrakten er tavs herom, skal parterne mødes og drøfte omstændighederne med udgangspunkt i loyalitetspligten i kontrakten.

5.7.3. Indholdet af loyalitetspligten

Loyalitetspligten skal anskues som en bred, social norm, som, hvis den aktiveres, kan bruges til at justere parternes payoff-præferencer. Loyalitetspligten indbefatter et overordnet et princip om, at hver part behandler medkontrahentens interesser, som hvis disse havde sammenlignelig vigtighed for parten selv.

Loyalitetspligten kunne fx bevirke, at hver part skal tilbageholde sig fra at foretage handlinger, som tilfører medkontrahenten flere omkostninger, end det gavner parten selv. Loyalitetspligten kunne også medføre, at en part skal påtage sig risikoen for en given efterfølgende omstændighed, fordi parten er i den bedste position til at mindske eller eliminere risikoen for, at omstændigheden indtræffer.

5.7.4. Aktivering af loyalitetspligten ex ante

Aktivering af loyalitetspligten kræver både kommunikation inden kontraktindgåelsen (ex ante) og efter kontraktindgåelsen (ex post). Ex ante-kommunikationen indebærer, at parterne inden kontraktens indgåelse diskuterer, hvad loyalitetspligten betyder, hvordan den kan finde anvendelse, og i hvilke situationer den kan blive aktiveret.

Når loyalitetspligten indledningsvist er aktiveret gennem ex ante-kommunikation, kan den inkorporeres i kontrakten, hvilket er afgørende for, at princippet bliver en del af parternes referencepunkt. Når loyalitetspligten er inkorporeret i kontrakten, kan den derefter aktiveres på ny gennem ex post-kommunikationen, hvis en uforudset efterfølgende omstændighed indtræffer.

²⁸³ Dette behandles ikke nærmere her, da det er pointer, som bl.a. bygger på artiklen af Charness et al. "Let's talk: How communication affects contract design", som er nærmere behandlet ovenfor.

²⁸⁴ Frydlinger, D. & Hart, O. (2019). "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 12.

²⁸⁵ Ibid. s. 13.

5.7.5. Aktivering af loyalitetspligten ex post

Aktivering af loyalitetspligten ex post indebærer, at parterne skal mødes og tale om, hvordan konsekvenserne som følge af den efterfølgende omstændighed løses bedst muligt med udgangspunkt i loyalitetspligten. Hvis den efterfølgende omstændighed for eksempel medfører en omkostningsstigning, skal parterne med udgangspunkt i loyalitetspligten i kontrakten afgøre, hvor stor en del af omkostningsstigningen hver part skal bære.

5.7.6. Den økonomiske betydning af loyalitetspligten

Som nævnt indebærer loyalitetspligten, at parterne behandler medkontrahentens interesser, som hvis de havde en sammenlignelig vigtighed for dem selv. Økonomisk set anføres denne sammenlignelige vigtighed som, at hver parts payoff i en vis udstrækning er afhængig af medkontrahentens payoff, således det samlede payoff bliver en sum af partens eget payoff plus λ gange medkontrahentens payoff.²⁸⁶ Overordnet kan det siges, at effekten af loyalitets- og kommunikationspligten afhænger af λ . Des større vægt, λ , parterne tillægger medkontrahentens payoff, des større sandsynlighed er der for, at sælger vælger Adam, og at der undgås straffende adfærd. Det samlede dødvægtstab er dermed faldende, des mere vægt parterne tillægger medkontrahentens payoff vægt.²⁸⁷

Parterne har ved aktiveringen af loyalitetspligten ex ante mulighed for at bestemme indholdet af loyalitetspligten og dermed λ , hvorfor parterne vil vælge det optimale niveau, hvor både summen af dødvægtstab og kommunikationsomkostningerne²⁸⁸ minimeres. Det betyder, at kommunikationsniveauet, og dermed omkostningerne forbundet hermed, vil være mindre, des mindre sandsynligheden er for, at en uventet efterfølgende omstændighed indtræder. Med andre ord, des mere rutinepræget og ukompleks en ydelse, der anskaffes, des mindre er sandsynligheden for, at der opstår uventede efterfølgende omstændigheder, hvilket taler det for, at en standardkontrakt er tilstrækkelig uden en inkorporeret loyalitetspligt. Omvendt betyder det, at des mere kompleks og uforudsigelig en ydelse, der indkøbes, des mere omfattende loyalitets- og kommunikationspligt bør inkorporeres i kontrakten for at minimere dødvægtstab.²⁸⁹

Når en loyalitets- og kommunikationspligt bliver en formel del af kontrakten, justeres parternes respektive forventede payoffs, således at de i en vis grad bliver afhængige af hinandens payoffs. Dette er kun vigtigt i situation A, da det er her, vi ovenfor har vist, at sælger i udgangspunktet har incitament til at vælge George frem for Adam, medmindre køber kompenserer sælger, hvorefter køber føler sig forurettet, og der opstår et dødvægtstab som følge af, at køber straffer sælger. Dødvægtstabet varierer, alt efter hvor forurettet køber føler sig, og dermed hvor meget køber straffer sælger. Når sælgers payoff i en vis grad afhænger af købers payoff, vil sælger i nogle situationer have incitament til at vælge Adam i

²⁸⁶ $0 < \lambda < 1$.

²⁸⁷ Frydlinger, D. & Hart, O. (2019). "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 15

²⁸⁸ Et vigtigt element i modellen er, at kommunikation ikke er omkostningsfrit. Modellen pålægger køber omkostninger at kommunikere ex ante, og kommunikationsniveauet afhænger af niveauet af λ og forøges i takt med, at λ forøges. Ex post-omkostninger forbundet med, at parterne mødes, efter at en uforudset efterfølgende omstændighed er indtrådt, for at diskutere effekten og indholdet af loyalitetspligten i denne sammenhæng, er dog ikke medtaget i modellen. For mere, se Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019). "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles" s. 14

²⁸⁹ Ibid. s. 16.

tilstand A, uden at det kræver, at køber skal kompensere sælger herfor. Med andre ord behøver parterne ikke at genforhandle, og derved undgås dødvægtstabet beskrevet ovenfor.

Der vil dog stadig være omstændigheder, hvor der vil være behov for genforhandling, og hvor køber skal kompensere sælger for at vælge Adam frem for George. Det påvises dog i artiklen, at selv hvis sælger i udgangspunktet har incitament til at vælge George, medmindre kontrakten genforhandles, og køber kompenserer sælger for at vælge Adam, vil beløbet af denne compensation være mindre end compensationen, som køber skulle have betalt sælger uden loyalitetspligten. Det skyldes, at sælgers payoff er afhængigt af købers payoff, hvorfor købers værdiforøgelse- og -forringelse også har effekt på sælger.

5.7.7. Sammenfatning på inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten

Modellen af Frydinger og Hart vidner om, at når en loyalitets- og kommunikationspligt inkorporeres i kontrakten, bevirker det, at begge parter justerer deres respektive forventede referencepayoffs, således at de i en vis grad bliver afhængige af hinandens payoffs, hvilket medfører en større grad af incitamentsforenelighed i kontraktrelationen.

En forudsætning for at inkorporere en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten er, at parterne kommunikerer inden kontraktindgåelsen, da parterne i den forbindelse beslutter, hvordan loyalitet i relationen skal forstås, samt i hvilke sammenhænge loyalitetspligten gælder og dermed kan aktiveres ex post. Parterne er hver især forpligtet til at tildele modpartens payoff en vægt i loyalitetsforpligtelsen, hvilket bevirker, at parternes payoffs er afhængige af hinandens payoffs. Derfor er der for hver part et økonomisk rationale bag at sikre, at modpartens payoff bliver så højt som muligt, fordi det også påvirker partens eget payoff. Resultatet heraf er, at parterne ved indtrædelsen af uforudsete omstændigheder i et stort omfang helt naturligt vil agere på en måde, som kommer modparten til gode. Derfor vil parterne sjældnere blive forurettede over hinandens handlinger og være mere tilbøjelige til at agere samarbejdsvilligt, hvorfor dødvægtstabet i relationen mindskes markant for begge parter, hvorved det samlede gennemsnitlige overskud i kontraktrelationen øges.

