

K E N D E L S E

PDC A/S  
(advokat Jon Lauritzen, København)

mod

Region Hovedstaden  
(business manager Claus Gulholm-Hansen Krüger, Rambøll)

Biintervenient:  
Silkeborg Data A/S  
(advokat Thomas Grønkær, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 147-304423 af 1. august 2017 udbød Region Hovedstaden som udbud med forhandling efter udbudsloven en kontrakt om anskaffelse af system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring som en service. Tildelingskriteriet var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Kvalitet” (30 %), ”Metode og proces” (25 %), ”Pris” (20 %), ”Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål” (15 %) og ”Kontraktlige vilkår” (10 %). Værdien var anslået til 120 mio. kr. Kontraktens varighed var 6 år med mulighed for forlængelse i 2 gange 1 år.

Regionen prækvalificerede fire virksomheder, men modtog kun tilbud fra Silkeborg Data A/S (herefter Silkeborg Data) med Allocate Software Limited som underleverandør og fra PDC A/S (herefter PDC). Der blev gennemført forhandlinger med begge tilbudsgivere.

Regionen besluttede den 31. maj 2018 at tildele kontrakten til Silkeborg Data med Allocate Software Limited som underleverandør. Kontrakten blev indgået den 21. juni 2018, og bekendtgørelse om den indgåede kontrakt blev offentliggjort den 23. juni 2018.

Den 20. november 2019 indgik regionen kontrakttillæg 2.0 ”Anmodning om fortsat brug af vagtplanssoftwaren Tjenestetid” til kontrakten af 21. juni 2018 mellem regionen og Silkeborg Data. Silkeborg Data var leverandør af Region Hovedstadens tidligere system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring med PDC som underleverandør. Som underleverandør til Silkeborg Data leverede PDC selve it-systemet, Tjenestetid 2012. Kontrakten udløb den 31. december 2019, og kontrakttillægget bekræfter en aftale mellem regionen og Silkeborg Data om at forlænge regionens ret til at anvende Tjenestetid, indtil det nye it-system er fuldt implementeret, dog senest til udgangen af februar 2021.

Den 7. februar 2020 indgav PDC klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden. PDC fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Klagenævnet har besluttet ikke at træffe afgørelse om opsættende virkning, men i stedet straks afgøre sagen. Parterne har herefter haft lejlighed til at komme med afsluttende processkrifter.

PDC har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 178 har ændret grundlæggende elementer i den offentlige kontrakt om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring som en service indgået den 21. juni 2018 mellem Region Hovedstaden og Silkeborg Data uden at gennemføre en ny udbudsprocedure.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal erklære kontrakten mellem Region Hovedstaden og Silkeborg Data for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

### Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge Region Hovedstaden en økonomisk sanktion for den del af kontrakten mellem Region Hovedstaden og Silkeborg Data, der allerede er gennemført, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 2, nr. 3.

Region Hovedstaden har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 7. februar 2020 meddelt Region Hovedstadens kontraktpart, Silkeborg Data, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Silkeborg Data har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 14. februar 2020 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Silkeborg Data intervenerer i sagen til støtte for Region Hovedstaden.

### Sagens nærmere omstændigheder

Region Hovedstaden har oplyst, at regionen i 2016 foretog en analyse for at afklare, hvordan den eksisterende samlede kontrakt om løn- og vagtplanssystem leveret som en service skulle genudbydes i forbindelse med kontraktophør ved udgangen af 2019, når optionen på forlængelse var opbrugt. Den eksisterende kontrakt var indgået med Silkeborg Data med PDC som underleverandør og indeholdt systemet Tjenestetid til vagtplanlægning.

Analysen mandede ud i en beslutning om at gennemføre to separate udbud – et udbud af et system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring (vagtplanssystem) og et senere udbud af lønsystemet. Begge kontrakter omfatter levering af systemerne som en service, hvilket indebærer, at leverandøren stiller systemet til rådighed for Region Hovedstaden som en tidsbegrænset tjenesteydelse – en slags ”it-abonnementstjeneste”. Efter kontraktudløb ophører tjenesteydelsen, og regionen vil derfor ikke længere kunne benytte systemet.

Af udbudsbetingelserne fremgår:

” ...

12. Tildelingskriterium og evaluering af tilbud

Tildeling af Kontrakten vil ske til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet på grundlag af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” indeholder følgende underkriterier med følgende vægtning:

- Kvalitet (30 %)
- Metode og proces (25 %)
- Pris (20 %)
- Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål (15 %)
- Kontraktlige vilkår (10 %)

Mindstekrav indgår ikke i vurderingen.

...

Ved vurderingen af underkriteriet ”Metode og proces” lægges vægt på:

- I hvilket omfang og med hvilket indhold det angivne i bilag 2 (Hovedtidsplan og detaljeret tidsplan) imødekommer Kundens forventning til datoer for ibrugtagningsprøve, dato for start af planlægning og Ibrugtagningsdagen, idet det vægtes negativt, hvis tilbudsgiver udsætter de pågældende datoer. Ved vurderingen indgår også, hvorvidt tidsplanerne vurderes at udgøre et realistisk og sammenhængende forløb, der tager højde for relevante risici og er egnet til at sikre en rettidig, struktureret og fejlfri udførelse af aktiviteter og levering af de af Kontrakten omfattede Etableringsydelser, der er nødvendige for at overtage ansvaret for de af Kontrakten omfattede Services.

...

#### 14.2 Formkrav til det endelige tilbud

I forhold til det endelige tilbud bedes tilbudsgiver være opmærksom på følgende:

- ...
- Eventuelle forbehold overfor Kontrakten foretages ved, at tilbudsgiveren (med respekt for overholdelse af grundlæggende elementer og mindstekravene nævnt i punkt 14.4) angiver, hvilke konkrete formuleringer, som tilbudsgiveren vil indgå Kontrakten eller bilaget på. Sådanne konkrete formuleringer bedes skrevet ind i Kontrakten eller det konkrete bilag med ændringsmarkeringer (”Track Changes” eller lignende).
- ...

...

#### 14.4 Mindstekrav og forbehold i det endelige tilbud

Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes og overholdes, idet fravigelser herfra ikke accepteres. Der kan således ikke tages forbehold over for krav, der er gjort til mindstekrav.

Tilbudsgiver skal respektere følgende mindstekrav ved afgivelse af endeligt tilbud:

- Kontrakten er et mindstekrav i sin helhed, og tilbudsgiver kan ikke tage forbehold over for Kontrakten – bortset fra følgende specifikke bestemmelser i Kontrakten, der ikke er mindstekrav:
  - Kontraktens pkt. 37.2 (Bod ved forsinkelse)
  - Kontraktens pkt. 38.2 (Afhjælpning)
  - Kontraktens pkt. 38.4 (Tab som følge af mangelfuldt eller fejlbehæftet datagrundlag)
  - Kontraktens pkt. 40 (Kundens forhold)
  - Kontraktens pkt. 41 (Opgørelse ved ophævelse)
  - Kontraktens pkt. 42 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelse)
  - Kontraktens pkt. 43 (Rettigheder)
  - Kontraktens pkt. 52 (Forhold ved ophør)
- ...

...

Ovenstående er mindstekrav, og skal overholdes, og tilbudsgiver kan ikke tage forbehold for disse.

Såfremt mindstekravene ikke er opfyldt, anses det endelige tilbud for ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil ikke indgå i tilbudsvurderingen.

Region Hovedstaden betragter således mindstekravene som grundlæggende elementer i udbuddet. Dette udelukker ikke, at også andre elementer i udbuddet kan være grundlæggende elementer.

...”

I den indledende vejledning til kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring som en service er det gentaget, at kontrakten i sin helhed er et mindstekrav, bortset fra de specifikke punkter, som er nævnt ovenfor i udbudsbetingelsernes pkt. 14.4.

