

HORTEN



IT-KONTRAKTER – HVORDAN HÅNDTERES BEHOVET FOR FLEKSIBILITET I PRAKSIS?

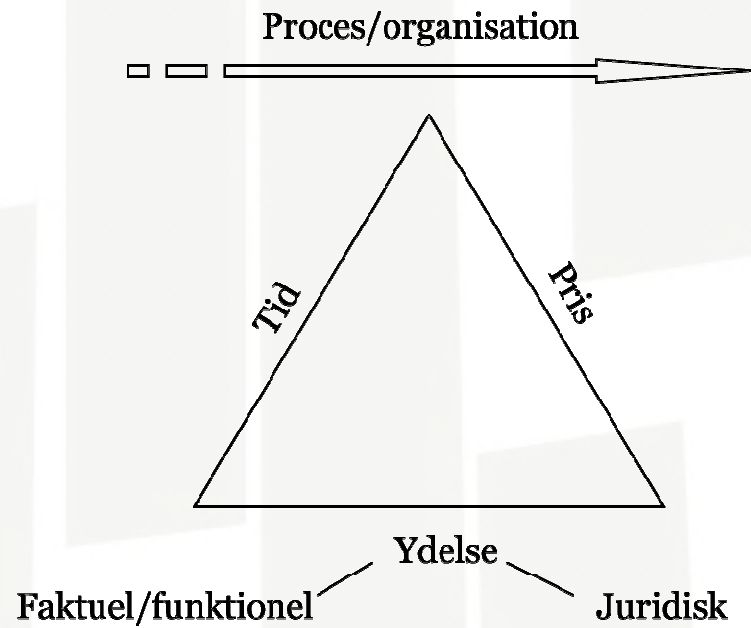
Mads Nygaard Madsen, advokat og partner, certificeret IT-advokat, certificeret juridisk ekspert i IT-tvister

22. september 2015

DISPOSITION

- Ydelsesbeskrivelsen (kravspecifikationen/leverancebeskrivelsen) i K-kontrakterne (K01, K02 og K03)
- Den obligationsretlige baggrundsret vedrørende ændringshåndtering
- Ændringshåndtering i K-kontrakterne

IT-KONTRAKTERS BASALE ELEMENTER



SOFTWAREUDVIKLINGSPARADIGMER

- Vandfaldsmodellen
 - Softwareudviklingsmetodik, hvor softwareudviklingen betragtes som konstant flydende nedad (som et vandfald) gennem faserne kravspecifikation, design, implementering, afprøvning/fejlfinding, integration og vedligeholdelse
 - Eksempler på kontraktskabeloner baseret på vandfaldsmodellen: K01 og K02
- Agile modeller
 - Softwareudviklingsmetodik, hvor vægten ligger på løbende at levere værdi til kunden gennem iterativ udvikling
 - Eksempel på kontraktskabelon baseret på agil udviklingsmodel: K03

YDELSESBESKRIVELSEN I K01

- Bilag 2: Kravspecifikation
 - Definition på kravspecifikation: "Den af kunden udarbejdede kravspecifikation med indarbejdede ændringer og tilføjelser, der følger af leverandørens tilbud."
 - Tekst fra vejledningen til K01 (s. 25) (mine fremhævelser):

"Kravspecifikationen er **det centrale bilag** i kontrakten, der **beskriver kravene** til det it-system, der skal leveres. I forbindelse med EU-udbud har kunden fremlagt kravspecifikationen som en del af udbudsmaterialet. I det omfang det accepteres af kunden, kan leverandøren i sit tilbud foretage ændringer i kravspecifikationen, således, at der sikres et match mellem de krav, der stilles, og det system leverandøren ønsker at levere. Leverandørens forslag til ændringer vil herefter inden for tildelingskriterierne indgå som del af kundens vurdering af de afgivne tilbud.