Det fremgår desuden af modellen, at det følge af de transaktionsomkostninger, der er forbundet med at kommunikere, ikke er efficient at inkorporere en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakter vedrørende simple ydelser, hvor risikoen for uforudsete efterfølgende omstændigheder er lille, da gevinsten herved ikke er tilstrækkeligt stor til at gøre op for omkostningerne forbundet med kommunikationen. Samtidig taler dette for, at des mere kompleks en ydelse der anskaffes, des større risiko er der for indtrædelse af efterfølgende omstændigheder, og des større gevinst kan der være ved at inddrage en udførlig loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten.

I forbindelse med den offentlige ordregivers anskaffelse af specialudviklet programmel, hvor ydelsen ikke eksisterer på tidspunktet for kontraktens indgåelse, er der en meget stor risiko for efterfølgende omstændigheder. Endvidere investeres ofte to- og trecifrede millionbeløb i offentlige it-anskaffelser, og de anskaffede ydelser har i mange tilfælde en vital betydning for velfærdssamfundet. Derfor kan fejlslagne it-systemer få enorme økonomiske såvel som velfærdsmæssige konsekvenser. Denne samlede risiko forbundet med langt de fleste store offentlige anskaffelser betyder, at det med stor sandsynlighed vil kunne bidrage med ikke-ubetydelige besparelser i kontraktrelationerne, hvis der introduceres en formel loyalitets- og kommunikationspligt. Som følge deraf kan det konkluderes, at situationen, hvor ordregiver inkorporerer en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten, omend der er store

transaktionsomkostninger forbundet hermed, vil give et samlet set større overskud end den situation, hvor kontrakten ikke indeholder sådanne bestemmelser. Da loyalitetspligten bevirker, at parternes payoffs i en vis grad bliver afhængige af medkontrahentens payoff, vil begge kontrahenters payoff blive større, når det samlede payoff bliver større. Det er dermed såvel Pareto-optimalt som Kaldor Hicks-optimalt, når ordregiver inkorporerer en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten, sammenlignet med, når ordregiver ikke gør det.

6. Integreret analyse

6.1. Introduktion

I nærværende kapitel vil der på baggrund af resultaterne fra den juridiske analyse i Kapitel 4 og den økonomiske analyse i Kapitel 5 foreslås nogle konkrete tiltag, som understøtter en efficient kommunikation mellem parterne.

6.2. Kommunikation inden udbuddet

Der må siges at være et ikke-ubetydeligt videnskabeligt grundlag inden for kontraktøkonomien, som underbygger, at kommunikation mellem parterne inden kontraktindgåelsen kan skabe mere effektive kontrakter. Hart og Moores undersøgelser af kontrakter som referencepunkter udbygget af studierne af Charness et al. om betydningen af kommunikation i henholdsvis rigide og fleksible kontrakter underbygger, at kommunikation bør og skal være i fokus for ordregiver, hvis der er tale om kontrakter af en vis varighed og kompleksitet, hvor kvaliteten desuden er en afgørende faktor. Der indgås flere fleksible kontrakter, hvis parterne kan kommunikere, og når kommunikation mellem parterne er muligt, giver de fleksible kontrakter et større payoff, end hvad der ellers havde været muligt.²⁹⁰

Det står dermed klart, at i en kontraktrelation mellem ordregiver og leverandør, som vedrører specialudvikling af programmel, medvirker kommunikation ex ante til, at kontraktindgåelsen bliver mere effektiv end, hvis parterne ikke kommunikerer ex ante.

Dette stemmer overens med, at aktørerne i it-branchen oplever tidlig og vedvarende dialog som afgørende for et godt samarbejde. Dette fremgår af et af principperne i "Kodeks om et godt kunde- og leverandørsamarbejde"²⁹¹. Det følger af kodekset, at tidlig og vedvarende dialog er vigtigt, fordi dialog er en forudsætning for gensidig forståelse af behov, mål m.v.²⁹²

Vigtigheden af kommunikation i forbindelse med større it-projekter i det offentlige er også et af hovedbudskaberne i en artikel, som indeholder et interview af Michael Holm, som er CEO i Systematics, der er en af de førende it-leverandører til det offentlige i Danmark. I artiklen udtaler han følgende:

"Jeg er overbevist om, at vi med en bedre løbende involvering og dialog ville undgå nogle af de problemer, der indimellem opstår, når der skal indkøbes store systemer i det offentlige (...) Udvikling af it-systemer til det offentlige er en uhyre kompleks opgave, der kræver stor forståelse for, (...) hvordan data og

²⁹⁰ Vi har fremført to svagheder ved teorierne. Dels, at teorierne ikke tager højde for, at kommunikation indebærer transaktionsomkostninger, og dels, at teorierne ikke illustrerer den risiko, som leverandøren, alt andet lige, vil forbinde med at indgå i en fleksibel kontrakt. En risiko som følge af, at leverandøren ikke kan støtte ret på, at ordregiver er forpligtet til at kompensere leverandøren, hvis en efterfølgende omstændighed indtræder. Disse to svagheder synes imidlertid taget hånd om i Frydinger og Hart (2019), hvor kommunikation er forbundet med omkostninger, og hvor loyalitet er et princip, som inkorporeres i kontrakten, og som leverandøren dermed kan støtte ret på.

²⁹¹ Kodekset er resultatet af et samarbejde mellem Statens It-projektråd, DI Digital, It-Branchen, Dansk IT, udvalgte it-leverandører samt udvalgte statslige myndigheder. Kodekset indeholder principper, som skal anvendes som inspiration til at etablere et godt samarbejde mellem kunder og leverandører med henblik på at styrke indsatsen for, at samarbejdet i statslige it-projekter lykkes. Det fremgår således indledningsvist at, "Kodekset har til formål at understøtte det gode samarbejde i it-projekter, hvori statslige myndigheder indgår i et samarbejde med private leverandører. Parterne har et fælles mål om at fremme en kultur, hvor den vigtige samarbejdsdisciplin løbende dyrkes og forbedres." <https://digst.dk/media/12625/kodeks-for-godt-kundeleverandsamarbejde-i-staten.pdf>.

²⁹² Kodeks om et godt kunde- leverandørsamarbejde, s. 12.

digitalisering kan være med til at løse opgaverne bedre og billigere. Det kræver, at man har en vision for, hvad man vil, og at man samtidig har en viden om, hvad man kan. Og så kræver det en bedre dialog, der kan gøre alle aktører klogere på begge dele.”²⁹³

Der er således mange pile, der peger mod kommunikation som en afgørende faktor for vellykkede it-projekter i det offentlige. Udbudsloven begrænser imidlertid parternes aftalefrihed, hvilket betyder, at ordregiver ikke frit kan kommunikere med alle tænkelige potentielle leverandører på markedet. Det er obligatorisk for ordregiver at anvende en af de i udbudslovens angivne procedurer for anskaffelsen. De forskellige udbudsprocedurer har, som beskrevet i Kapitel 4, hver især deres respektive fordele og ulemper, hvilket ordregiver inden gennemførelsen af et udbud skal forholde sig til. Blandt andet har ordregivers valg af udbudsprocedure betydning for, i hvilken grad det er muligt for ordregiver at kommunikere med potentielle leverandører i løbet af udbudsproceduren.

6.2.1. Valg af udbudsprocedure

Offentlige eller begrænsede udbud stiller mindre krav til både ordregivers og leverandørens involveringsgrad inden kontrakttildelingen, hvorfor der er færre transaktionsomkostninger forbundet hermed end ved brug af de fleksible udbudsprocedurer. De fleksible udbudsprocedurer tillader mere kommunikation mellem ordregiver og leverandør i form af dialog eller forhandling med ansøgere/tilbudsgivere, men er også forbundet med større transaktionsomkostninger.