Af kontrakten fremgår i øvrigt:

”...

### 3. Definitioner

...

Ved *Ibrugtagningsdag* forstås det i bilag 2 fastsatte tidspunkt for ibrugtagning af Systemet, som er den 1. januar 2020, forudsat at Leverandøren består og Kunden godkender Ibrugtagningsprøven.

Ved *Ibrugtagningsprøve* forstås den prøve for Systemet, der skal gennemføres forud for Ibrugtagningsdagen med henblik på at konstatere, om de omfattede Etableringsydelser og Services opfylder kravene til funktionalitet, datakonvertering, snitflader, integrationer mv. som beskrevet i Leverancebeskrivelsen. Ibrugtagningsprøven skal således dokumentere, at Systemet er klar til ibrugtagning hos Kunden i overensstemmelse med Kontraktens krav.

...

Ved *System* forstås det i bilag 1 specificerede System, som Kunden erhverver en tidsbegrænset, ikke-eksklusiv brugsret til som en Service i overensstemmelse med Kontrakten.

...

## 9 Tidsplan

### 9.1 Hovedtidsplan og detaljeret tidsplan

Leverandøren er ansvarlig for den rettidige levering af de af Kontrakten omfattede Etableringsydelser og Services.

Leverandørens levering af Etableringsydelser og Services sker i overensstemmelse med de milepæle, der fremgår af hovedtidsplanen og den detaljerede tidsplan, jf. bilag 2.

Med et begrundet skriftligt varsel på mindst 10 Arbejdsdage kan hver af parterne udskyde enhver frist i hovedtidsplanen og/eller den detaljerede tidsplan.

Leverandørens samlede udskydelse af frister i hovedtidsplanen og/eller den detaljerede tidsplan kan ikke overstige 30 Arbejdsdage. Der kan dog ikke ske udskydelse af den i bilag 2 fastsatte Ibrugtagningsdag for Systemet.

Kundens samlede udskydelse kan ikke overstige 30 Arbejdsdage.

...

## 11. Ibrugtagning og overtagelse

Systemet eller dele heraf ibrugtages løbende i overensstemmelse med hovedtidsplanen og den detaljerede tidsplan i bilag 2.

Systemet tages i fuld brug af Kunden fra Ibrugtagningsdagen, der indleder Driftsfasen.

Systemet er dog først overtaget af Kunden ved Kundens godkendelse af Funktionsprøven, og Leverandøren bærer risikoen for Etableringsydelsens rettidige og kontraktmæssige levering indtil dette tidspunkt.

...

## 36. Forsinkelse

### 36.1 Definition

Forsinkelse foreligger, såfremt en eller flere af følgende milepæle ikke gennemføres rettidigt, og dette skyldes forhold, Leverandøren er ansvarlig for:

- Det aftalte tidspunkt for Kundens godkendelse af Ibrugtagningsprøven
- Det aftalte tidspunkt for Kundens godkendelse af Funktionsprøven for Systemet
- Det aftalte tidspunkt for Kundens godkendelse af Driftsprøven
- En aftalt tidsplan for gennemførelse af en ændring

...

### 36.2 Bod ved forsinkelse

Ved forsinkelse betaler Leverandøren en dagbod, der beregnes som angivet nedenfor:

Bodsudløsende forsinkelse	Bod
Det aftalte tidspunkt for Kundens godkendelse af Ibrugtagningsprøven for Systemet	0,5 % pr. Arbejdsdag af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet  Max 15 % af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet

<b>Bodsudløsende forsinkelse</b>	<b>Bod</b>
Det aftalte tidspunkt for Kundens godkendelse af Funktionsprøven for Systemet	0,5 % pr. Arbejdsdag af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet  Max 10 % af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet
Det aftalte tidspunkt for Kundens godkendelse af Driftsprøven for Systemet	0,5 % pr. Arbejdsdag af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet  Max 6 % af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet
<b>Maksimal bod for alle bodsudløsende forhold i alt</b>	Max 25 % af det fulde årlige Servicevederlag for Systemet

...

### 36.3 Kundens ret til ophævelse

I tilfælde af forsinkelse i forhold til en aftalt milepæl med mere end 30 Arbejdsdage er Kunden berettiget til at hæve Kontrakten helt eller delvist.

...

### 36.4 Revideret hovedtidsplan

Ved væsentlig forsinkelse bevarer Kunden sine misligholdelsesbeføjelser, herunder retten til ophævelse, indtil Kunden har accepteret en af Leverandøren udarbejdet revideret hovedtidsplan.

Kundens forpligtelse til betaling af vederlag, der er knyttet til forsinkede milepæle, udskydes samtidig, således at betalingsforpligtelsen knyttes til aftalte milepæle i den reviderede hovedtidsplan.

Kundens godkendelse af en revideret tidsplan fratager ikke Kunden andre misligholdelsesbeføjelser udover retten til ophævelse af Kontrakten på grund af forsinkelse, der ligger forud for Kundens godkendelse.

...

## 48. Kontraktændringer og kontraktstyring

Ændringer i Kontrakten kan kun ske med Kundens og Leverandørens skriftlige samtykke.

...”

I bilag 4 ”Afprøvning” til kontrakten fremgår:



”...  
 Vejledning  
 ...

Bilaget indeholder både brødtekst og mindstekrav.

For mindstekrav gælder, at de skal opfyldes. Opfyldes et mindstekrav ikke, betragtes tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt og vil som følge heraf blive afvist. Mindstekrav er angivet i bokse og mærket med ”Mindstekrav” [”Mindstekrav” skrevet med rødt].

...

#### 2.4 Betinget godkendelse

Kunden er berettiget til at godkende en prøve på betingelse af, at Leverandøren foretager afhjælpning af de konstaterede Fejl og Mangler.

Det skal tydeligt fremgå, at der er tale om en betinget godkendelse.

...

### 3. Ibrugtagningsprøve

#### **Mindstekrav**

Der skal gennemføres en Ibrugtagningsprøve forud for Ibrugtagningsdagen.

...

Ibrugtagningsprøven skal være bestået forud for Ibrugtagningsdagen.

...”

Efter at have modtaget tilbud gennemførte Region Hovedstaden forhandlingsrunder med tilbudsgiverne. Af referaterne fra forhandlingerne med PDC fremgår:

Første forhandlingsmøde den 3. januar 2018:

”...  
 Metode og proces

- Implementering

...

- Hvordan kan sikkerheden for en vellykket implementering øges?:

...

Tilbudsgiver ønskede en afklaring af, om der ønskes en big-bang-løsning (ren cut-over) eller ej. Ordregiver oplyste, at der ønskes en ren cut-over-løsning.

...  
...”

Andet forhandlingsmøde den 18. marts 2018:

”...  
Præcisering vedr. implementering: Ordregivers ønske om at være i senest i drift på et fastlagt tidspunkt, udelukker hverken tidsforskudt indløb eller efterfølgende uddannelse efter ibrugtagning  
...”