Kravspecifikationen skal indeholde alle kundens krav til systemet. Hvis kunden ønsker integration til sit nuværende it-miljø, skal dette tydeligt fremgå af kravspecifikationen. Kunden skal ved specificeringen af sit it-miljø være opmærksom på, at alle relevante elementer tydeligt specificeres, således at leverandøren har et tilstrækkeligt præcist grundlag at udarbejde sit tilbud på."
- (Visse faktuelle krav til ydelsen følger af andre bilag end bilag 2)
- Centrale kontraktbestemmelser, der illustrerer kravspecifikationens betydning:
 - Punkt 2.1 ("Systemet"):

"Leverandøren skal levere det udstyr og programmel samt den dokumentation, der er specificeret i bilag 4. Systemet og dets enkelte dele skal besidde de egenskaber og opfylde de krav, der fremgår af nærværende kontrakt, navnlig af bilag 2."
 - Punkt 12.1 ("Overtagelsesprøve"), 1. afsnit, 1. punktum:

"Formålet med overtagelsesprøven er primært at konstatere, om den aftalte funktionalitet er til stede."
 - Punkt 15.1 ("Generel garanti"), 1. afsnit:

"Leverandøren garanterer, at de i bilag 4 og 5 specificerede leverancer opfylder alle de i nærværende kontrakt stillede krav."

YDELSESBESKRIVELSEN I K02

- Bilag 3: Leverancebeskrivelse
 - Definition på Leverancebeskrivelse: "Kravspecifikation og Løsningsbeskrivelse"
 - Definition på Kravspecifikation: "De af Kunden udarbejdede krav i bilag 3 til Leverancen med de af Leverandøren indarbejdede ændringer og tilføjelser"
 - Definition på Løsningsbeskrivelse: "Leverandørens beskrivelse af, hvorledes Leverandøren opfylder Kundens Kravspecifikation"
- (Visse faktuelle krav til ydelsen følger af andre bilag)
- Centrale kontraktbestemmelser, der illustrerer Leverancebeskrivelsens betydning:
 - Punkt 3.1 ("Generelt"), 1. afsnit:
"Leverandøren skal levere de ydelser, der er beskrevet i Leverancebeskrivelsen (bilag 3), herunder bestilte Optioner."
 - Punkt 8.5 ("Overtagelsesprøve"), 1. afsnit, 1. punktum:
"Formålet med overtagelsesprøven er at konstatere, om den aftalte funktionalitet for Leverancen og Dokumentation som helhed opfylder Kontraktens krav."
 - Punkt 17.1 ("Generel garanti"):
"Under forudsætning af, at eventuelle krav til Kundens it-miljø er opfyldt, jf. punkt 4, samt at Kunden yder den aftalte medvirken, jf. punkt 5.4, garanterer Leverandøren, at Leverancen, vedligeholdelse og eventuel Drift opfylder alle de i Kontrakten stillede krav og God it-skik. (...) Leverandøren garanterer, at udstyr og Programmel opfylder de krav til funktion, kapacitet, arkitektur, sikkerhed, grænseflader og integration, som fremgår af Leverancebeskrivelsen (bilag 3) samt Kontrakten i øvrigt."

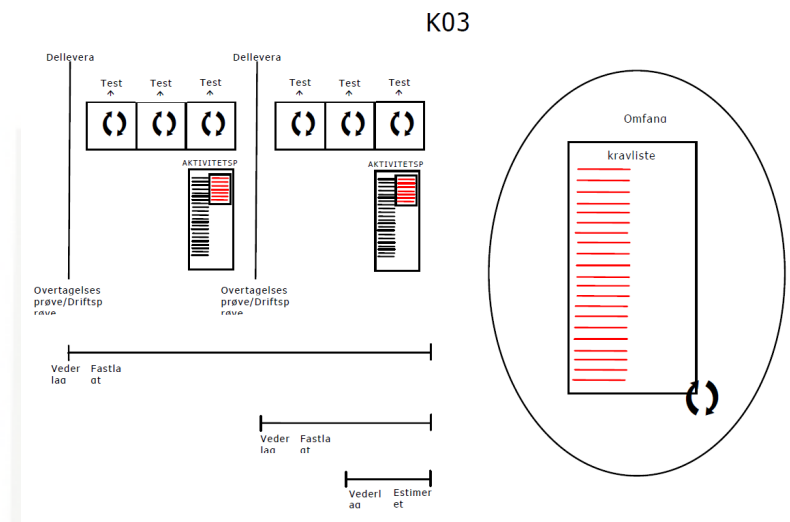
YDELSESBESKRIVELSEN I K03

- Bilag 3: Leverancebeskrivelse, underinddelt i:
 - Bilag 3a: Kundens Behovsopgørelse:
 - Bilag 3a.i.: Kundens Forretningsmæssige Mål og Behov
 - Bilag 3a.ii.: Kundens Kravliste
 - Bilag 3b: Leverandørens Overordnede Løsningsbeskrivelse
- (Visse faktuelle krav til ydelsen følger af andre bilag)
- Kundens Forretningsmæssige Mål og Behov:
 - Tekst fra vejledningen til bilag 3 (mine fremhævelser):