Resultaterne i den økonomiske analyse synes at indikere, at ordregiver skal have fokus på at vælge en udbudsprocedure, som i videst muligt omfang tillader kommunikation mellem parterne. Dette er selvfølgelig under forudsætning af, at der er tale om en kompleks, længerevarende kontrakt med stor sandsynlighed for indtrædelse af efterfølgende omstændigheder, og hvor kvaliteten af ydelsen i øvrigt er afgørende. De økonomiske resultater bygger dog på en situation, hvor parterne kan kommunikere frit. Selv under de fleksible udbudsprocedurer er der ikke tale om “fri” kommunikation, da det, uagtet muligheden for dialog eller forhandling, fortsat er ordregiver, som i høj grad præger indholdet af udbudsmaterialet og udarbejdelsen af kontraktgrundlaget. Endvidere kommer anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer med nogle begrænsninger som følge af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet. Det er imidlertid vores vurdering, at disse begrænsninger ikke udgør en sådan hindring for udveksling af kommunikation, at potentialet ved indgåelse af fleksible kontrakter ved fri kommunikation, ikke kan indfries. Adgangen til dialog/forhandling giver parterne mulighed for at udnytte deres komplementære ressourcer. Udnyttelsen heraf vil med stor sandsynlighed højne kvaliteten af udbudsmaterialet og leverandørens tilbud, da parterne undervejs opnår en dybere indsigt i modpartens behov, muligheder og begrænsninger, som kan bruges til at kvalificere ordregivers kravspecifikation og leverandørens løsningsbeskrivelse. Det samme billede tegnes i en surveyundersøgelse, som er udarbejdet af advokatvirksomheden Kromann Reumert²⁹⁴, hvor 61,5 % af de adspurgte leverandører pegede på, at manglende muligheder for reelle forhandlinger og for at ændre i det udbudte er en af de

²⁹³ “Digitalisering indeholder nøglen til bedre velfærd og højere tillid”, CMX Magasinet, <https://cxomagasinet.dk/23-2020/digitalisering-indeholder-noglen-til-bedre-velfaerd-og-hojere-tillid>

²⁹⁴ I survey-undersøgelsen har en række it-leverandører til det offentlige svaret på spørgsmålet om hvilke aspekter, der har betydning for leverandøren i forbindelse med offentlige udbud af it-projekter. Survey-undersøgelsen har mundet ud i artiklen, ‘Bedre udbud giver bedre tilbud’ (<https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2020/05/Bedre-udbud-giver-bedre-tilbud>), som advokathuset har publiceret, hvori de væsentligste resultater fra survey-undersøgelsen er beskrevet. Vi har fået indsigt i den fulde survey-undersøgelse og har fået samtykke til at henvise til artiklen og resultaterne fra undersøgelsen i øvrigt. Vi har dog ikke samtykke til at offentliggøre undersøgelsen.

største udfordringer ved udbudsprocesserne, da parterne hindres i at tilpasse materialet og blive klogere i processen. Samtidig mente 69,3 % af de adspurgte, at udbud med forhandling eller udbud med konkurrencepræget dialog i høj eller i nogen grad giver en øget værdi for ordregiveren og/eller leverandøren.²⁹⁵

Med alt ovenstående taget i betragtning, er det vores vurdering, at ordregiver bør vælge en af de fleksible udbudsprocedurer i forbindelse med anskaffelsen af specialudviklede it-leverancer.

Ordregivers valg af udbudsprocedure har endvidere betydning for, hvor sandsynligt det er, at en ordregiver tildeler kontrakten til en leverandør, med hvem ordregiveren har et strategisk fit²⁹⁶. Resultaterne i den økonomiske analyse synes at indikere, at det er afgørende, at der er et strategisk fit mellem parterne, for at der kan indgås en efficient kontrakt. Teorierne i analysen viser netop, at parternes referencepunkter bliver mere lig hinanden som følge af kommunikation inden kontraktindgåelsen, hvilket er et udtryk for, at der skabes et fælles mål og en fælles forståelse for, hvordan dette mål opnås.

I afsnit 6.6.2, Fokus på at skabe et fælles mål, nedenfor foreslås nogle yderligere tiltag, som ordregiver med fordel kan anvende med henblik på at gøre det mere sandsynligt, at der skabes et fælles mål med leverandøren.

6.2.2. Fokus på at skabe et fælles mål

Behovet for, at samarbejdet bygger på et fælles mål, synes yderligere underbygget af erfaringer fra "den virkelige verden". Det blev fx angivet af 53,8 procent af de adspurgte leverandører i en surveyundersøgelsen af Kromann Reumert, at princippet "Der styres efter fælles mål og efter de vigtigste forretningsmæssige behov" er det mest afgørende princip for et godt samarbejde²⁹⁷. Samtidig pegede 46,2 % af leverandørerne på, at det er et af de principper, som offentlige ordregivere i mindst grad efterlever. Hvis ordregiver tilstræber, at der findes en leverandør, med hvem der er et strategisk fit, vil princippet om fælles mål helt naturligt blive efterlevet. Sandsynligheden for at finde en leverandør med et strategisk fit øges som nævnt i afsnit 6.2.1, Valg af udbudsprocedure, ved at vælge en af de fleksible udbudsprocedurer. Hvis ordregiver skal øge sandsynligheden yderligere for at finde en leverandør med et strategisk fit, stiller det nogle krav til udformningen af udbudsmaterialet.

Der er to budskaber, som ordregiver med fordel kan kommunikere til de potentielle leverandører allerede via udbudsmaterialet. Dette er henholdsvis 1) projektets formål og 2) prioriteringen af tid, pris og kvalitet i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten.

Et af problemerne i Grindgut-sagen var, at det ikke var tydeligt for leverandøren, hvordan ordregiver prioriterede tid, pris og kvalitet. Kontrakten, som var indgået mellem den offentlige ordregiver og leverandøren i Grindgut-sagen, byggede på en agil udviklingsmodel, hvorfor situationen ikke er helt sammenlignelig med den situation, hvor der, som i K02, udvikles efter en vandfaldsmodel. Når der

²⁹⁵ I den forbindelse er det dog vigtigt at pointere, at survey-undersøgelsen udelukkende fremstiller leverandørernes opfattelser og holdninger. Hvis offentlige ordregivere også var blandt de adspurgte, ville resultaterne muligvis have været anderledes. I lyset af den økonomiske teori synes det dog alligevel relevant at inddrage resultaterne, da de viser, at spørgsmålet om kommunikation mellem parterne i forbindelse med offentlige udbud ikke blot er en teoretisk øvelse. I "den virkelige verden" påpeges også kommunikation ex ante som en nøgelfaktor i forbindelse med indgåelse af it-kontrakter.

²⁹⁶ Et strategisk fit mellem kontrahenterne indebærer, at parterne i kontraktrelationen ikke alene er enige om det fælles mål, men også har en fælles forståelse for, hvordan målet skal opnås.

²⁹⁷ Princippet er et af principperne i 'Kodeks for det gode kunde- leverandørsamarbejde'.

udvikles programmet efter den agile udviklingsmodel er det i meget høj grad nødvendigt at specificere, hvilket af parametrene tid, pris og kvalitet, der prioriteres højest. Det skyldes, at den agile udviklingsmodel anvendes i tilfælde, hvor det ikke på forhånd er muligt at specificere præcis, hvad der skal udvikles, hvorfor der ofte ikke er en kravspecifikation i agile projekter, og både prisen og en tidshorisont er svær at fastsætte på forhånd. I vandfaldsmodellen er der derimod en kravspecifikation, og der fastsættes både en pris og en tidsplan ved kontraktens indgåelse, så parametrene ligger i et vist omfang fast fra starten af projektet. Vi mener dog, at det også i forbindelse med udvikling efter vandfaldsmodellen vil være en fordel, at ordregiver før udsendelse af udbudsmaterialet gør sig bevidst om sin prioritering af parametrene og derefter klart kommunikerer den til leverandøren gennem udbudsmaterialet. Grunden er, at den store risiko for efterfølgende omstændigheder i it-udviklingsprojekter ofte bevirker, at der i et eller andet omfang ændres på kravspecifikationen i løbet af projektet, fordi ordregiver finder ud af, at behovene til løsningen er anderledes end først antaget. En ændring af kravspecifikationen vil i mange tilfælde bevirke, at den oprindelige tidsplan ikke kan overholdes, samt at prisen for ydelsen bliver dyrere end antaget fra start af. Af den årsag er det vigtigt for både ordregiver og leverandør at være opmærksom på prioriteringen i løbet af projektet, således at de kan holde fokus på, hvad der er vigtigst, og hvilke betingelser aftalen oprindeligt blev indgået på. Når ordregiveren i udbudsmaterialet gør leverandøren opmærksom på sin prioritering, ved leverandørerne allerede ved udarbejdelsen af tilbuddet, hvordan leverandøren skal prioritere ressourcerne i sin løsningsbeskrivelse i tilbuddet. Dette gør det nemmere for leverandøren at lave et tilbud, som er i overensstemmelse med ordregivers forventninger.