PDC udarbejdede et internt referat fra det andet forhandlingsmøde. Af det interne referat fremgår:

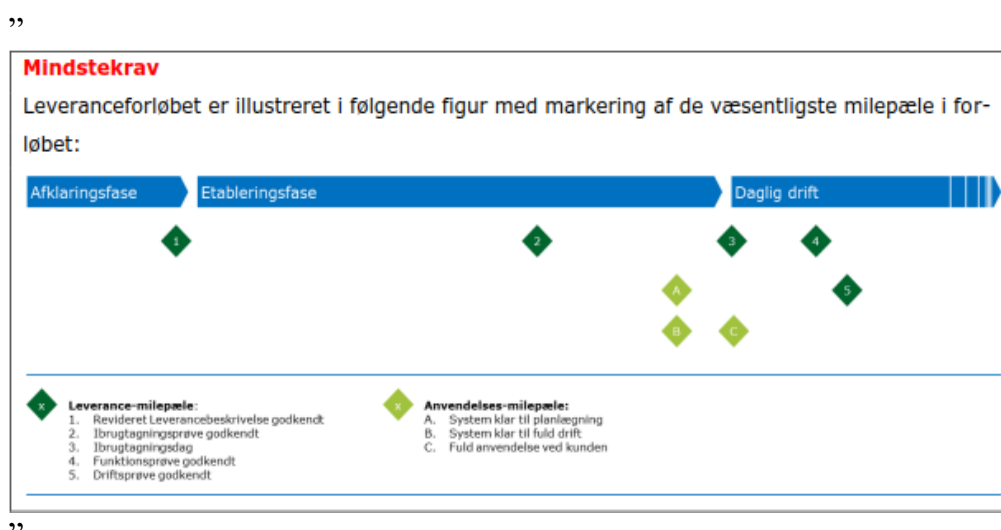
”...  
Det er ikke nødvendigvis big-bang. Vi skal bare være i drift 1.1.2020, men må godt implementere successiv.  
...”

De har ikke noget imod at køre successiv implementering, så længe at det gøres inden 1/1 2020  
...”

Som nævnt blev kontrakten tildelt Silkeborg Data med Allocate Software Limited som underleverandør den 31. maj 2019. Allocate Software Limited leverer it-systemet Optima til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring.

I underretningen om tildelingen redegjorde Region Hovedstaden for de relevante grunde for beslutningen. Delkriterierne til de enkelte underkriterier til tildelingskriteriet blev gennemgået. I forhold til underkriteriet ”Kvalitet” var fastsat følgende delkriterium: ”I hvilket omfang og med hvilket indhold den tilbudte funktionalitet understøtter Kundens processer, vurderet på baggrund af de nedenfor angivne krav, idet der lægges særlig vægt på, hvorvidt og i hvilket omfang de specifikke funktionsbeskrivelser formål og overordnede krav opfyldes, samt hvorvidt funktionaliteten er til stede på henholdsvis tilbudstidspunktet og overtagelsestidspunktet.” Det er herefter i forhold til tilbuddene fra henholdsvis PDC og Silkeborg Data anført, hvad der har vægtet positivt og negativt.

Kontrakten blev indgået den 21. juni 2018. Ifølge kontraktens bilag 2 ”Hovedtidsplan og detaljeret tidsplan” skulle ibrugtagningsprøven gennemføres senest den 1. maj 2019. Systemet skulle være klar til planlægning pr. 1. november 2019 forud for fuld ibrugtagning. Ibrugtagningsdagen var den 1. januar 2020. Der var således afsat 1½ år til gennemførelse af afklaringsfase og implementering forud for ibrugtagningen. Tidsplanen skulle sikre, at systemet kunne tages i brug senest på tidspunktet for ophøret af den eksisterende kontrakt. Bilag 2 indeholder bl.a. følgende figur for leveranceforløbet:



Region Hovedstaden har oplyst, at der i perioden forud for ibrugtagning blev konstateret et behov for at udskyde leveranceforløbet for systemet. Dette var forårsaget af uforudsete tekniske vanskeligheder og opståede udfordringer ved systemets udvikling og tilpasning til drift i det danske sundhedsvæsen, herunder ved integration til regionens lønsystem. For en del af de funktionelle krav viste det sig desuden, at Silkeborg Data havde undervurderet systemets direkte brugbarhed i forhold til det danske ”regions-marked”. I tillæg hertil opstod der en forsinkelse som følge af tekniske udfordringer på grund af den nye ferielov og overenskomstforhandlingerne i 2018, hvor regionen først senere end forventet modtog de konkrete udmeldinger fra Danske Regioner om, hvordan de personalerelaterede forhold systemmæssigt skulle håndteres.

Ifølge kontrakttilægget ”Anmodning om fortsat brug af vagtplanssoftwaren Tjenestetid” til kontrakten af 21. juni 2018 vil Region Hovedstaden fortsat

kunne anvende PDC's system, Tjenestetid 2012, til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring, indtil det nye system, Optima, er fuldt implementeret, dog senest til udgangen af februar 2021. Det er indledningsvist i kontrakttilægget anført, at der ikke i øvrigt er taget stilling til ansvaret for det hidtidige implementeringsforløb under kontrakten.

Der blev afholdt et møde mellem Region Hovedstaden og PDC den 20. november 2019. Af referatet fra mødet fremgår:

”...

Agenda: Drøftelse af Region H's fortsatte brug af Tjenestetid efter 1/1 2020

...

1. PDC er overraskede over, at SD [Silkeborg Data] forventer at fortsætte med at stille Tjenestetid til rådighed for Regionen efter den 31.12.2019, hvor Regionens aftale om Tjenestetid udløber.
2. PDC har orienteret SD om, at de ikke har ret til at stille Tjenestetid til rådighed for Regionen efter 31/12 2019, da SD's ret til salg og markedsføring af PDC's produkter er opsagt. Anvendelse hos Regionen efter denne dato vil være en krænkelse af PDC's rettigheder.
3. PDC har mulighed for at hoste PDC Vagtplan (svarende til Tjenestetid) for Regionen med kort varsel, forudsat at Regionen har taget en backup af databasen, som PDC kan anvende.
4. PDC vil gerne have belyst hvilken information Regionen har fået fra SD omkring fortsat brug af Tjenestetid efter 31/12 2019. Hvor når er det besluttet at fortsætte og hvilken information har SD givet Regionen omkring SDs ret til fortsat at råde over PDCs produkt?

Ad 4) [...] vil undersøge dette nærmere, og vende tilbage med yderligere information, men oplyste at det var Regionens forventning at anvende Tjenestetid frem til 31/12 2020 og SD havde oplyst at det om nødvendigt kunne anvendes frem til 28/2 2021.

[...] meddelte, at RegH ikke ønsker at blive indblandet i en konflikt som bør løses mellem SD og PDC, og spurgte om PDC i den anledning vil umuliggøre Regionens fortsatte brug af Tjenestetid. [...] oplyste, at PDC vil understøtte Regionen ved at holde sig beredt til at hoste løsningen, baseret på en backup af databasen. [...] gjorde klart, at det er et stort arbejde at tage backup af databasen og bad PDC om eksplicit at meddele

Regionen når det findes særlig relevant at tage backup, hvilket PDC indvilligede i.  
...”

PDC har oplyst, at der verserer en voldgiftssag mellem PDC og Silkeborg Data om, at Silkeborg Data ikke har været berettiget til at stille Tjenestetid 2012 til rådighed for Region Hovedstaden.

I forbindelse med besvarelse af en anmodning om aktindsigt fra PDC oplyste Region Hovedstaden den 27. januar 2020 bl.a., at ”Optima er indtil videre taget i brug i en afdeling, med henblik på ibrugtagning i resten af regionen i løbet af 2020, og ibrugtagningsprøve er p.t. igangværende.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

PDC har gjort gældende, at Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 178 ved uden fornyet udbud at ændre grundlæggende elementer i kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring ved at acceptere, 1) at Silkeborg Data har udskudt den fastsatte ibrugtagningsdag for systemet, 2) at Silkeborg Datas samlede udskydelse af frister overstiger 30 arbejdsdage, 3) at der ikke er gennemført en ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen, og 4) at der er indgået tillægsaftale af 20. november 2019 om at anvendes Tjenestetid 2012, indtil det nye system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring, Optima, er fuldt ud implementeret. Både hver for sig og samlet udgør forholdene ændring af grundlæggende elementer i kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring, og de kan ikke gennemføres uden fornyet udbud. Der er derfor tale om ulovlig direkte tildeling.