”Kunden har udarbejdet en business case forud for Projektets start med udgangspunkt i Statens Business Case-model og Projekt Initierings Dokumentet (PID). På baggrund af de i PID og business casen oplyste formål, har Kunden i bilag 3a.i angivet, hvad der er **Projektets overordnede Forretningsmæssige Mål og Behov**. Disse Forretningsmæssige Mål og Behov **er i Kravlisten brudt ned i en række behovsorienterede krav**. Leverandøren skal på baggrund af de Forretningsmæssige Mål og Behov samt Kravlisten i forbindelse med tilbudsafgivelsen udarbejde en Overordnet Løsningsbeskrivelse, der på et overordnet plan beskriver, hvorledes Leverandøren vil opfylde Kundens krav ved levering af en **Leverance der er egnet til at understøtte Kundens Forretningsmæssige Mål og Behov**. Kundens Forretningsmæssige Mål og Behov danner endvidere udgangspunkt for Kundens løbende vurdering af, hvorvidt gevinstrealiseringen forløber som planlagt og dermed om Kunden opnår value for money.”
- Krav inddelt i:
 - Absolutte Krav: ”Krav (funktionelle og non-funktionelle) angivet i Kundens Kravliste (Bilag 3a.ii) som Kunden har angivet som uundværlige for opfyldelsen af Kundens Forretningsmæssige Mål og Behov.”
 - Øvrige Krav: ”Krav (funktionelle og non-funktionelle) angivet i Kundens Kravliste (Bilag 3a.ii) som ikke udgør Absolutte Krav.”

YDELSESBESKRIVELSEN I K03 (FORTSAT)

- Kravlisten nedbrydes (gøres mere detaljeret) undervejs i projektet
 - Figur og tekst fra vejledningen til K03, s. 18 (mine fremhævelser):



”I hver iteration tager parterne således en **delmængde af kravlistens krav** (illustreret med rød markering) og nedbryder og analyserer, hvorefter den egentlige udvikling gennemføres. Det forudsættes, at kravene i kravlisten er overordnet beskrevet, jf. vejledningens punkt 5.6. **Ved den konkrete udmøntning af kravene, herunder ved gennemførelse af agile tilpasninger**, jf. vejledningens punkt 5.9, i de enkelte iterationer **vil kravlisten derfor kunne ændre sig indenfor kontraktens definerede omfang.**

En iteration kan typisk omfatte faserne; **i) analyse og design, ii) udvikling, iii) gennemførelse af interne test og iii) evaluering og planlægning af næste iteration.**”

YDELSESBESKRIVELSEN I K03 (FORTSAT)

- Centrale kontraktbestemmelser, der illustrerer Leverancebeskrivelsens betydning:
 - Punkt 3.2.2 ("Leverancer") (mine fremhævelser):

"Leverandøren skal levere ydelser, der besidder de egenskaber og opfylder de krav, der fremgår af Kontrakten, herunder navnlig Leverancebeskrivelsen (Bilag 3) samt de ændringer der aftales undervejs, jf. punkt 6. Ydelserne skal være **egnet til at understøtte Kundens Forretningsmæssige Mål og Behov**. Leverede ydelser omfatter også bestilte Optioner, jf. punkt 14.

Leverandøren skal levere aftalte leverancer i form af testede og af Kunden godkendte Delleverancer. Hver Delleverance omfatter de af en eller flere gennemførte Iterationer omfattede leverancer, som opfylder et eller flere af Kundens krav. Det nærmere indhold af de enkelte Delleverancer, herunder hvilke dele af Leverancen der skal tilvejebringes i de pågældende Delleverancer og eventuelle Afhængigheder mellem disse, er specificeret i Bilag 3.