Både projektets formål og ordregivers prioritering af tid, pris eller kvalitet er budskaber, der kan indarbejdes i en formålsbestemmelse i kontrakten. Med en klar og tydelig formålsbestemmelse vil eventuelle tvivlsspørgsmål kunne søges besvaret i lyset af kontraktens overordnede formål. Formålsbeskrivelsen kan anvendes som udgangspunkt for parternes drøftelse om fælles mål og vejen dertil inden indgåelse af kontrakten, men kan også ses som en rettesnor i parternes dialog og forhandling om de konkrete krav og løsninger, både inden kontrakten tildes og i løbet af projektet, efter at kontrakten er indgået.

6.2.2.1. Formålsbestemmelse

Vi har med inspiration fra den nuværende formålsbestemmelse i K02 udarbejdet et forslag til en ny formålsbestemmelse, som fremgår af Figur 10 nedenfor.

Ordlyden af bestemmelsen i K02
2. BAGGRUND OG FORMÅL <i>[Tilpasses individuelt - beskriv baggrunden for indgåelse af kontrakten og kundens formål med leverancen.]²⁹⁸</i>
Forslag til ny ordlyd af bestemmelsen
2. BAGGRUND, FORMÅL OG PRIORITERING AF TID, PRIS OG KVALITET I det følgende er vejledningen til udfyldelse af bilaget angivet med <i>[kursiv]</i> . 2.1. Baggrund. <i>[Tilpasses individuelt af Kunden. Kunden skal indledningsvis beskrive baggrunden for anskaffelsen, hvilket dækker over, hvorfor organisationen har behov for den konkrete anskaffelse.]</i> 2.2. Formål. <i>[Tilpasses individuelt af Kunden. Kunden skal beskrive formålet med anskaffelsen. Det skal i beskrivelsen af formålet være tydeligt, hvilken værdi Kunden forventer at skabe i organisationen med anskaffelsen. Det anbefales, at kunden anvender værdiladede ord i beskrivelsen, fx ord som "fleksibilitet", "smidighed", "effektivitet", "brugervenlighed" eller lignende.</i> <i>Et eksempel på en formålsbeskrivelse i en kontrakt vedrørende indkøb af et omsorgs- og journaliseringssystem inden for sundhedssektoren kunne være:</i> <i>"Formålet med leverancen er, at der udarbejdes et journaliseringssystem, som gør hverdagen lettere for det sundhedsfaglige personale ved at være brugervenligt, smidigt og effektivt at anvende, og som er nemt tilgængeligt og brugervenligt for borgerne."]</i> 2.3. Prioritering af tid, pris og kvalitet.

²⁹⁸ K02, Punkt 1. Baggrund og Formål.

[Tilpasses individuelt af Kunden. Kunden skal angive, i hvilken rækkefølge Kunden prioriterer henholdsvis tid, pris og kvalitet, hvor 1. er af højeste prioritet, 2 er af mellemste prioritet, og 3. er af laveste prioritet.

Prioriteres kvalitet fx højest, må Kunden gøre sig klart, at vederlaget bliver derefter (højt), og at den oprindelige tidsplan kan blive vanskelig at overholde. Hvis tid og pris prioriteres over kvalitet, må Kunden ligeledes gøre sig klart, at der, alt andet lige, kan udvikles mindre funktionalitet, når prisen skal holdes nede, og når der er en stram tidsplan, som skal overholdes. Disse overvejelser er vigtige at gøre, inden der anføres en prioriteret rækkefølge.]

Tid, pris og kvalitet skal prioriteres i nedenstående rækkefølge:

- 1.
- 2.
- 3.

“Tid” dækker over, at tidsplanen i Bilag 1 og Kontraktens punkt 7.2 overholdes.

“Pris” dækker over, at det samlede vederlag for Leverancen holdes så lavt som muligt. Ved det samlede vederlag for Leverancen forstås både leverancevederlaget, jf. punkt 14.2, timebaserede vederlag, jf. punkt 14.3, vederlag for vedligeholdelse og support, jf. punkt 14.4, drift, jf. punkt 14.5, og løbende betalinger for anvendelse af Programmel, jf. punkt 14.6.

“Kvalitet” dækker over, at Leverancens samlede funktionalitet skal opfylde Kundens behov og ønsker så godt som muligt, også eventuelle behov og ønsker, som opstår i løbet af projektet, og som derfor ikke fremgår af løsningsbeskrivelsen og kravspecifikationen i Bilag 3.

Prioriteringsrækkefølgen giver ikke adgang til, at et eller flere af de angivne parametre ikke prioriteres eller prioriteres uforholdsmæssigt lavt. Parterne skal til enhver tid stræbe efter at opnå så højt et niveau af alle parametre, dog prioriteret i den af Kunden anførte rækkefølge.

Figur 10. Forslag til ny formålsbestemmelse med udgangspunkt i K02.

6.3. Gensidig loyalitets- og kommunikationspligt

Frydlinger og Harts model²⁹⁹, som blev behandlet i Kapitel 5, Afsnit 5.7, Inkorporering af en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten, underbygger, at en i kontrakten inkorporeret gensidig loyalitets- og kommunikationspligt kan mindske dødvægtstabet, hvis en uforudset efterfølgende omstændighed indtræder, som betyder, at én eller begge parter ligger under deres forventede payoff.

Det er en forudsætning for Frydlinger og Harts model, at kontrakten har en vis varighed og kompleksitet, samt at der er en overvejende sandsynlighed for, at der indtræder efterfølgende omstændigheder under kontraktens løbetid, som parterne ikke kunne forudse ved kontraktindgåelsen. Argumentationen for, at det er værdiskabende at inkorporere en loyalitets- og kommunikationspligt i denne type kontrakter, er,

²⁹⁹ Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019) “Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles”.

at parterne herved vil justere deres referencepunkter, således at der skabes incitamentsforenelighed, og det sikres, at parterne har en fælles forståelse for, hvad en rimelig og retfærdig opfyldelse af kontrakten indebærer.

Det er ydermere en forudsætning for, at loyalitets- og kommunikationspligten er værdiskabende, at der er at gøre med kontrakter, som indeholder en vis fleksibilitet. Nærmere bestemt skal der fx være rum til, at parterne efter kontraktindgåelsen kan forhandle om håndteringen af en konkret efterfølgende omstændighed, herunder hvor stor en del af de eventuelle øgede omkostninger som følge af omstændigheden, hver part skal afholde. Hvis kontrakten fx indeholder en hardship-klausul vil en sådan fleksibilitet være til stede, og det er her, at loyalitets- og kommunikationspligten for alvor kan komme til sin fulde ret. Det er derfor en forudsætning, at ordregiver har mulighed for at indsætte en hardship-klausul i kontrakten.

6.3.1. Muligheden for hardship-klausuler inden for udbudsretten

Hvis kontrakten mellem ordregiver og leverandøren skal gøres fleksibel i den forstand, som det er tilfældet i de kontraktøkonomiske teorier i Kapitel 5, skal der eksempelvis indsættes en mere specifik hardship-klausul, som forpligter parterne til at genforhandle ved indtrædelsen af en efterfølgende omstændighed. Sigtet med denne afhandling er imidlertid ikke at udarbejde en analyse af den efficiente risikoallokering gennem brug af hardship-klausuler i K02. Flexibilitet i kontrakter, hvorunder hardship-klausuler spiller af afgørende rolle, er snarere en forudsætning for, at de kontraktøkonomiske teorier kan anvendes. I det følgende vil det derfor kortfattet gennemgås, hvorvidt en ordregiver kan skabe fleksibilitet i kontrakten (for eksempel gennem en hardship-klausul) inden for udbudslovens rammer, men der vil ikke blive fremsat et konkret forslag til en hardship-klausul.