Det følger af kontraktens pkt. 9.1, at ”Leverandørens samlede udskydelse af frister i hovedtidsplanen og/eller den detaljerede tidsplan kan ikke overstige 30 Arbejdsdage. Der kan dog ikke ske udskydelse af den i bilag 2 fastsatte Ibrugtagningsdag for systemet.” Videre følger det af kontraktens pkt. 11, at ”Systemet tages fuldt i brug af Kunden fra Ibrugtagningsdagen, der indleder driftsfasen.” Kontrakten er et mindstekrav i sin helhed, jf. vejledningen til

kontrakten og udbudsbetingelsernes pkt. 14.2 og 14.4. Alle mindstekrav betragtes efter udbudsbetingelserne som grundlæggende elementer, og det er også tilfældet efter de almindelige udbudsretlige principper.

Kravene til ibrugtagningdagen, kontraktens bestemmelse om den samlede udskydelse af tidsplanen og kontraktens bilag 2 udgør i henhold til Region Hovedstadens egne angivelse grundlæggende elementer, der ikke kan ændres i, under eller efter udbudsprocessen.

### *Udskydelse af ibrugtagningdagen*

Ibrugtagningdagen for systemet var ifølge kontraktens bilag 2 den 1. januar 2020. Silkeborg Data har således ikke opfyldt kravet i kontrakten om, at Region Hovedstaden skulle kunne tage systemet i brug den 1. januar 2020. Region Hovedstadens accept af, at Silkeborg Data har udskudt ibrugtagningdagen til efter den 1. januar 2020, udgør en ændring af et grundlæggende element, allerede fordi Region Hovedstaden bestemte under udbuddet, at alle mindstekrav – heriblandt datoen for ibrugtagning – blev anset som grundlæggende elementer.

Det følger af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, at en ændring altid anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når ”ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”. Bestemmelsen er udtryk for, at ændringer, der forrykker grundlaget for konkurrencen under det forudgående udbud, altid er grundlæggende.

PDC har under udbudsprocessen stillet spørgsmål til datoen for ibrugtagning af systemet under begge forhandlingsmøder med Region Hovedstaden, idet PDC var af den opfattelse, at tidsplanen for implementering af systemet var presset. Det fremgår af referatet fra første forhandlingsmøde, at ”Tilbudsgiver ønskede en afklaring af, om der ønskes en big-bang-løsning (ren cut-over) eller ej. Ordregiver oplyste, at der ønskes en ren cut-over-løsning”. Ved ”ren cut-over” forstås, om datoen for ibrugtagning er fast, eller om leverandøren har mulighed for at implementere systemet løbende. Dertil svarede Region Hovedstaden, at det ikke var muligt at implementere systemet løbende, idet datoen for ibrugtagning af systemet var fast.

I forbindelse med andet forhandlingsmøde spurgte PDC også Region Hovedstaden om muligheden for løbende at implementere systemet. I modsætning til første forhandlingsmøde svarede Region Hovedstaden, at leverandøren havde mulighed for at implementere systemet løbende, når blot systemet var i drift den 1. januar 2020. PDC forstod Region Hovedstadens svar således, at det var muligt at implementere systemet løbende frem til datoen for ibrugtagning, når blot systemet var i fuld drift den 1. januar 2020. Dette understøttes af PDC's interne referat fra det andet forhandlingsmøde. Regionen ændrede ikke tidsplanen i udbudsmaterialet på baggrund af det andet forhandlingsmøde.

At ændringen af ibrugtagningsdagen har forrykket grundlaget for konkurrencen under det forudgående udbud og dermed udgør en ændring af et grundlæggende element understøttes af, at Region Hovedstaden ikke ville ændre den fastsatte dato for ibrugtagning under udbuddet, selv om PDC påpegede den pressede tidsplan på begge forhandlingsmøder med regionen. Tidsplanen har haft betydning for PDC's prissætning i tilbuddet, idet virksomheden kunne have reduceret omkostningerne til udvikling af systemet betydeligt, hvis udviklingsperioden havde været længere end frem til den 1. januar 2020.

Det kan ikke udelukkes, at ændringen ved, at ibrugtagningsdagen kunne udskydes til efter den 1. januar 2020, ville have tiltrukket yderligere deltagere under udbuddet.

#### *Samlet udskydelse af frister*

Ibrugtagningsprøven skulle ifølge kontraktens bilag 2 gennemføres senest 1. maj 2019. Region Hovedstaden har den 27. januar 2020 oplyst, at ibrugtagningsprøve vedrørende ibrugtagning af systemet er igangværende i én afdeling hos regionen. Silkeborg Data har således udskudt datoen for ibrugtagningsprøven med væsentligt mere end 30 arbejdsdage. PDC har en formodning om, at udskydelsen af ibrugtagningsprøven skyldes, at Allocate Software Limited ikke er færdig med at udvikle systemet.

Regionen Hovedstadens accept af, at Silkeborg Data har udskudt datoen for ibrugtagningsprøven med mere end 30 arbejdsdage, udgør en ændring af et grundlæggende element, allerede fordi Region Hovedstaden bestemte under udbuddet, at alle mindstekrav – heriblandt mindstekravet om udskydelse af tidsfristen – blev anset som grundlæggende elementer.

### *Manglende gennemførelse af ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen*

Efter bilag 4 "Afprøvning" til kontrakt var det et mindstekrav, at der skulle gennemføres en ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen. Region Hovedstaden har oplyst, at systemet er taget i brug i én afdeling i regionen, og at ibrugtagningsprøven vedrørende denne afdeling er igangværende. Region Hovedstaden har således i strid med mindstekravet i bilag 4 til kontrakten taget systemet i brug i én afdeling uden at gennemføre en ibrugtagningsprøve. Den manglende gennemførelse af ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen udgør en ændring af et grundlæggende element, allerede fordi Region Hovedstaden bestemte under udbuddet, at alle mindstekrav – heriblandt mindstekravet om gennemførelse af ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen – blev anset for grundlæggende elementer.

### *Tillægsaftale om anvendelse af Tjenestetid 2012*

Ifølge udbudslovens § 144, stk. 3, skal de konkrete dele af tjenesteydelserne udføres af den enhed, som tilbudsgiveren baserer sig på. Silkeborg Data har baseret sig på Allocate Software Limiteds tekniske og faglige formåen. Systemet til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring skal således leveres af Allocate Software Limited.

Region Hovedstaden og Silkeborg Data har indgået tillægsaftale af 20. november 2019 om anvendelse af Tjenestetid 2012, indtil Optima er fuldt implementeret. Ved at have indgået tillægsaftalen har Region Hovedstaden foretaget væsentlige ændringer af kontrakten, idet de konkrete dele af tjenesteydelserne herved ikke leveres af Allocate Software Limited, som Silkeborg Data har baseret sig på. PDC har ikke samtykket til, at Silkeborg Data kan anvende Tjenestetid 2012 til brug for tillægsaftalen med regionen.

Kontraktændringer, der forrykker grundlaget for konkurrencen under det forudgående udbud, anses altid som grundlæggende. Dette er navnlig tilfældet, når ændringen ville have haft indflydelse på udbudsprocedurens udfald, hvis denne var en del af den oprindelige procedure.

Region Hovedstaden har ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Kvalitet" under udbuddet lagt vægt på, i hvilket omfang og med



hvilket indhold den tilbudte funktionalitet understøtter Region Hovedstadens processer vurderet på baggrund af en række krav i kravspecifikationen. Regionen har lagt særligt vægt på, om og i hvilket omfang de specifikke funktionsbeskrivelser formål og overordnede krav opfyldes, og om funktionaliteten var til stede på henholdsvis tilbudstidspunktet og overtagelsestidspunktet. Nogle af de tekniske funktioner, som regionen har lagt positiv vægt på ved vurderingen af Optima, indeholder Tjenestetid 2012 ikke. En del af Optimas generelle funktioner vil først kunne opnås med Tjenestetid 2012 efter udvikling heraf. Silkeborg Datas tilbud ville som følge heraf have opnået en ringere bedømmelse, hvis Silkeborg Data havde tilbudt Tjenestetid 2012 fremfor Optima.