Leverandøren er forpligtet til **som minimum** at levere sådanne leverancer, der **opfylder** de krav i Kravlisten (Bilag 3a.ii), som er angivet som **Absolutte Krav**, og skal **bestræbe sig på at levere så mange af de Øvrige Krav som muligt**. Kunden kan således **ikke nægte at godkende en prøve med henvisning til manglende opfyldelse af Øvrige Krav**.

(...)"

ÆNDRINGSHÅNDTERING – DEN OBLIGATIONSRETTLIGE BAGGRUNDSRET

- Generelt obligationsretligt udgangspunkt: En part kan ikke ensidigt kræve ændringer i en allerede indgået aftale, når en sådan ændringsret ikke fremgår af aftalegrundlaget mellem parterne
- Udgangspunktet gælder næppe ubetinget for IT-aftaler:
 - Begundelser:
 - Kunden har e.o. et reelt behov for at kunne kræve ændringer af ydelsen
 - Værdispildsbetragtninger
 - Forudsætnings synspunkt
 - Leverandørens loyalitetspligt
 - Kutyme/branchesædvane
 - (Indfortolkning i kontrakten)
 - Hensynet til leverandøren kan varetages via følgende principper:
 - Kun ændringsret, hvis den af kunden ønskede ændring kan ske uden væsentlige gener for leverandøren
 - Leverandøren berettiget til ekstrabetaling for eventuelt merarbejde, der kan henføres til den af kunden ønskede ændring
 - Leverandøren også berettiget til rimelig tilpasning af tidsplan og øvrige vilkår (f.eks. servicemål) i anledning af ændringen
 - Derfor antages følgende i dele af den juridiske litteratur:
 - Kunden har – noget afhængig af den konkrete IT-aftales karakter og den konkrete ændrings karakter – en ret til at kræve ændring af *realydelsen*, når ændringen ikke påfører leverandøren væsentlige gener, men leverandøren har ved kundens udnyttelse af ændringsretten ret til at kræve betaling for ekstraarbejde samt rimelige tilpasninger af tidsplan og øvrige leverancevilkår
 - Leverandøren har som udgangspunkt ikke nogen ret til at kræve ændringer af realydelsen
- De udfyldende regler kan fraviges i aftalen.
- I praksis indeholder de fleste IT-kontrakter, herunder K-kontrakterne, eksplicit regulering af ændringshåndtering.

ÆNDRINGSHÅNDTERINGSKLAUSULER - REGULERINGSTEMAER

- Pligt til at gennemføre (acceptere) ændringer?
- Vederlag for ændringer
 - For arbejdet med at lave konkret løsningsforslag
 - For gennemførelse af selve ændringen
- Andre konsekvenser af ændringen, f.eks. tidsplanforskydninger
- Proceskrav
 - Hvor hurtigt et konkret ændringsforslag med konsekvensbeskrivelser skal udarbejdes
 - Adgang til indsigt/tredjepartsvurdering?
- Bagatelregel?

GENERELT OM ÆNDRINGSHÅNDBTERING I K-KONTRAKTERNE

- Ret for kunden til at kræve ændringer undervejs i projektet på nærmere angivne vilkår
- Relativt detaljeret regulering af processen for ændringshåndtering
- Kunden har risikoen for, at projektet bliver dyrere som følge af ændringerne
 - Denne risiko er i K01/K02 søgt begrænset via udtrædelsesadgang i forbindelse med afklaringsfase
 - I K03 er risikoen søgt begrænset via udtrædelsesadgang for kunden under hele projektets løbetid
- (Kontrakterne rummer også mulighed for specifikation af optioner, men optioner giver typisk ikke den type fleksibilitet, der er behov for i forbindelse med IT-leverancer.)

ÆNDRINGSHÅNDTERING I K01

- Reguleret i kontraktens punkt 5
- Centrale elementer:
 - Leverandøren skal uden ugrundet ophold efter modtagelse af kundens ændringsanmodning udarbejde estimat over vederlag, der påregnes forbundet med udarbejdelse af løsningsforslag.
 - Sker i henhold til timepriser.
 - Hvis løsningsforslaget accepteres, bortfalder vederlaget for udarbejdelse af løsningsforslaget
 - Leverandøren skal uden ugrundet ophold og senest 10 arbejdsdage efter kundens godkendelse af estimatet fremsende løsningsforslag.
 - Mindsteindhold til løsningsforslaget er beskrevet i bilag 12.
 - Ved uoverensstemmelse om konsekvenserne af en ændring:
 - Kunden har ret til fornøden indsigt i grundlaget for løsningsforslaget
 - Ved prisberegningsmodeller og lignende erhvervshemmeligheder kan leverandøren forlange, at gennemgangen foretages af en uvildig tredjemand, som er underlagt tavshedspligt
 - Såfremt leverandøren i løsningsforslaget påviser, at ændringsanmodningen af tekniske eller væsentlige funktionsmæssige hensyn ikke kan gennemføres, kan denne nægte at efterkomme en ændringsanmodning.
 - (For så vidt angår ændringsanmodninger fra leverandøren: I tilfælde, hvor det er nødvendigt for at undgå væsentlige tab for leverandøren, er kunden forpligtet til at acceptere ændringer, der kun i ubetydelig grad påvirker kundens nytte af systemet, og som ikke påfører kunden yderligere omkostninger eller tab.)

ÆNDRINGSHÅNDBTERING I K02

- Reguleret i kontraktens punkt 6
- Reguleringen minder meget om den fra K01, om end der er visse forskelle

ÆNDRINGSHÅNDTERING I K03

- Sondring mellem Agile Tilpasninger og Egentlige Ændringer:
 - Agile Tilpasninger:
 - Punkt 6.2:

”Ved Agile Tilpasninger skal i Kontrakten forstås de ændringer, der foretages ved brug af den Agile Metode som beskrevet i punkt 5, jf. Bilag 7, og som ligger inden for rammerne af Leverancens Omfang, jf. punkt 3.1.

Agile Tilpasninger foretages som et led i Leverancens udvikling på daglig basis og kan være initieret af begge Parter.

Som Agile Tilpasninger anses følgende former for ændringer:

 - Kundens ændrede prioritering af Øvrige Krav i Kundens Kravliste (Bilag 3a.ii)
 - Tilføjelse samt fravalg af Øvrige Krav i Kundens Kravliste (Bilag 3a.ii)
 - Kundens ændrede prioritering af opfyldelse af krav (inklusive Absolutte Krav) i en Iteration samt fravalg af opfyldelse af krav i Iterationen
 - Kundens overførelse af Øvrige krav fra opfyldelse i en Delleverance til opfyldelse i en anden
 - Ændring af tids- og vederlagsestimater for de enkelte Iterationer, jf. punkt 5.1.2.”
 - Egentlige Ændringer: Ændringer, der ikke er Agile Tilpasninger
 - Eksempler:
 - Udvidelser af Leverancens Omfang
 - Tilføjelse af Absolut Krav
 - Ændret prioritering af et Absolut Krav til Øvrigt Krav eller omvendt
 - Ændringshåndteringsproceduren vedrørende Egentlige Ændringer er beskrevet i punkt 6.3 og minder en del om ændringshåndteringsproceduren under K01 og K02 (der er dog forskelle).

PROFIL | MADN NYGAARD MADSEN

Mads Nygaard Madsen er specialiseret i IT-ret og er en af Danmarks førende advokater inden for dette område. Hans rådgivning dækker alle områder af IT-retten, herunder outsourcing, systemanskaffelsesaftaler og softwarelicensforhold. Han rådgiver en bred vifte af danske og internationale klienter – såvel udbydere af IT-ydelser som kunder, der efterspørger sådanne ydelser.



**Mads Nygaard
Madsen**

Partner

Dir: +45 33344157

Mob: +45 52344157

E-mail: mnm@horten.dk

Karriere

Certificeret juridisk ekspert i IT-tvister, 2013

Certificeret IT-advokat, 2010

Partner, Horten, 2006

Advokatbeskikkelse, 2002

Advokatfuldmægtig, Horten, 2000

Advokatfuldmægtig, Lund-Nielsen & Kønig, 1999

Uddannelse

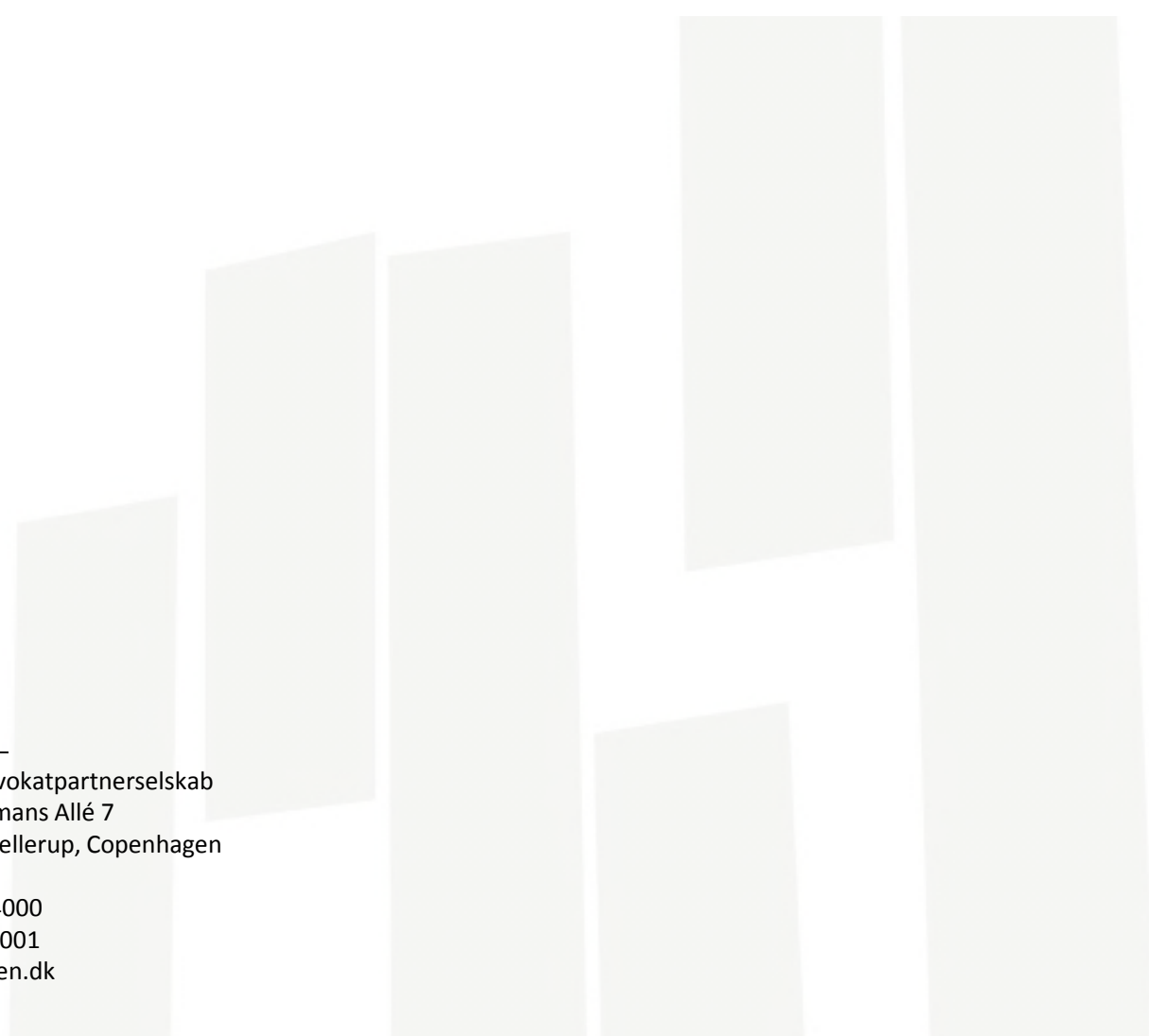
Cand.jur., Københavns Universitet, 1999

Master of Arts (Economics), Boston University,
Boston, USA, 1997

HA(dat.), Copenhagen Business School, 1994

Specialer

IT-ret



Horten Advokatpartnerselskab
Philip Heymans Allé 7
DK-2900 Hellerup, Copenhagen

Tel. 3334 4000
Fax 3334 4001
info@horten.dk

HORTEN

horten.dk