Spørgsmålet er således, i hvilken grad udbudsloven tillader parterne at indgå fleksible kontrakter. I den forbindelse erindres det, at der i udgangspunktet, efter at en kontrakt er indgået mellem to parter, ikke kan foretages ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, jf. udbudslovens § 178. Det anses dog ikke som ændringer af grundlæggende elementer, hvis én af undtagelsesbestemmelserne i udbudslovens §§ 179-183 kan gøres gældende. I udbudslovens § 179 eksisterer en mulighed for at indsætte ændringsklausuler i kontrakten. For, at ændringsklausulerne ikke udløser en ny udbudspligt, skal de leve op til kravene, som opstilles i bestemmelsen, hvorefter 1) ændringsklausuler skal være klare, præcise og entydige, 2) klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af ændringerne og 3) ændringsklausulerne må ikke ændre ved kontraktens overordnede karakter. Essensen af hardship-klausuler er, at kontrakten kan opfange efterfølgende omstændigheder, som der ikke er taget stilling til i kontrakten via eksplicite bestemmelser ved at forpligte parterne til i fællesskab at forhandle sig frem til, hvordan de minimerer og fordeler omkostningerne forbundet med, at kontrakten som følge af den efterfølgende omstændighed er blevet mere byrdefuld at opfylde end oprindeligt antaget.³⁰⁰ Således forudsætter anvendelsen, at den ramte part ikke kendte eller burde kunne forudse, påvirke eller kalkulere for den efterfølgende begivenheds indtræden på tidspunktet for kontraktindgåelsen. Det forekommer vanskeligt at udarbejde en hardship-klausul, som bibeholder dens natur og formål, samtidig med at den er tilstrækkelig klar, præcis og entydig og desuden er tilstrækkelig specifik i forhold

³⁰⁰ Østergaard, K. (2016) "Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer" s. 437.

til omfanget og arten af potentielle ændringer, til at den er i overensstemmelse med udbudslovens § 179.³⁰¹

Mens udbudslovens § 179 synes at være noget rigid i sin anvendelse i forhold til ændringer i medfør af kontrakten, synes der overordnet at være en rimelig grad af fleksibilitet i udbudslovens §§ 180-183, som vedrører efterfølgende ændringer af kontrakten. Der er således aldrig tale om en ændring af grundlæggende elementer, hvis værdien heraf ikke overskrider tærskelværdierne i § 6 eller 10 % af den samlede værdi af den oprindelige kontrakt.³⁰² Særligt synes udbudslovens § 181 om supplerende ydelser og § 183 om uforudsete forhold, at give ordregiver fleksibilitet til at foretage ændringer efter kontraktindgåelsen. Udbudslovens § 181 giver ordregiver mulighed for at foretage ændringer i kontrakten ved at tilkøbe supplerende ydelser fra den eksisterende leverandør, hvis det viser sig at være nødvendigt for gennemførelsen af kontrakten, og hvis anvendelsen af en anden leverandør ikke ville være hensigtsmæssig. Efter udbudslovens § 183 kan ordregiver foretage ændringer i kontrakten som følge af uforudsete forhold, som ikke kunne forudses af en påpasselige ordregiver, som ikke berører den overordnede kontrakts karakter, og som ikke medfører en forøgelse på over 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt. Særligt denne bestemmelse synes at flugte med anvendelsesområdet for en hardship-klausul og giver ordregiver en vis fleksibilitet til at kunne imødekomme efterfølgende ændringer.

På baggrund heraf er det vores vurdering, at der er rum til, inden for udbudslovens rammer om efterfølgende ændringer i kontrakten, at inkorporere en hardship-klausul i kontraktgrundlaget, således at parterne har en pligt til at forhandle, når efterfølgende omstændigheder indtræder. Ordregiver skal selvsagt have for øje, at ændringerne kan rummes inden for bestemmelserne i §§ 180-183, således at der ikke er tale om ændringer af grundlæggende elementer, og denne betragtning må endvidere anføres i bestemmelsen som en forudsætning for hardship-klausulens anvendelse.

6.3.2. Loyalitetsforpligtelsen som retsfigur

Loyalitetspligten indebærer i Frydinger og Harts model, at hver part behandler medkontrahentens interesser, som hvis disse havde sammenlignelig vigtighed for parten selv, hvilket afspejles ved, at hver parts payoff i en vis udstrækning er afhængig af medkontrahentens payoff, således at det samlede payoff bliver en sum af partens eget payoff plus λ gange medkontrahentens payoff. Det er en forudsætning, at parterne inden kontraktens indgåelse diskuterer, hvad loyalitetspligten betyder, hvordan den kan finde anvendelse, og i hvilke situationer den kan blive aktiveret. Når loyalitetspligten er inkorporeret i kontrakten, kan den derefter aktiveres gennem kommunikation, som for eksempel kan indebære, at parterne i kraft af kontraktens hardship-klausul skal mødes og tale om, hvordan konsekvenserne som følge af den uforudsete efterfølgende omstændighed løses bedst muligt med udgangspunkt i loyalitetspligten.

Når Frydinger og Hart med deres model viser, at det er efficient at inkorporere en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten, forholder de sig dog ikke til, hvad gældende ret er. Som nævnt i Kapitel 4, Afsnit 4.6.5, Loyalitetsgrundsætningen, eksisterer der i dansk ret inden for obligationsretten en loyalitetsforpligtelse, som gælder på tværs af alle kontrakttyper. Spørgsmålet er således, om

³⁰¹ Liljenbøl, M. W. & Balle, J. i Karsten Hagel- Sørensen (red.) (2016) "Aktuel udbudsret II" s. 428.

³⁰² Ordregiver skal være opmærksom på, at ændringer, som foretages i medfør af § 180 akkumulerer, således at det er den samlede værdi af ændringer, som gælder.

baggrundsretten i sig selv vil have sammevirkning, som Frydlinger og Harts model viser, at en loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten har.

I juridisk forstand findes der imidlertid ikke et entydigt svar på, hvad loyalitetspligten præcis indebærer for parterne, men overordnet set har parterne i kraft af loyalitetsforpligtelsen en pligt til at varetage medkontrahentens interesser. Denne loyalitetsforpligtelse er desuden af mere vidtgående betydning i længerevarende komplekse kontraktforhold, da der i fastlæggelsen af grundsætningens udstrækning skal tages hensyn til kontraktens *naturalia negotii*, altså vilkår, der naturligt indgår i kontrakter af den pågældende art. Det er derfor ikke overraskende, at loyalitetsforpligtelsen pålægger parterne en række forpligtelser, herunder i forhold til kommunikation, når der er at gøre med it-leverancer. I lyset af Brunata Danfoss-dommen og Grindgut-dommen må særligt underretningspligten siges at have en væsentlig betydning for parterne som led i deres pligt til at handle loyalt. Underretningspligten består navnlig i, at parterne har en pligt til at underrette medkontrahenten om, hvis væsentlige forhold ændrer sig, der kan påvirke, hvorvidt en kontrakt bør eller overhovedet kan indgås, samt i, at parterne er forpligtet til at underrette medkontrahenten om forhold, som kan påvirke kontraktens opfyldelse. Sidstnævnte gælder kun, hvis kontraktens opfyldelse indebærer et tæt samarbejde mellem parterne, hvilket er tilfældet i it-udviklingsprojekter.

Det er vores vurdering, at de forpligtelser, som påhviler parterne som følge af loyalitetsgrundsætningen i høj grad synes at svare til meningsindholdet af Frydlinger og Harts beskrivelse af en loyalitets- og kommunikationspligt. Det er dog samtidig vores vurdering, at det er værdiskabende for parterne at inkorporere disse forpligtelser i kontraktgrundlaget. Dette er til trods for, at det henset til baggrundsretten ikke burde være nødvendigt. Årsagen hertil er, at Frydlinger og Hart netop anfører, at loyalitets- og kommunikationspligten skal inkorporeres i kontrakten, da disse herved bliver en del af parternes referencepunkt. Nogen vil måske mene, at forpligtelserne allerede udgør en del af parternes referencepunkt, da det følger af baggrundsretten. Vi mener dog, at fx Brunata Danfoss-dommen er et glimrende eksempel på, at selv yderst professionelle aktører, som Danfoss unægteligt er, ikke formår at efterleve sine forpligtelser som led i at handle loyalt, selvom de med al sandsynlighed har kompetent juridisk bistand til rådighed.

I erkendelsen af, at der skal foretages en abstrakt juridisk vurdering under hensyntagen til kontraktens *naturalia negotii*, for at parterne kan forstå sine forpligtelser, mener vi, at det ikke er optimalt kun at lade loyalitets- og kommunikationspligten følge af baggrundsretten. Dette vil nemlig, set i lyset af både Brunata Danfoss-dommen og Grindgut-dommen konkret betyde, at loyalitets- og kommunikationspligten ikke vil være afspejlet i parternes referencepunkter, og der er derfor ikke incitamentsforenelighed mellem parterne. I stedet vil parterne fortolke det rum, som kontrakten har til fleksibilitet, til egen fordel. Dette medfører, at mindst én af parterne vil blive forurettet i tilfælde af en efterfølgende begivenheds indtræden, hvilket kan resultere i, at denne vil "straffe" medkontrahenten, og der opstår et dødvægtstab i form af en mindre samlet værdi i kontraktrelationen. Af den årsag mener vi, at loyalitets- og kommunikationspligten skal ekspliciteres i kontraktgrundlaget for at understøtte, at det er i begge kontrahenters interesse at samarbejde loyalt med henblik på at finde den bedste løsning, for eksempel i tilfælde af, at en efterfølgende omstændighed indtræder, som gør kontrakten mere byrdefuld at opfylde for en af kontrahenterne end oprindeligt antaget. Ved forhandlingen vil loyalitets- og kommunikationspligten i kontrakten medvirke til, at parterne kommer frem til en løsning, som begge finder rimelig og retfærdig, hvorfor klausulen medvirker til at skabe incitamentsforenelighed mellem parterne.

6.3.3. Bestemmelse om en gensidig loyalitets- og kommunikationspligt

Af Figur 11 nedenfor fremgår et forslag til en bestemmelse om en gensidig loyalitets- og kommunikationspligt, som kan indsættes i kontrakten mellem ordregiver og leverandør. Endvidere fremgår af samme figur et forslag til et bilag, som er tiltænkt til at blive anvendt i sammenhæng med bestemmelsen om loyalitets- og kommunikationspligten.

Bestemmelse om loyalitets- og kommunikationspligt

LOYALT SAMARBEJDE

1.1. Loyalt samarbejde.

Parterne skal i hele projektets løbetid samarbejde med en positiv, professionel samt ansvarlig holdning og hver især yde en betydelig indsats for at opnå det bedst mulige resultat. Parterne skal herunder varetage hinandens interesser og udvise den fleksibilitet, der må anses for nødvendig herfor.

Som et led i at indgå i det loyale samarbejde skal parterne endvidere hver især opfylde de konkrete krav, som parterne fælles har udarbejdet og anført i Bilag 1.

1.2. Meddelelse om forhold af betydning for Kontraktens opfyldelse.

Parterne skal for at deltage i det loyale samarbejde hver især hurtigst muligt og uden ugrundet ophold give meddelelse til den anden Part om forhold, som kan have betydning for en eller flere af Parternes korrekte opfyldelse af Kontrakten.

1.3. Væsentlig misligholdelse.

Deltager en Part ikke i det loyale samarbejde, vil det være at betragte som væsentlig misligholdelse, som giver den anden Part adgang til at ophæve Kontrakten. Ingen af parterne kan dog hæve Kontrakten alene som følge af den anden Parts manglende deltagelse i det loyale samarbejde, der ikke kan have betydning for Partens leveringsforpligtelse/forpligtelse til at medvirke i henhold til Kontrakten.

Bilag om Loyalt samarbejde

Bilag 1 Loyalt samarbejde

I det følgende er formålet med bilaget og vejledningen til udfyldelse af bilaget angivet med [kursiv].

[Formålet med bilaget er at fastsætte, hvilke konkrete krav Parterne hver især stiller til den anden Part, for at denne deltager i det loyale samarbejde, som fremgår af Kontraktens punkt 1-1.3.]

Bilaget skal udfyldes i samarbejde mellem parterne i afklaringsfasen. I forbindelse med udfyldelsen af bilaget skal en eller flere medlemmer fra både Kundens og Leverandørens styregruppe deltage.

Mindst én af de deltagende medlemmer fra både Kundens og Leverandørens styregruppe skal være bemyndiget til at træffe bindende beslutninger i forhold til Kontrakten.]

Kundens forpligtelser	Leverandørens forpligtelser
<i>[Beskriv de konkrete krav, som stilles til Kunden.]</i>	<i>[Beskriv de konkrete krav, som stilles til Leverandøren.]</i>

Figur 11. Forslag til bestemmelse om loyalitets- og kommunikationspligt.

Punkt 1.1, *Loyalt samarbejde*, i bestemmelsen er et forsøg på i et nemt forståeligt sprog i grove træk at ekspliciterer loyalitetsgrundsætningen som retsfigur i kontraktgrundlaget, således at loyalitetsgrundsætningen implicit bliver en del af parternes referenceramme, når de agerer i kontraktforholdet.

Formålet med bilaget, som der henvises til i Punkt 1.1, er, at parterne, når bilaget skal udfyldes, mødes og drøfter, hvad de hver især forventer fra modparten i relation til at indgå i et loyalt samarbejde. Bilaget skal således ses som en sidestillelse med den ex ante-kommunikation, som Frydinger og Harts model angiver som værende en forudsætning for, at loyalitetspligten aktiveres. Der er i kraft af, at bilaget skal udfyldes, en kommunikationspligt mellem parterne, som pålægger dem at kommunikere om betydningen af loyalitetspligten. Udfyldelse af bilaget skal således bidrage til, at ordregiver og leverandør allerede i afklaringsfasen får skabt en fælles forståelse af, hvad de hver især forventer af hinanden, og loyalitetspligten aktiveres dermed ex ante i overensstemmelse med Frydinger og Harts model. En opfattelse, som ifølge modellen vil gennemsyre hele parternes fremtidige samarbejde, således at de har en mere ens opfattelse af, hvad der er rimeligt i henhold til kontrakten. På den måde er det tankegangen, at bilaget skal fungere som en form for opskrift på, hvordan ordregiver og leverandør skal agere i løbet af projektet.

Punkt 1.2, *Meddelelse om forhold af betydning for Kontraktens opfyldelse*, et forsøg på i et letlæseligt sprog at inkorporere den underretningspligt, som følger af loyalitetsgrundsætningen i dansk ret. Ligesom med Punkt 1.1 er formålet med bestemmelsen at gøre en forpligtelse, som påhviler parterne i henhold til baggrundsretten, men som parterne ikke nødvendigvis er opmærksomme på, til en del af deres referenceramme i relationen, således at de kan agere derefter.

Punkt 1.3, *Væsentlig misligholdelse*, vedrører konsekvensen af ikke at overholde Punkt 1.1-1.2 og specificerer, at det er at betragte som væsentlig misligholdelse at misligholde bestemmelserne, hvilket giver den ikke-misligholdende part ret til at ophæve kontrakten. I dansk ret er udgangspunkter, at

tilsidesættelse af loyalitetsgrundsætningen berettiger den ikke-misligholdende part til at hæve kontrakten, hvis tilsidesættelsen må betragtes som væsentlig i forhold til hele den ydelse, som skal præsteres. Derfor er bestemmelsen igen blot en udpenning af, hvad der i forvejen følger af udgangspunktet i baggrundsretten.

For så vidt angår hele bestemmelsen i Figur 11, på nær bilaget til bestemmelsen, er der således at gøre med en kontraktuel formalisering af, hvad der allerede følger af baggrundsretten. Man kunne foranlediges til at tænke, at fordi det allerede følger af baggrundsretten, kunne parterne blot lade være med at angive det i kontrakten og dermed "overlade" det til domstolene at bringe loyalitetsgrundsætningen i anvendelse i tilfælde af en tvist. At inkorporere en sådan bestemmelse vurderes dog hensigtsmæssigt ud fra en forudsætning om, at hverken ordregiver, leverandør eller deres respektive rådgivere er tilstrækkeligt opmærksomme på, at parterne er forpligtede til at agere i overensstemmelse med loyalitetsgrundsætningen, eller på retsfølgen af ikke at gøre det. Endvidere fremgår det ikke helt klart af baggrundsretten, hvor vidtgående en loyalitetsforpligtelse vil være, og udstrækningen af forpligtelsen vil altid bero på en konkret vurdering af kontraktens naturalia negotii. Står det konkretiseret i kontrakten, hvad parterne forbinder med loyal adfærd, vil en domstol dog formentlig ved en tvist indregne det mellem parterne aftalte, hvorved bestemmelsen kan få afgørende betydning for den endelige udstrækning af loyalitetsforpligtelsen, som pålægges parterne.

6.4. Delkonklusion

I nærværende kapitel er der blevet opstillet nogle forslag til konkrete tiltag, som ordregiver kan bringe i anvendelse i forbindelse med anskaffelsen af en it-udviklingsydelse. Først og fremmest er der givet nogle anbefalinger til, hvad ordregiver kan gøre inden selve afholdelse af udbuddet. I den forbindelse anbefales det, at ordregiver vælger en af de fleksible udbudsprocedurer ved anskaffelsen. Dette skyldes, at de fleksible udbudsprocedurer giver ordregiver mest fleksibilitet til at kommunikere med de potentielle leverandører i løbet af udbuddet, hvilket er det mest effektive i forbindelse med anskaffelsen af komplekse it-udviklingsleverancer. Anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer vil desuden øge sandsynligheden for, at ordregiver ender med at indgå kontrakt med den leverandør, som ordregiver har det bedste strategiske fit med og dermed er mest enig med i forhold til, hvordan kontrakten opfyldes bedst muligt.

Det anbefales endvidere, at ordregiver i kontraktens formålsbestemmelse tydeligt kommunikerer dels formålet med anskaffelsen og dels ordregivers prioritering af tid, pris og kvalitet i projektet. Dette vil medvirke til, at de potentielle leverandører fra start af får en forståelse for, hvad der skal stræbes efter i løbet af projektet, og det bliver dermed nemmere for leverandørerne at udarbejde et tilbud, som er i overensstemmelse med ordregivers behov. Endvidere vil en udførlig formålsbestemmelse i løbet af selve gennemførelsen af projektet fungere som en form for kontinuerlig rettesnor for, hvad der skal prioriteres.

Desuden bør ordregiver stræbe efter at indgå fleksible kontrakter, hvilket for eksempel kan opnås ved at indsætte en hardship-klausul i kontrakten. Udbudslovens regler om ændringer efter indgåelsen af kontrakten tillader dette. Indgås der en fleksibel kontrakt, vil en formalisering af baggrundsrettens loyalitetsforpligtelse i kontrakten i sammenhæng med en struktureret kommunikation mellem parterne bevirke, at der skabes et større samlet overskud i kontraktrelationen.

7. Konklusion

Vi indledte afhandlingen med at fremføre en formodning om, at et centralt element i at kunne etablere og fastholde et godt samarbejde i forbindelse med længerevarende it-projekter inden for det offentlige, er, at der fra projektets opstart til dets afslutning er en gensidig kommunikation mellem parterne.

Sammenfattende kan det konkluderes, at kommunikation spiller en afgørende rolle, når en offentlig ordregiver og en it-leverandør skal indgå en kontrakt om en kompleks længerevarende leverance. Vi fandt, at særligt kontrakter vedrørende specialudvikling af programmer stiller store krav til udformningen af kontrakten, da ydelsen ikke eksisterer på tidspunktet for kontraktindgåelsen, og det er derfor den type af kontrakter, som giver anledning til flest udfordringer. På den baggrund har afhandlingen taget afsæt i, at leverancen, som anskaffes af ordregiver, helt eller delvist består i specialudviklet programmer. Det kunne desuden konkluderes, at der ofte tages udgangspunkt i K02 ved anskaffelser af specialudviklet programmer, hvorfor det har været naturligt at inddrage K02 i analysen, da vi således i mangel af egentlig empirisk materiale har haft en krog i virkeligheden.

En væsentlig del af den juridiske analyse bestod i at fastlægge den retlige ramme for indgåelse af denne type kontrakter. Der har derfor været et naturligt fokus på udbudsretten, da en offentlig ordregivers aftalefrihed er begrænset af udbudslovens regler. Sammenfattende konkluderes det, at til trods for, at ordregiver begrænses af udbudslovens bestemmelser, så har ordregiver handlerum. Ordregiver kan fx anvende en af de fleksible udbudsprocedurer til sin anskaffelse. Endvidere kan det konkluderes, at reglerne for ordregivers muligheder for at foretage efterfølgende ændringer af kontrakten rummer fleksibilitet. Navnlig skaber undtagelsesbestemmelserne i udbudslovens §§ 180-183 fleksibilitet.

En anden væsentlig del af analysen bestod i at udlede ordregivers forpligtelser af baggrundsretten og K02 i relation til at kommunikere om forhold, som påvirker kontraktens indgåelse eller opfyldelse. Her spiller loyalitetsgrundsætningen en fremtrædende rolle. Særligt synes underretningspligten at have væsentlig betydning for parternes forpligtelser til at kommunikere både inden kontraktindgåelsen og i kontraktens løbetid. Til trods for, at der er sparsom retspraksis på it-området, er det vores vurdering, at loyalitetsforpligtelsen har en vid udstrækning i et it-udviklingsprojekt, som naturligt indebærer et tæt samarbejde mellem parterne. Desuden synes det at være en udvikling, som tager til.

På baggrund af den økonomiske analyse, som indtager et adfærds- og kontraktøkonomisk perspektiv, konkluderes det, at kommunikation både før og efter kontraktindgåelse spiller en essentiel rolle i værdiskabelsen i kontraktrelationen. Når parterne kan kommunikere frit inden kontraktindgåelsen, skaber de fælles mål og opnår en fælles forståelse for, hvordan disse skal opnås. Samtidig tillader det parterne at udveksle viden inden for hver deres respektive kernefaglighed. Med andre ord kan parterne derved udnytte deres komplementære ressourcer til at skabe et bedre kontraktgrundlag. De økonomiske teorier synes at underbygge vigtigheden af kommunikation både før og efter kontraktindgåelsen, da dette leder til flere fleksible kontrakter, som har et højere payoff end de rigide under forudsætning af, at der er fri kommunikation mellem parterne.

Vi fandt endvidere, at hvis parterne inkorporerer en kontraktuel loyalitets- og kommunikationspligt i kontrakten, vil dette lede til en mere efficient håndtering af efterfølgende omstændigheder.

Det konkluderes desuden, at den loyalitets- og kommunikationspligt, som den økonomiske teori foreskriver, i høj grad allerede synes at være gældende i medfør af loyalitetsgrundsætningen. Det er imidlertid vores vurdering, at loyalitets- og kommunikationspligten alligevel bør ekspliciteres i kontraktgrundlaget, da parterne kun justere deres referencepunkter, hvis de er opmærksomme på deres egne og hinandens forpligtelser. I relation hertil har vi afslutningsvis udarbejdet nogle konkrete tiltag, som en ordregiver kan anvende med henblik på at indfri potentialet ved kommunikation.

Litteraturliste

Bøger

Andersen, B. & Lookofsky, J. (2015) *Lærebog i obligationsret I: Ydelsen og beføjelsen*, Karnov Group.

Andersen, L. L. (2018) *§ 36: Fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*, Ex Tuto Publishing.

Andersen, L. L. og Madsen, P. B. (2006) *Aftaler og mellemænd*, 5. udgave, Forlaget Thomson.

Andersen M. B. (2017), *Grundlæggende aftaleret*, 4. udgave, Gjellerup.

Dragsted, N., Horsfeldt O., Langemark, J. og Sørensen, C. (2008). *KO2 med kommentarer*.

Eide, Erling og Stavang, Endre (2008). *Rettsøkonomi*. Cappelen Akademisk Forlag.

Hagel-Sørensen, K. (red.) (2016) *Aktuel udbudsret II*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hansen, O. & Ulfbeck, V. (2014) *Lærebog i Aftaleret*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hørlyck, E. (1996). *Tilvirkningskøbet*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Kahneman, Daniel. (2011) *Thinking, fast and slow*. Macmillan.

Knudsen, C. (1997) *Økonomisk metodologi bind 2 - Virksomhedsteori og industriøkonomi*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Knudsen, Christian (2011). *Økonomisk psykologi – adfærdsøkonomiske perspektiver på virksomhedens organisering, økonomiske grænser og identitet*. Samfundslitteratur.

Kruse, A. V. m.fl., (2009) *Købsretten*, 4. udgave, Thomson Reuters.

Nørager-Nielsen, J. (1987) *Edb kontrakter*, Gads Forlag.

Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2017) *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Udsen, H. (2019) *IT-ret*, Ex Tuto Publishing.

von Eyben, E. W. (1991) *Juridisk Grundbind*, bind 1, 5. udgave.

Ølykke, G. S. & Nielsen, R. (2017) *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Artikler

Barberis, Nicholas C. (2013) "*Thirty Years of Prospect Theory in Economics: A Review and Assessment*". Journal of Economic Perspectives.

Bernoulli, Daniel. (1954). "*Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk*". *Econometrica*.

Berger-Walliser, Gerlinde & Østergaard (red.). (2012) "*The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Proactive Law Movement*". Djøf Forlag.

Charness, G. Brandts, J & Ellman, M. (2014) "*Let's talk: How communication affects contract design*". Journal of the European Economic Association.

Coase, R. H. (1937) "*The Nature of the Firm*". *Economica*.

Dyer, J. H. & Singh, H. (1998) "*The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*". *Academy of Management Review*.

Frydlinger, David & Hart, Oliver (2019), "*Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*". Harvard University.

Hart, O. & Moore, J. (2008). "*Contracts as Reference Points*". *Quarterly Journal of Economics*.

Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019). "*Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*" i *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 27(3), 116-130.

Matteo, Larry A. (2010) "*Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*". *American Business Law Journal*.

Milgrom, P. & Roberts, J. (1992) "*Economics, Organization and Management*". Pearson Education.

Petersen, B og Østergaard, K. (2020) "*The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*". *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*.

Petersen, B. & Østergaard, K. (2018). "*Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*". *Journal of Business & Industrial Marketing*.

Rabin, M. (1998) "*Psychology and Economics*". University of California of Berkeley, *Journal of Economic Literature*.

Østergaard, K. (2017) "*Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret*", *Juristen* nr. 2.

Østergaard, K. (2016) "*Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*," i Jul Clausen, N., Dahlberg Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red.), "*Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Stem Schamburg-Müller*", 1. udgave. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Østergaard, K. (2014) "*Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*" *Retfærd* 37 (3/149)

Østergaard, K. (2003) "*Metode på cand.merc.jur studiet*". Julebog

Øvrige publikationer

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning (2014).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2013). Vejledning til Kontraktændringer.

God it-skik 2011, (2011).

IACCM (2011). 2011 Top Terms in Negotiation.

Udbudsportalen (2016) Udbud - trin for trin vejledning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (2016). Vejledning til udbudsloven.

Kromann Reumert og Software Improvement Group (2020) Kodekvalitet i IT-kontrakter

Regulering

Udbudsloven: Lov nr. 1564 af 15/12/2015 om udbud

Aftaleloven: Lov nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, som senest er ændret ved lov nr. 1565 af 15. december 2015.

Danske Lov: Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

Forslag til udbudsloven: Lovforslag nr. L 19/2015

KO2: Kontrakt om levering og vedligeholdelse af et it-system (Standardkontrakt for længerevarende it-projekter).

Ophavsretsloven: Lov nr. 202 af 27. februar 2010 om ophavsret, som senest er ændret ved lov nr. 741 af 25. juni 2014

Virksomhedsoverdragelsen: Lov nr. 111 af 21. marts 1979 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, som er ændret ved lov nr. 441 af 7. juni 2001

Udbudsdirektivet: Direktiv 2014/24/EU Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Databeskyttelsesforordningen: Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

Kommissionens forslag til udbudsdirektivet: Dok. 11266/12 af 14. juni 2012

Retspraksis

Grindgut-dommen: Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen. Dommen er i skrivende stund anket til næste instans. (bilag 1)

Brunata Danfoss-dommen: UfR 2007.3027 H Højesterets dom af 7. september 2007 i sag 156/2005 (2. afd.), Brunata Skovgaard A/S mod Danfoss A/S, Salg Danmark.

Konfektionsvirksomheden: UfR 1985.334/2 U.1985.334/2 Vestre Landsrets dom af 20. februar 1985 i sag I 424/1982, Fabrikant Tage Vanggaard (adv. Niels Fisch-Thomsen) mod Kontor-Automation A/S og NP Datacenter APS (adv. Vilhelm Falktoft).

Hjemmesider

<https://itb.dk/tema/branchen-i-tal/omsaetning/>

<https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2020/05/Bedre-udbud-giver-bedre-tilbud>

<https://digst.dk/media/12625/kodeks-for-godt-kundeleverandsamarbejde-i-staten.pdf>.

<https://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2012/regeringen-lukker-omstridtpolsag-projekt>

<https://cxomagasinet.dk/23-2020/digitalisering-indeholder-noglen-til-bedre-velfaerd-og-hojere-tillid>

<http://magasin.samdata.dk/10-af-de-stoerste-it-skandaler/>

<https://www.computerworld.dk/art/42248/soederberg-aergrer-sig-over-maersks-it-problemer>

<https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/nationalregnskab-og-offentlige-finanser/aarligt-nationalregnskab/bnp>

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>

<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/>

<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k01-standardkontrakt-for-kortvarige-it-projekter/>

<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k02-standardkontrakt-for-laengerevarende-it-projekter/>

<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k03-standardkontrakt-for-agile-it-projekter/>

<https://cxomagasinet.dk/15-2018/fremtidens-velfaerd-kraever-nye-loesninger>

<https://itb.dk/tema/branchen-i-tal/omsaetning/>

<https://www.danskindustri.dk/arkiv/analyser/2020/5/coronakrise-satter-digitalisering-hojt-pa-dagsordenen/>

<https://finans.dk/tech/ECE12180023/coronakrisen-var-en-tryktest-af-dansk-digitalisering-nu-skal-det-omsaettes-til-ny-eksportsucces/?ctxref=ext>

<http://hdr.undp.org/en/content/2019-human-development-index-ranking>

<https://arbejderen.dk/indland/l%C3%A6ger-retter-skarp-kritik-af-sundhedsplatformen>

<https://www.folkeskolen.dk/901509/laerer-om-aula-mange-mindre-fejl-som-tilsammen-giver-store-problemer>

<https://www.dr.dk/nyheder/penge/overblik-sejler-afloeseren-skandaleramt-it-system-samme-vej>

<https://www.computerworld.dk/art/246877/endnu-en-ekstra-regning-paa-vej-for-problemramt-offentligt-it-system-justitsminister-skal-komme-med-en-forklaring>

<https://bedreudbud.dk/sites/bedreudbud.dk/files/media/documents/kapitler/Kapitel%207%20-%20Vejledning.pdf>

<https://www.horten.dk/nyhedsliste/2020/februar/den-norske-stat-skal-betale-180-mio-kr-til-ibm>

<https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/>

https://www.jurainfo.dk/interessant-dom-om-uretmaessig-ophaevelse-af-it-kontrakt/?fbclid=IwAR1j4TsQH1Oyk_BWHObpgok33jfnldkyRgY8_GKzneGzvk5hNjrlCzwloQ0

<https://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2012/regeringen-lukker-omstridt-polsag-projekt>

<http://magasin.samdata.dk/10-af-de-stoerste-it-skandaler/>

<https://www.computerworld.dk/art/42248/soederberg-aergrer-sig-over-maersks-it-problemer>