Tjenestetid 2012 understøtter ikke de fastsatte krav til it-arkitektur og informationssikkerhed, som Region Hovedstaden lagde vægt på ved evalueringen. Regionen anvender Tjenestetid 2012, der f.eks. ikke tager højde for Persondataforordningen. I medfør af tillægsaftalen anvender Region Hovedstaden således et it-system, indtil Optima er fuldt ud implementeret, der ikke indeholder de tekniske funktioner, som Region Hovedstaden har lagt særlig positiv vægt på ved vurderingen af Optima, ligesom Tjenestetid ikke lever op til de fastsatte krav til it-arkitektur og informationssikkerhed, som Region Hovedstaden fastsatte. Det er derfor overvejende sandsynligt, at Silkeborg Data ikke var blevet tildelt kontrakten, hvis Silkeborg Data havde budt med Tjenestetid 2012 som it-system og ikke Optima. Regionens indgåelse af tillægsaftale om anvendelse af Tjenestetid 2012 udgør derfor en væsentlig ændring af kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring, idet ændringen har forrykket konkurrencen mellem deltagerne under det forudgående udbud i strid med udbudslovens § 2.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionen ikke har foretaget en ulovlig direkte tildeling ved at ændre på grundlæggende elementer i den indgåede kontrakt.

*Udskydelse af ibrugtagningsdagen, samlet udskydelse af frister og manglende gennemførelse af ibrugtagningsprøven forud for ibrugtagningsdagen*

Det følger af kontraktens bilag 2, at ibrugtagningsdagen som udgangspunkt var den 1. januar 2020. Efter kontraktens definition af ibrugtagningsdagen kan denne potentielt rykkes, idet det er en forudsætning, at ibrugtagningsprøven er bestået: ”Ved Ibrugtagningsdag forstås det i bilag 2 fastsatte tidspunkt

for ibrugtagning af Systemet, som er den 1. januar 2020, forudsat at Leverandøren består og Kunden godkender Ibrugtagningsprøven". Kontrakten understøtter således muligheden for en eventuel senere ibrugtagningsdag, idet det for Region Hovedstaden er væsentligt, at ibrugtagningsprøven dokumenterer, at systemet er klar til ibrugtagning i overensstemmelse med kontraktens krav. Reguleringen er helt sædvanlig for it-kontrakter, og ibrugtagningsprøvens formål er at betrygge regionen i, at systemet er parat til ibrugtagning. Denne forståelse af kontrakten fremgår eksplicit af kontraktens bilag 4 "Afpøvning", hvor det som et mindstekrav er anført: "Der skal gennemføres en Ibrugtagningsprøve forud for Ibrugtagningsdagen". Ibrugtagningsdatoen den 1. januar 2020 udgør således hverken et mindstekrav i udbudsmaterialet eller et grundlæggende element.

Det følger i øvrigt af udbudsbetingelserne, idet det af beskrivelsen af underkriteriet "Metode og proces" var anført, at datoen for ibrugtagning var et konkurrenceparameter. Det fremgår således, at der ved vurderingen af underkriteriet "Metode og proces" lægges vægt på, hvis tilbuddet "imødekommer Kundens forventning til datoer for ibrugtagningsprøve, dato for start af planlægning og Ibrugtagningsdagen, idet det vægtes negativt, hvis tilbudsgiver udsætter de pågældende datoer". Det følger direkte heraf, at PDC kunne have afgivet et konditionsmæssigt tilbud, selv om ibrugtagningsdagen var blevet tilbudt til en senere dato end den 1. januar 2020.

Datoen for gennemførelse af ibrugtagningsprøven udgør heller ikke et mindstekrav, og der er ikke tale om grundlæggende elementer i kontrakten. Region Hovedstaden har angivet sine mindstekrav i det samlede udbudsmateriale ved angivelse af "mindstekrav" anført med rød tekst, ligesom regionen i pkt. 14.4 i udbudsbetingelserne konkret har angivet, hvor de pågældende mindstekrav findes. Det eneste mindstekrav til hovedtidsplanen og den detaljerede tidsplan i kontraktens bilag 2 var således, at kontraktens leveranceforløb skulle følges i den forstand, at tilbudsgiverne skulle acceptere kontraktens prøveregime og deraf følgende milepæle. De angivne datoer i hovedtidsplanen er alene udtryk for Region Hovedstadens ønsker til implementeringen med henblik på at sikre, at systemet senest kunne ibrugtages på det tidspunkt, hvor den eksisterende kontrakt udløb. Der er derfor ikke udbudsretligt belæg for, at datoen for gennemførelse af ibrugtagningsprøven udgjorde et mindstekrav i udbudsprocessen. Udskydelsen af ibrugtagningsprøven og dermed ibrugtagningsdagen udgør herefter ikke grundlæggende elementer, der ikke kan ændres i, under eller efter udbudsprocessen.

Kontraktens pkt. 9.1 ”Hovedtidsplan og detaljeret tidsplan” indeholder en kontraktregulering, der tillægger hver af kontraktens parter en – uanset årsag – ensidig og ubetinget ret til at forskyde (udskyde) tidsplanen i op til 30 dage. Udskydelsesretten er på den måde en kontraktfastsat ret for en kontraktpart til ensidigt at udskyde tidsplanen uden at misligholde kontrakten, og bestemmelsen er udtryk for en helt sædvanlig regulering i it-kontrakter, herunder også i statens standardkontrakter på it-området. Kontraktens bestemmelser om udskydelse kan ikke fortolkes til at være en udtømmende regulering af mulighederne for at ændre tidsplanen, idet kontraktens almindelige ændringshåndteringsmekanisme derudover også kan anvendes til parternes gensidige aftaler om eventuelle ændringsbehov, herunder behov for at foretage justeringer i tidsplanen. Kontrakten indeholder således også en særskilt regulering af leverandørens forsinkelse, jf. kontraktens pkt. 36, der angiver en sædvanlig regulering af kundens beføjelser i tilfælde af opstået forsinkelse. Bestemmelsen begrænser kundens ret til at ophæve kontrakten ved leverandørens forsinkelse og giver i øvrigt en særlig ret til at acceptere en revideret hovedtidsplan. Region Hovedstaden er berettiget til at ophæve kontrakten ved forsinkelse på mere end 30 arbejdsdage (ud over udnyttelse af udskydelsesretten), men der består ingen forpligtelse hertil. En hel eller delvis ophævelse af en kontrakt af en så kritisk og kompleks natur som den pågældende kontrakt er dog ikke en mulighed, en ordregiver typisk vil ty til uden forsøg på at afhjælpe misligholdelsen først.

Der er herefter ikke grundlag for PDC’s antagelse om, at bestemmelsen om udskydelse udtømmende gør op med alle muligheder for justeringer af tidsplanen, og at enhver forskydning af tidsplanen ud over 30 arbejdsdage dermed må anses for en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Der er derfor heller ikke sket en væsentlig ændring af kontrakten, allerede fordi ibrugtagningdagen er forskudt mere end den regulerede udskydelsesadgang. En sådan fortolkning af kontraktens bestemmelser om udskydelsesretten ville i givet fald betyde, at en ordregiver altid ville have pligt til at ophæve kontrakten i det øjeblik, der opstår en forsinkelse i leveranceforløbet.

Udskydelsen af ibrugtagningdagen skyldes uforudsete udfordringer for Allocate Software Limited med at levere delsystemet Optima, der er vagtplansløsningen i kontrakten med Silkeborg Data. Optima viste sig at være mere vanskelig og kompleks at gennemføre end forventet. Behovet for udskydelsen var hovedsageligt forårsaget af uforudsete tekniske vanskeligheder og

opståede udfordringer ved vagtplansløsningens tilpasning til drift i det danske sundhedsvæsen, herunder ved integration til Region Hovedstadens lønsystem, der var tvingende nødvendigt for at sikre, at omkring 70.000 af regionens medarbejdere ville kunne blive korrekt aflønnet i forhold til gennemførte vagter. Der er således en nær sammenhæng mellem arbejdstidstilrettelæggelsessystemet, der blandt andet håndterer vagtplanlægning, og regionens lønsystem. For en del af de funktionelle krav havde Silkeborg Data desuden undervurderet systemets direkte brugbarhed i forhold til det danske "regionsmarked".

I tillæg hertil opstod der yderligere teknisk kompleksitet med forsinkelse til følge som afledte effekter af den nye ferielov og overenskomstforhandlingerne i 2018, hvor Region Hovedstaden først senere end forventet modtog de konkrete udmeldinger fra Danske Regioner om, hvordan de personalerelaterede forhold skulle håndteres teknisk og systemmæssigt.

Der var ikke i udbudsprocessen indikationer på, at de fastsatte datoer i tidsplanen forhindrede tilbudsgiverne, herunder PDC, i at deltage i udbuddet og afgive tilbud, og der er derfor ikke grundlag for at antage, at udskydelsen af ibrugtagningsdagen potentielt kunne have tiltrukket yderligere deltagere under udbuddet, hvor der i tidsplanen var afsat tilstrækkelig tid (1 ½ år) til at gennemføre afklaringsfasen og implementeringen af systemet. Tidsplanen indgik i drøftelserne under forhandlingerne, men ingen af tilbudsgiverne gav regionen det indtryk, at tidsplanen ikke ville holde, eller at tidsplanen var leverancemæssigt umulig for leverandørerne. Det var således uforudset for regionen ved kontraktindgåelsen, at det ikke ville være muligt at implementere Optima i tide.

Både tilbuddet fra Silkeborg Data og tilbuddet fra PDC indeholdt store udviklingsopgaver forbundet med løsningen, for at den kunne operationaliseres konkret i det danske sundhedsvæsen. Udviklingsopgaver er altid forbundet med risici, og disse risici kunne lige så vel være opstået for PDC. Markedet for vagtplanssystemer, der kan opfylde regionens behov, er begrænset til ganske få aktører, og der ville derfor heller ikke være andre deltagere, der konkret kunne have afgivet tilbud på den udbudte ydelse.

Region Hovedstaden har ikke taget systemet i brug i én afdeling uden at gennemføre en ibrugtagningsprøve. Regionen er i gang med at gennemføre ibrugtagningsprøven, der dog endnu ikke er afsluttet. Ibrugtagningsdagen er

således ikke indtrådt endnu. Det forhold, at systemet er ibrugtaget i én afdeling, er ikke udtryk for en ”fremrykning” af ibrugtagningdagen som sådan. Det fremgår således udtrykkeligt af kontraktens pkt. 11, at dele af systemet kan ibrugtages løbende i henhold til tidsplanen, men at fuld ibrugtagning først foreligger på ibrugtagningdagen – det vil sige tidspunktet for regionens godkendelse af ibrugtagningsprøven.

#### *Kontrakttillæg om anvendelse af Tjenestetid*

Da Optima ikke kunne ibrugtages hos Region Hovedstaden den 1. januar 2020 som forventet, var der udsigt til, at regionen ville stå uden arbejdstidstilrettelæggelsessystem, hvis regionen ikke fandt en anden løsning. For at kunne opretholde driften af regionens sygehuse, blev der som en midlertidig og afværgende løsning efter gensidig overenskomst indgået et kontrakttillæg med Silkeborg Data i november 2019 om levering af Tjenestetid. Kontrakttillægget er udarbejdet i overensstemmelse med kontraktens bestemmelser i pkt. 48 om kontraktændringer og kontraktstyring. Reelt er der dog tale om en delvis forlængelse af den tidligere kontrakt om løn- og vagtplansystem.

Region Hovedstadens sygehusdrift er afhængig af anvendelse af et system til arbejdstidstilrettelæggelse. Systemet sikrer således en sundhedsfaglig korrekt planlægning og allokering af vagter. Systemet sikrer desuden korrekt afregning af løn for gennemførte vagter. Fravær af et system vil i meget betydeligt omfang reducere regionens muligheder for at gennemføre en sundhedsfaglig korrekt planlægning og allokering af vagter på sygehusene. Der var derfor væsentlige almene hensyn knyttet til at sikre leveringssikkerhed på anden vis. Udsigten til at stå helt uden et arbejdstidstilrettelæggelsessystem resulterede i regionens beslutning om at finde en midlertidig løsning. Tidsmæssigt var det ikke realistisk at implementere et helt tredje system inden årsskiftet 2019/2020, og regionen havde derfor ikke noget realistisk alternativ til en fortsat anvendelse af Tjenestetid.

Region Hovedstaden måtte således acceptere, at der i den mellemliggende periode skulle anvendes et system, der ikke opfylder alle kravene i den nye kontrakt, men alternativet var at stå uden et system. Dette forhold er dog ikke det samme som, at regionen har reduceret kravene til systemet, og regionen har i kontrakttillægget fastholdt sine rettigheder til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende senere. Region Hovedstaden indgik kontrakttillægget i tiltro til, at Silkeborg Data var berettiget til at stille Tjenestetid til rådighed

for regionen i den aftalte periode. Eventuelle tvister mellem Silkeborg Data og PDC i forhold til rettigheder er regionen uvedkommende og alene en sag mellem de to tidligere samarbejdspartnere.

Silkeborg Data baserede sig ved tilbudsafgivelsen på Allocate Software Limited, og gør det fortsat. Udbudslovens § 144, stk. 3, er efter forarbejderne til bestemmelsen indført for at "sikre, at der er en realitet i samarbejdet mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den støttende enhed". Denne realitet er der stadig. Region Hovedstaden har ikke accepteret, at der permanent kan leveres et andet system fra en anden leverandør. Systemet leveres således fortsat af Silkeborg Data og med Allocate Software Limited som underleverandør som forudsat i kontrakten. Af hensyn til "forsyningsikkerheden" var det imidlertid en nødvendighed midlertidigt at acceptere fortsat brug af Tjenestetid. Det har ikke været hensigten med udbudslovens § 144, stk. 3, at forhindre sådanne tiltag af rent midlertidig karakter, og der er i det hele taget ikke tale om udskiftning af den støttende enhed. Der er ved kontrakttilægget alene tale om en midlertidig og afværgende foranstaltning for at sikre driften af regionens sygehuse.

Den midlertidige anvendelse af Tjenestetid ændrer ikke på den foretagne evaluering af tilbuddene i udbudsprocessen.

Kontrakttilægget udgør ikke en væsentlig ændring af kontrakten med Silkeborg Data. Ifølge udbudslovens § 178, der i væsentlig udstrækning er en kodificering af EU-Domstolens dom af 19. juni 2009 i sag C-454/06, Pressetext, anses en ændring af en kontrakt eller rammeaftale for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. De enkelte bestemmelser i udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4, er ikke opfyldt.

Antallet af relevante aktører på det konkrete marked er så begrænset, at den foretagne ændring ikke ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsprocessen. Alle relevante aktører deltog i udbuddet, hvor 4 blev prækvalificeret, og 2 afgav indledende tilbud.

Kontrakttilægget har heller ikke ændret ved kontraktens økonomiske balance i leverandørens favør. Da der er tale om en kontrakt om levering af en

service, har leverandøren først krav på betaling fra ibrugtagningsdagen. Vederlaget for anvendelsen af Tjenestetid fra PDC skal desuden viderebetales til PDC i kraft af den interne aftale mellem Silkeborg Data og PDC.

Kontrakttillægget medfører ikke en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde, idet Silkeborg Data fortsat skal levere det aftalte, herunder Optima fra Allocate Software Limited. Kontrakttillægget omfatter alene en midlertidig og tidsbegrænset anvendelse af Tjenestetid fra PDC som alternativ til Optima frem til udgangen af februar 2021. Leveringen af Tjenestetid indebærer således ikke en udvidelse af kontrakten, men udgør alene en alternativ løsning, der kan rummes inden for rammerne af det udbudte, og anvendelsesområdet for kontrakten er derfor uændret.

Endelig medfører kontrakttillægget ikke, at den eksisterende leverandør erstattes med en ny, idet Silkeborg Data fortsat er hovedleverandør.

Samlet set er der således ikke tale om, at kontraktens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, og der er således ikke tale om en væsentlig ændring af kontrakten.

Silkeborg Data har som biintervenient støttet Region Hovedstadens påstand og anbringender. Silkeborg Data har bl.a. uddybet årsagerne til, at det ikke var muligt at overholde ibrugtagningsdatoen den 1. januar 2020. Silkeborg Data har anført, at hovedårsagen til, at Region Hovedstaden og Silkeborg Data indgik en aftale om at forlænge anvendelsesretten til Tjenestetid og dermed udskyde ibrugtagning af systemet skyldes bl.a. en forsinket opstart af implementering af systemet på grund af overenskomstforhandlingerne i foråret 2018, som medførte, at Region Hovedstaden skulle etablere et nødberedskab for sundhedspersonalet midt i udbudsprocessen. Væsentlige aktiviteter i projektet blev således enten helt sat på standby eller forsinket i første halvår 2018. Dette medførte isoleret set udskydelser af opstart af projektet på mellem 5-6 måneder og betød i øvrigt, at Silkeborg Data måtte etablere et katastrofeberedskab hos Region Hovedstaden.

Derudover blev der kort tid før kontraktens indgåelse vedtaget ny lovgivning (ny ferielov), som har medført ganske betydelig nyudvikling. Med loven indførtes bl.a. samtidighedsferie, hvor lønmodtagere optjener og afholder ferie over samme periode. Den nye lov har bevirket en række nødvendige tilpas-

ninger i systemet, hvilket bl.a. har medført en stor udviklingsopgave for Silkeborg Data. Silkeborg Data A/S og Allocate Software Limited har således anvendt mere end 4000 mandetimer blot på denne opgave, og vedtagelsen af lovgivning gav en udskydelse i sig selv på ca. 3 måneder. Lovforslaget om den nye ferielov blev vedtaget i januar 2018, men den tekniske vejledning fra Danske Regioner "Vejledning om ferie 2020" om, hvordan de personalerelaterede forhold skulle håndteres systemmæssigt, blev først offentliggjort i december 2019.

Hertil kommer, at der under implementeringsforløbet har vist sig behov for yderligere tilpasning af standardfunktionaliteten i systemet på baggrund af, at en del af regionens medarbejdere har flere ansættelsesforhold (tilknyttet flere specialer). Endelig har der som følge af de særligt indgåede lokalaftaler på baggrund af overenskomster i regionen været beregninger på arbejdstidsregler, hvor der har været behov for yderligere tilretninger udover den tilbudte standardfunktionalitet i systemet.

### Ad påstand 2

PDC har gjort gældende, at Region Hovedstaden under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, har ændret grundlæggende elementer uden fornyet udbud ved at undlade at håndhæve kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring som en service over for Silkeborg Data og ved at indgå tillægsaftale om anvendelse af Tjenestetid 2012. Regionen har herved foretaget en ulovlig direkte tildeling.

Klagenævnet for Udbud skal derfor erklære kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring som en service for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

PDC kan med kort varsel levere Tjenestetid til arbejdstidstilrettelæggelse, indtil Optima er fuldt ibrugtaget, til en pris, der ikke overstiger tærskelværdien for EU-udbud i en begrænset mellempriode. Kontrakten bør derfor ikke først erklæres for uden virkning fra et tidspunkt, hvor Region Hovedstaden har haft realistisk mulighed for at gennemføre et genudbud og ibrugtage det herigennem valgte system, idet regionen har mulighed for at få stillet et system til arbejdstidstilrettelæggelse til rådighed, indtil et genudbud er gennemført.



Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionen ikke har ændret grundlæggende elementer, og kontrakten skal derfor ikke erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer. Selv hvis klagenævnet måtte give PDC medhold, bør kontrakten alligevel opretholdes, da væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3. Der henvises herved til det anførte under påstand 1 om nødvendigheden for Region Hovedstaden af at have et fungerende arbejdstidstilrettelæggelsessystem. Erklæres kontrakten for uden virkning, kan dette således medføre, at patienters sundhed kommer i alvorlig fare, og potentielt ville det kunne medføre dødsfald, indtil et nyt system er implementeret. Sanktionen uden virkning vil således i givet fald kunne få meget alvorlige konsekvenser for personalet og sundhedsmæssige konsekvenser for patienterne.

Selv hvis Region Hovedstaden kunne igangsætte et nyt udbud med korte frister, må der forventes en yderligere udskydelse af ibrugtagning ud over den forsinkelse, som kontrakten med Silkeborg Data er blevet ramt af. Dette vil yderligere forøge perioden, hvor regionen vil stå uden arbejdstidstilrettelæggelsessystem.

Hvis klagenævnet afgør, at kontrakten skal erklæres for uden virkning, bør kontrakten først erklæres for uden virkning fra et tidspunkt, hvor Region Hovedstaden har haft en realistisk mulighed for forinden at gennemføre et genudbud og ibrugtage det herigennem valgte system. Forberedelse og gennemførelse af genudbud og implementering af det nye system vil have en varighed af minimum 1½-2 år, og kontrakten bør derfor tidligst erklæres for uden virkning fra ultimo 2021.

### Ad påstand 3

PDC har gjort gældende, at klagenævnet under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, skal pålægge Region Hovedstaden en økonomisk sanktion for den del af kontrakten, der er gennemført, siden de væsentlige ændringer trådte i kraft, jf. klagenævnslovens § 19, stk. 2, nr. 3.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at der efter det, som er anført ad påstand 1 og 2, ikke er grundlag for at erklære kontrakten helt eller delvist for uden virkning for fremtidige leverancer. Hvis Region Hovedstaden skal pålægges en økonomisk sanktion, bør klagenævnet tage hensyn til, at det er

afgørende for regionen til enhver tid at have et arbejdstidstilrettelæggelses-system.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

PDC har til støtte for påstanden gjort gældende, at Region Hovedstaden har ændret grundlæggende elementer i kontrakten om system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring, og at ændringerne ikke kan gennemføres uden fornyet udbud. De ændrede grundlæggende elementer i kontrakten er efter PDC's vurdering, 1) at Silkeborg Data har udskudt den fastsatte ibrugtagningsdag for systemet, 2) at Silkeborg Datas samlede udskydelse af frister overstiger 30 arbejdsdage, 3) at der ikke er gennemført en ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen, og 4) at der er indgået tillægsaftale af 20. november 2019 om at anvende Tjenestetid 2012, indtil det nye system til arbejdstidstilrettelæggelse og personalestyring, Optima, er fuldt ud implementeret.

*Ad 1) Silkeborg Data har udskudt den fastsatte ibrugtagningsdag for systemet*

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 14.4, at Region Hovedstaden betragter mindstekravene som grundlæggende elementer i udbuddet. Det fremgår desuden, at kontrakten er et mindstekrav i sin helhed, bortset fra nogle nærmere opregnede bestemmelser i kontrakten.

I bilag 2 til kontrakten var ibrugtagningsdagen for systemet fastsat til den 1. januar 2020. "Ibrugtagningsdagen" er i kontrakten defineret således: "Ved Ibrugtagningsdag forstås det i bilag 2 fastsatte tidspunkt for ibrugtagning af Systemet, som er den 1. januar 2020, forudsat at Leverandøren består og Kunden godkender Ibrugtagningsprøven". Efter definitionen var den 1. januar 2020 som ibrugtagningsdag ikke undtagelsesfri, idet det var forudsat, at "Leverandøren består og Kunden godkender Ibrugtagningsprøven". At den fastsatte ibrugtagningsdag den 1. januar 2020 ikke i sig selv var et mindstekrav, støttes desuden af udbudsbetingelserne, hvor det i beskrivelsen af underkriteriet "Metode og proces" er anført, at der lægges vægt på, hvis tilbudet "imødekommer Kundens forventning til datoer for ibrugtagningsprøve,

dato for start af planlægning og Ibrugtagningsdagen, idet det vægtes negativt, hvis tilbudsgiver udsætter de pågældende datoer”.

Klagenævnet lægger herefter til grund, at den fastsatte ibrugtagningsdag den 1. januar 2020 ikke var et mindstekrav.

Det er herefter spørgsmålet, om ændringen af ibrugtagningsdagen til efter den 1. januar 2020 i øvrigt er en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Det fremgår således af udbudsbetingelsernes pkt. 14.4, at selv om der ikke er tale om et mindstekrav, udelukker det ikke, at også andre elementer i udbuddet kan være grundlæggende elementer.

Af udbudslovens § 178, stk. 2, fremgår:

”En ændring af en kontrakt eller rammeaftale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Medmindre andet følger af §§ 179-183, anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren,
- 2) kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for,
- 3) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde eller
- 4) en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindelig havde tildelt kontrakten.”

I forhold til den ændrede ibrugtagningsdag er det afgørende, om ændringen ”ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”, jf. § 178, stk. 2, nr. 1.

Region Hovedstaden prækvalificerede fire virksomheder, men modtog kun tilbud fra Silkeborg Data og PDC. Det er uoplyst, hvorfor to virksomheder valgte ikke at afgive tilbud. Herefter, da der var ca. 1 ½ år fra kontraktindgåelsen til den fastsatte ibrugtagningsdag, og da tidsplanen med bl.a. ibrugtagningdagen var et konkurrenceparameter ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriterieret ”Metode og proces” udgjorde udskydelsen af ibrugtagningdagen til efter den 1. januar 2020 ikke en ændring af et grundlæggende element i kontrakten.

### *Samlede udskydelse af frister*

I kontraktens pkt. 9.1 står bl.a.:

”Med et begrundet skriftligt varsel på mindst 10 Arbejdsdage kan hver af parterne udskyde enhver frist i hovedtidsplanen og/eller den detaljerede tidsplan.

Leverandørens samlede udskydelse af frister i hovedtidsplanen og/eller den detaljerede tidsplan kan ikke overstige 30 Arbejdsdage. Der kan dog ikke ske udskydelse af den i bilag 2 fastsatte Ibrugtagningsdag for Systemet.

Kundens samlede udskydelse kan ikke overstige 30 Arbejdsdage.”

Ifølge kontraktens bilag 2 ”Hovedtidsplan og detaljeret tidsplan” skulle ibrugtagningsprøven gennemføres senest den 1. maj 2019. Det er ubestridt, at ibrugtagningsprøven ikke blev gennemført den 1. maj 2019, og at denne for en dels vedkommende først er iværksat væsentligt mere end 30 dage efter den 1. maj 2019.

Kontraktens pkt. 9.1 indeholder en mulighed for begge kontraktens parter til med et varsel på 10 dage ensidigt at udskyde frister i tidsplanen, men bestemmelsen udelukker ikke, at parterne indgår aftale om ændring af tidsplanen, jf. bl.a. kontraktens pkt. 36.4 om forsinkelse og pkt. 48 om kontraktændringer og kontraktstyring. Pkt. 9.1 indeholder derfor ikke en udtømmende opregning af mulighederne for at udskyde fastsatte frister i tidsplanen.

Der er desuden – som anført ovenfor vedrørende ibrugtagningdagen – heller ikke grundlag for at konstatere, at datoen for ibrugtagningsprøven den 1. maj 2019 var et mindstekrav, eller at en ændring af datoen var en ændring af et grundlæggende element i kontrakten.

*Manglende gennemførelse af ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen*

I bilag 4 ”Afprøvning” til kontrakt står:

”...

3. Ibrugtagningsprøve

**Mindstekrav**

Der skal gennemføres en Ibrugtagningsprøve forud for Ibrugtagningsdagen.

...

Ibrugtagningsprøven skal være bestået forud for Ibrugtagningsdagen.

...”

Region Hovedstaden har ved behandlingen en anmodning om aktindsigt fra PDC oplyst, at Optima indtil videre er taget i brug i en afdeling med henblik på ibrugtagning i resten af regionen i løbet af 2020, og at ibrugtagningsprøve er igangværende.

Efter kontraktens pkt. 11 ibrugtages systemet eller dele heraf løbende i overensstemmelse med hovedtidsplanen og den detaljerede tidsplan i bilag 2, og systemet tages ”i fuld brug af Kunden fra Ibrugtagningsdagen, der indleder Driftsfasen”. Der er herefter ikke grundlag for at konstatere, at den omstændighed, at Optima er taget i brug i en afdeling som sket, er i strid med mindstekravet om, at der skal gennemføres en ibrugtagningsprøve forud for ibrugtagningsdagen.

*Kontraktillæg om anvendelse af Tjenestetid*

PDC har gjort gældende, at Region Hovedstaden har foretaget væsentlige ændringer af kontrakten ved at have indgået kontraktillægget af 21. juni 2018, idet de konkrete dele af tjenesteydelserne herved ikke leveres af Allocate Software Limited, som Silkeborg Data A/S har baseret sig på i relation til de konkrete dele af tjenesteydelserne, jf. udbudslovens § 144, stk. 3.

Det fremgår af udbudslovens § 144, stk. 3, at hvis en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders faglige kvalifikationer vedrørende udførelsen af konkrete

dele af tjenesteydelser, skal de konkrete dele af tjenesteydelserne udføres af den enhed, som tilbudsgiveren baserer sig på. Silkeborg Data baserede sig ved tilbudsafgivelsen på Allocate Software Limited som underleverandør af Optima, og det er den manglende færdiggørelse og implementering af Optima, som er årsagen til, at Region Hovedstaden og Silkeborg Data har indgået kontrakttillægget. Kontrakttillægget ændrer dog ikke på, at det fortsat er et krav, at de konkrete dele af tjenesteydelserne skal leveres af Allocate Software Limited. Optima vil således fortsat blive leveret til Region Hovedstaden, og Region Hovedstaden har ikke i videre omfang accepteret, at de konkrete dele af tjenesteydelserne herved ikke skal leveres af Allocate Software Limited.

Både Region Hovedstaden og Silkeborg Data har redegjort for årsagerne til, at det ikke har været muligt at overholde ibrugtagningsdagen for systemet. Som følge af udløbet af den tidligere kontrakt mellem Region Hovedstaden og Silkeborg Data med PDC som underleverandør den 31. december 2019 har regionen været nødsaget til at handle for at sikre et system til arbejdstidstilrettelæggelse. Der er efter de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at anse kontrakttillægget som en ændring, der, hvis udbudsbetingelserne havde været udformet svarende til ændringen, ville have givet mulighed for, at andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte var blevet prækvalificeret, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Klagenævnet finder heller ikke, at kontrakttillægget har ændret kontraktens økonomiske balance til Silkeborg Datas fordel, eller at tillægget har ændret på kontraktens omfang og anvendelsesområde.

Efter det anførte har kontrakttillægget ikke medført en ændring af grundlæggende elementer, som har bevirket, at kontraktens karakter er væsentlig forskellig fra den kontrakt, som blev indgået den 21. juni 2018 mellem Region Hovedstaden og Silkeborg Data.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

#### Ad påstand 2 og 3

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der ikke grundlag for at tage påstandene om uden virkning og om økonomisk sanktion til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

PDC A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Region Hovedstaden.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig