

K E N D E L S E

CGI Danmark A/S
(advokat Henriette Vorgod Degn, Aarhus)

mod

Moderniseringsstyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

Økonomistyrelsen udbød i 2009 en kontrakt om levering, drift og vedligeholdelse af et it-system til modernisering af Statens Lønssystem – HR-Løn. Økonomistyrelsen indgik kontrakt med Logica (CGI Danmark A/S).

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 80-131568 af 20. april 2012 udbød indklagede, Moderniseringsstyrelsen, en kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS). Moderniseringsstyrelsen indgik kontrakt med CSC Danmark A/S (herefter CSC).

Moderniseringsstyrelsen indrykkede den 13. maj 2015 bekendtgørelse nr. 2015/S 094-171161 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed. Styrelsen offentliggjorde, at "[p]arterne til den eksisterende kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS) er blevet enige om at indgå en tillægsaftale, hvorved HR-Løn implementeres i SLS-systemet" (herefter Tillæg 2).

Den 12. juni 2015 indgav klageren, CGI Danmark A/S (herefter CGI), klage til Klagenævnet for Udbud over Moderniseringsstyrelsen.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

CGI har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Moderniseringsstyrelsen har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 7 ved at tildele kontrakten ”Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Løn-system” med en anslået værdi på 28.912.322,50 kr. til CSC uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal erklære kontrakten for uden virkning for fremtidige leverancer i henhold til håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og pålægge Moderniseringsstyrelsen en økonomisk sanktion i medfør af håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal i medfør af håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 2, og § 19 pålægge Moderniseringsstyrelsen en økonomisk sanktion.

Påstand 4 (mest subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal i medfør af håndhævelseslovens § 13, stk. 1, annullere Moderniseringsstyrelsens beslutning om at tildele kontrakten til CSC.

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

Klagenævnet har den 14. oktober 2015 meddelt CSC, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 5.

CSC har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Moderniseringsstyrelsen har oplyst, at Statens Lønssystem (herefter SLS) er et databasesystem, der anvendes til at beregne, anviser og konterer løn til langt den overvejende del af de statslige lønmodtagere. SLS består af en række programmer, som håndterer den overordnede databehandling og den faste forretningslogik.

Online tilgang til SLS foregår hovedsagligt via:

- en Java-baseret SLS-klient og
- HR-Løn

HR-løn er en webbaseret brugergrænseflade, som blev anskaffet for at understøtte etableringen af et ”shared service center” i staten og øge brugervenligheden og automatiseringsgraden af SLS. Med HR-Løn fik persona- lemedarbejdere mulighed for selvbetjening af de mest almindelige løn- opgaver, uden at dette skulle foregå via blanketter.

Alle beregninger, brugeradministration mv. foregår i SLS. Lønopgaven kan derfor varetages uden HR-Løn, og HR-Løn fungerer i princippet som ”en skal” uden på dele af SLS.

Udbuddet af HR-Løn i 2009

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

” ...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Økonomistyrelsen ønsker at øge brugervenligheden og automatiserin- gen af Statens Lønssystem (SLS), og ønsker derfor at indgå kontrakt om udvikling, drift og vedligeholdelse af en løsning, der tilbyder en ny we- badgang til lønssystemet. Den nye løsning skal fungere som en selv- stændig tilbygning til det eksisterende lønssystem, og skal integreres med SLS via de webservices og udtræksfaciliteter, som SLS tilbyder. Systemkendskab til SLS ses derfor ikke som en forudsætning for den nye løsning.

...

På den baggrund ønsker Økonomistyrelsen at indgå en kontrakt, der i hovedtræk omfatter følgende:

– Leverandøren skal foretage etablering, herunder udvikling, test og idriftsættelse af løsningen, og skal foretage vedligeholdelse, videreud- vikling og drift af HRLøn. Det er tillige leverandørens ansvar at anskaf- fe de miljøer, der skal bruges til udvikling, test og drift. Videreudvikling kan bl.a. bestå af integration til andre systemer f.eks. CPR, samt videre- udvikling af HRLøn’s funktionalitet.

...”

Udbuddet af SLS i 2012

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

” ...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

...

2. De udbudte opgaver

Nærværende udbud omfatter følgende opgaver:

2.1 Drift

Tilbudsgiver skal i egne driftsmiljøer stå for driftsafvikling af SLS, ...

- Vedligehold af platforme, driftsmiljøer/basisprogrammel, herunder test og migrering, ændringshåndtering og konfigurationsstyring,
- Databaseadministration,
- Storage-opgaver,
- Driftsplanlægning og batchjobafvikling,
- Netværksadministration,
- Overvågningsopgaver,
- Support,
- Levering af ad hoc-bistand.

...

2.2 Applikationsforvaltning

Tjenesteydelsen vil bl.a. omfatte:

- Fejlrettelser, herunder hasterettelser, som kræver stående beredskab hos leverandøren,
- Løbende vedligehold
- Supportydelser,
- Analyseyder, herunder løsningsbeskrivelser og prisestimering af udviklingsopgaver
- Løbende udviklingsopgaver, herunder programmering, test og implementering samt nye versioner og releases.

Det er muligt, at Moderniseringsstyrelsen i løbet af kontraktens løbetid ønsker at få gennemført en teknologifornyelse af systemet inden for kontraktens økonomiske rammer, herunder eksempelvis modning til et

andet miljø, modularisering, udvikling af eksisterende funktionalitet til nyt programmel eller videreudvikling af ny funktionalitet.

Udviklingsopgaver kan blandt andet opstå som følge af Moderniseringsstyrelsens ønsker om udvikling/optimering af systemet, f.eks. som følge af ønsker til forbedringer af systemet, ændringer i lovgivning eller overenskomster, som ikke kan håndteres af Moderniseringsstyrelsen i regelprogrammet.

I forbindelse med varetagelsen af applikationsforvaltningsopgaverne lægger Moderniseringsstyrelsen vægt på, at løsningsforslag medvirker til en bredere forretningsmæssig sammenhæng, herunder eventuelt ved brug af elementer fra andre systemer.

Opgaverne skal løses hos den valgte leverandør.
...

Som en del af udbudsbetingelserne indgik dokumentet ”Statens LønSystem (SLS), Overordnet forretningsarkitektur” af 8. august 2012, hvoraf bl.a. fremgår:

”1.1 Systemets karakteristika

SLS er kendetegnet ved følgende:

- ...
 - Systemet kan modtage og levere data fra/til andre systemer synkront via webservices.
 - ...
- ...

2.2.2 Indrapportering

...

Webservice-indgangen til SLS anvendes også af grænsefladesystemet HR-Løn. HR-Løn er en mere moderne og brugervenlig indgang til SLS, og det er tanken, at HR-Løn med tiden overtager den fulde on-line indrapportering til systemet. HR-Løn er kontraktuelt udenfor SLS.”

SLS-kontrakten mellem Moderniseringsstyrelsen og CSC

Moderniseringsstyrelsen har oplyst, at der i SLS-kontrakten står følgende om kontraktens formål:

”Leverandøren skal således med sine Ydelser tilvejebringe den nødvendige it-mæssige understøttelse for realisering af Kundens målsætning om ”Korrekt løn og pension til rette modtager og til rette tid” samtidig med, at der sikres konkurrencedygtige priser og teknologisk udvikling af Systemet.”

I kontrakten står i øvrigt:

” ...

6. Drift

6.1 Drift af Systemet

Leverandøren skal fra Overtagelsesdagen til Overdragelsesdagen levere de driftsydelser, der følger af Kontrakten, herunder under overholdelse af kravene i bilag 2 og bilag 11.

Leverandøren skal således drive Systemet i sine datacentre, løbende regulere kapaciteten, samt løbende vedligeholde og opgradere Driftsmiljøet.

...

6.4 Opgradering

Leverandøren er forpligtet til at tage initiativ til, at Driftsmiljøet løbende moderniseres og optimeres, jf. bilag 2.

Leverandøren skal installere nye Releases, Versioner, patches og fixes af Basisprogrammet, når rettelse af fejl eller mangler i Systemet gør det nødvendigt eller med henblik på at opnå den nødvendige optimering af Driftsmiljøet.

Leverandøren indestår også efter ændringer af Systemet for opfyldelsen af alle beskrivelser, krav og servicemål i Kontrakten, og Kundens eventuelle adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende indskrænkes ikke af denne bestemmelse.

Leverandøren foretager i forbindelse med installationen af nye Releases eller Versioner af det Faste Programmet de ændringer i Driftsmiljøet, der nødvendiggøres af installationen, herunder ændringer med henblik på at opnå den nødvendige optimering af Driftsmiljøet.

I det omfang Kunden ønsker, at opgraderingen af de enkelte miljøer differentieres, kan der aftales en hurtigere opgradering af et konkret miljø.

7. Applikationsforvaltning

...

7.4 Videreudvikling

Leverandøren er ansvarlig for den løbende videreudvikling af det Faste Programmel i Applikationen i overensstemmelse med kravene i bilag 2 og ændringshåndteringsproceduren, jf. bilag 15.

8. Timebaserede Ydelser

Leverandøren er ud over de i punkt 6 og 7 beskrevne Ydelser forpligtet til på Kundens anmodning at levere timebaserede Ydelser, jf. bilag 2.

”
...

Moderniseringsstyrelsen har oplyst, at følgende fremgår af SLS-kontraktens punkt 16, ”Ændringshåndtering”:

”Efter Analyse- og afklaringsfasens afslutning kan begge parter fremsætte anmodninger om ændringer i Systemet, i Kontraktens Ydelser og Kontrakten i øvrigt i overensstemmelse med nedenstående retningslinjer, samt bilag 15.

Ændringer kategoriseres i overensstemmelse med de angivne ændringstyper, jf. bilag 15, og skal herefter gennemføres i overensstemmelse med den beskrevne ændringsprocedure for den pågældende ændringstype.

...

Kundens ændringsanmodninger skal fremsendes skriftligt til Leverandøren.

På baggrund af Kundens ændringsanmodning skal Leverandøren udarbejde et udkast til løsningsbeskrivelse. Kunden er frit stillet med hensyn til, om Kunden ønsker at bestille en ændring på grundlag af Leverandørens løsningsbeskrivelse, eller om Kunden ønsker at forkaste Leverandørens løsningsbeskrivelse.”

Af bilag 2 til kontrakten (”Kravspecifikation”) fremgår:

”
...

2.4.2.3. Videreudvikling og vedligeholdelse

For Statens Lønssystem forventes et stabilt udviklingsbehov gennem hele kontraktperioden. Ny lovgivning og andre faktorer kan dog medføre variationer i behovet.

...

2.4.2.3.3. I forbindelse med større videreudviklingsopgaver skal Leverandøren etablere en projektorganisation til håndtering af alle faser i udviklingen.

2.4.2.3.4 Leverandørens ydelser vedrørende vedligeholdelse og videreudvikling indeholder gennemførelse af ændringshåndtering i henhold til kravene i bilag 15.

2.4.2.3.5. Leverandøren skal kunne udføre vedligeholdelse og videreudvikling på systemet, som kan være nødvendige at gennemføre som følge af:

- Lovmæssige krav
Lovmæssige krav kan være direkte krav til systemet som følge af ændrede og nye regelsæt til de opgaver, systemet varetager, men kan også være indirekte krav til systemet i form af ændrede og nye regelsæt til andre systemer, som medfører ændring i systemernes snitflader.
- Tilpasningskrav
Tilpasningskrav kan være ændrede eller nye krav til systemet som følge af ændringer gennemført hos statens institutioner, hos andre interessenter eller i de systemer, som systemet kommunikerer med.
- Maintainabilitykrav
Maintainabilitykrav dækker over ændringer til systemet, som er nødvendige at gennemføre for at sikre systemets fortsatte vedligeholdelsesmulighed og nutidighed

...

2.4.2.4. Modning af Statens Lønssystem

Moderniseringsstyrelsen har et ønske om løbende at tilpasse Statens lønssystem til krav omgivelserne stiller. Der er derfor et ønske om løbende at modne Statens lønssystem indenfor tre områder:

- Teknologi – adgang via. nye medier og alternative tilgange
- Rationalisering – effektivisering af programmel med henblik på en løbende forbedring af driftsvilkår og kapacitetstræk
- Standardisering – etablering af grænseflader til integration med standard produkter og teknologier

[Tilbudsgiver bedes i løsningsbeskrivelsen, bilag 4, beskrive en vision for hvordan applikationen løbende kan modnes og fremtidssikres. Herunder hvilke tiltag tilbudsgiver umiddelbart kan identificere baseret på nuværende kendskab til applikationen, og om disse omfatter ny teknologi, rationalisering og/eller standardisering.]

...

2.4.3.1.8 Leverandøren skal sikre, at Driftsmiljøet kan skaleres såfremt Kundens behov ændrer sig.

...”

Af bilag 15 til SLS-kontrakten (”Ændringshåndtering”) fremgår det under overskriften ”Generelt”:

”Dette bilag beskriver krav og procedure ved ændringshåndtering. Ydelserne i dette bilag er en del af ydelserne vedrørende videreudvikling og vedligeholdelse, og bilaget skal derfor læses i forlængelse af kravene hertil i bilag 2.

For bestilling af opgaver gælder følgende hovedprincipper:

- Alle bestillinger skal foreligge i skriftlig form.
- Leverandøren skal orientere kunden, hvis leverandøren bliver opmærksom på, at kundens behov bedre opfyldes på en anden måde end aftalt.
- Leverandøren skal give kunden alle relevante oplysninger, som leverandøren besidder, med henblik på kundens bedømmelse af og stillingtagen til konsekvenserne af en bestilling, som kunden har under overvejelse
- Ingen ændring må iværksættes af leverandøren, før kunden har accepteret dette, hvilket forudsætter, at parterne har forholdt sig til alle væsentlige konsekvenser af ændringen, herunder de tids- og prismæssige konsekvenser

De nærmere forretningsgange fastsættes og justeres i driftshåndbogen.
...”

Tilbuddene fra CSC og Silkeborg Data A/S på SLS

Der er fremlagt dele af tilbuddet fra CSC, hvoraf bl.a. fremgår:

”Klienter

Driftsmiljøet understøtter seks klienter: SLS-Klienten, DB2-Klienten, TN3270-Klienten, internetbrowser (MSIE & Firefox), HR-Løn-Klienten og LD-ØES-Klienten.

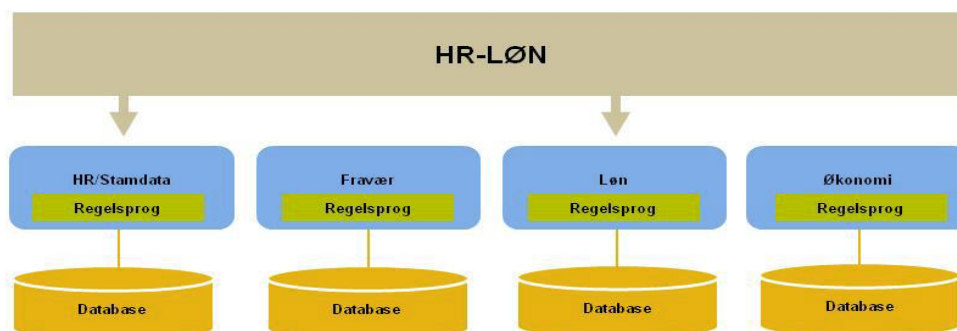
SLS klienten, DB2 klienten og TN3270 klienten leveres af Leverandøren.

(Internetbrowseren anses for at være en del af slutbrugerens computers standardinstallation. HR-Løn-Klienten og LD-ØES-Klienten udbydes af andre. Disse elementer beskrives derfor ikke nærmere.)

...

4.2.3.4.3.2 Gradvis modning af applikationen

Formålet med en gradvis modning af SLS er en kontinuerlig bevægelse hen imod et lønsystem, der er opdelt i flere løst koblede dele, som på sigt kan moderniseres, reimplementeres, erstattes af et standardsystem eller bevares som legacy-system. Målet for modning er illustreret i Figur 12, der viser en arkitektur, hvor de primære funktioner i SLS er indeholdt i selvstændige komponenter, der udstiller services til en brugergrænseflade baseret på HR Løn:



Figur 12, Målbillede for et modulariseret lønsystem. Modellen viser de primære funktionelle komponenter i et moderniseret SLS.

Komponenterne i den nuværende løsning kan gradvist erstattes med nye løsninger, som kan være både standardprodukter fra 3.-part eller nyudviklede løsninger.

...

4.2.3.4.3.2.4 SLS Klienten

...

Hovedparten af den funktionalitet, der i dag findes i Java-klienten, kan omlægges til HR Løn. Det anvendte Java-rammeverk, som er resultatet af omlægningen fra AppBuilder, er komplekst og en potentiel fejlkilde hver gang, der foretages rettelser i klienten. Det er forbundet med en vis

risiko, at gennemføre en modning af den eksisterende klient med tids-svarende teknologi og gøre den i stand til at understøtte nye medier.

Fordelen ved at flytte funktionaliteten til HR Løn er endvidere at skabe ensartethed for alle brugere af SLS.

Funktionalitet til ændring og oprettelse af regler, håndtering af regel metadata, samt promovering af regler til de respektive miljøer foreslås ikke flyttet til HR Løn. ...

En udfasning af Java-klienten vil ikke kun tilbyde en mere harmonisk brugerflade, men vil også betyde en rationalisering og forenkling af driftsvilkårene. Det giver en klarere arkitektur med én web-baseret front-end og en (i første omgang) mainframe-baseret backend, koblet sammen via et web-servicelag.

...

Sammenfatning

De forskellige modningstiltag beskrevet ovenfor er sammenfattet i følgende tabel med en indikation af, hvor stor en opgave det vil være at gennemføre tiltaget, og hvad den forventede gevinst vil være. Type angiver, om der tale om ny teknologi (T), rationalisering (R) eller standardisering (S).

Område	Modningstiltag	Type	Indsats	Afkast
Uddata	Outputmanagementløsning	T, S	Medium	Høj
Fravær /ferie	Moderne rapporteringsløsning	S	Lav	Medium
Grunddata	Automatisk udtræk fra eksterne kilder	T	Medium	Høj
SLS Klienten	Omlægges til HR-løn	R	Lav	Medium
Regelsprog	Værktøjsunderstøttede metoder	T, R	Høj	Høj
Resultatdata	Forbedret service og effektivisering af brugernes arbejde	R, S	Medium	Høj

Tabel 9, Sammenfatning af udbytte ved modningstiltag.

I ovenstående tabel defineres ”Indsats” som:

- Lav: En opgave, der kan løses i regi af den eksisterende forvaltning af systemet.
- ...

Og ”Afkast” som:

- ...
- Medium – Moderate til betydelige gevinster på forvaltning såvel som udvikling, samt synlige effektiviseringer af arbejdsgange og systemets anvendelse.”

Der er endvidere fremlagt dele af tilbuddet fra Silkeborg Data, hvoraf bl.a. fremgår:

”Vi har forstået, at visse dele af SLS klienten gradvist vil blive flyttet over på den mere moderne platform, HR-Løn, som Logica har vedligeholdelsesaftalen på (jf. nogle af de seneste 5 års større tiltag – herunder åbningen af systemets funktionalitet via webservices samt etablering af HR-Løn).

Vi foreslår, at denne proces speedes op. ...

...

I SLS applikationen er der fire dele, som trækker MIPS på mainframen:

1. ...
2. Udstilling af Webservices til brug for SLS Online klienten og HR-Løn – samt potentielt andre applikationer, som skal integrere til SLS
3. ...

...

Ad 2. Webservices udstilles i dag på mainframen. I takt med, at HR-Løn samt integration til SLS fra andre applikationer og eksterne parter ekstensiveres, anbefaler vi at undersøge muligheden for i stedet at udstille Webservices på en decentral platform.”

Moderniseringsstyrelsens oplysninger om undersøgelser forud for Tillæg 2

Moderniseringsstyrelsen har oplyst, at styrelsen for at sikre sig, at Tillæg 2 ikke udgjorde en sådan ændring af SLS-kontrakten, at der skulle gennemføres et udbud, foretog en nøje undersøgelse af rammerne for kontraktforholdet mellem Moderniseringsstyrelsen og CSC og af det oprindelige udbudsmateriale fra udbuddet af SLS. Derudover anmodede Moderniseringsstyrelsen Kammeradvokaten om at vurdere, om Tillæg 2 kunne indgås uden en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Kammeradvokaten udarbejdede et notat af 19. februar 2015, hvoraf der kun er fremlagt et uddrag. Kammeradvokaten gav følgende vurdering:

”På baggrund af de ovenfor fremhævede forhold vil det umiddelbart være nærliggende, at en videreudvikling af SLS-systemet, således at funktionaliteten fra HR-løn implementeres heri, må anses for at være en ændring i medfør af SLS-kontrakten.”

Ved e-mail af 21. april 2015 sendte Moderniseringsstyrelsen en ændringsanmodning til CSC. Heraf fremgår bl.a.:

”Moderniseringsstyrelsen (i det følgende benævnt Kunden) fremsætter hermed ændringsanmodning til CSC (i det følgende benævnt Leverandøren) i relation til kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS) (i det følgende benævnt Kontrakten).

Ændringsanmodningen fremsættes i medfør af Kontraktens punkt 16 samt proceduren i Kontraktens bilag 15. I overensstemmelse hermed oplyses følgende om Kundens bestilling:

Beskrivelse af opgaven

Kunden ønsker, at Leverandøren varetager opgaven vedrørende drift, vedligehold og udvikling af HR-Løn, som også består af SLS-Guide og administrationsmodul (i det følgende benævnt HR-Løn), og at Leverandøren gennemfører en transition af HR-Løn til Leverandøren.

Den opgave, der herved anmodes om, og de betingelser, der gælder for udførelse heraf, er nærmere beskrevet i vedlagte udkast til Tillæg 2 til Kontrakten. Indholdet af Tillæg 2 er udformet på baggrund af de kontraktuelle vilkår, der er indeholdt i Kontrakten samt Kontraktens bilag.

...

Samlingen af HR-Løn og SLS sker som et led i at videreudvikle SLS på en mere moderne platform. ...

...

Analyse og afklaring

Der bestilles hermed 350 timer til gennemførelse af analyse og afklaring af transitionen.”

Tillæg 2

Den 13. maj 2015 offentliggjorde Moderniseringsstyrelsen en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed. Af bekendtgørelsen fremgår:

” ...

II.1.4) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS).

Parterne til den eksisterende kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS) er blevet enige om at indgå en tillægsaftale, hvorved HR-Løn implementeres i SLS-systemet.

...

II.2.1) Kontraktens/kontrakternes endelige samlede værdi

Værdi: 28 912 322,50 DKK

Eksklusive moms

...

IV.1) Type procedure

...

Anden begrundelse for tildeling af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende

Kontrakten er ikke omfattet af direktivet

Det følger af udbudsbekendtgørelsen for det oprindelige udbud vedrørende kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS), at udviklingsopgaver kan opstå som følge af ordregivers ønske om udvikling/optimering af systemet, og at ordregiver i forbindelse med varetagelsen af applikationsforvaltningsopgaverne lægger vægt på, at løsningsforslag medvirker til en bredere forretningsmæssig sammenhæng, herunder eventuelt ved brug af elementer fra andre systemer. Ligeledes fremgår det af den mellem parterne indgåede kontrakt, at leverandøren skal kunne foretage videreudvikling af systemet, som kan være nødvendig at gennemføre som følge af såkaldte ”maintainability-krav”. Begrebet maintainabilitykrav dækker over ændringer til systemet, som er nødvendige at gennemføre for at sikre systemets fortsatte vedligeholdelsesmulighed og nutidighed. I et bilag til kontrakten fremgår det tillige, at Moderniseringsstyrelsen ønsker at systemet løbende tilpasses de krav omgivelserne stiller, og at der derfor er et ønske om, at Statens lønssystem løbende modnes inden for blandt andet områderne (i) rationalisering ved effektivisering af programmel med henblik på en løbende forbedring af driftsvilkår og kapacitetstræk, samt (ii) standardisering ved etablering af grænseflader til integration med standard produkter og teknologier. I forlængelse heraf har leverandøren i sit tilbud foreslået, at applikationen på sigt gradvis modnes, således at SLS-klienten på sigt omlægges til HR-løn. Tillægsaftalen er som følge af ovenstående en ændring der foretages i medfør af kontrakten og tillige under iagttagelse af kontraktens formkrav til kontraktændringer, hvorfor tillægsaftalen ikke er omfattet af direktivet.

...”

...

Den 10. juni 2015 indgik Moderniseringsstyrelsen og CSC aftale om Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem (SLS-kontrakten). Tillægget har betegnelsen ”Tillæg 2”,

idet parterne den 19. november 2014 indgik aftale om ”Tillæg 1 om printer-ydelser”.

Af Tillæg 2 fremgår:

” ...

I. Baggrund

...

Kunden ønsker som led i den løbende videreudvikling af SLS, at Leverandøren gennemfører transitionen af HR-Løn til Leverandøren samt varetager opgaven vedrørende drift, vedligehold og udvikling af HR-Løn. Dette skal ske som et led i at videreudvikle SLS på en mere moderne platform. Hovedparten af den funktionalitet, der i dag findes i SLS-klienten, kan omlægges til HR-Løn. Fordelen ved at flytte funktionaliteten til HR-Løn er at skabe ensartethed for alle brugere af SLS og på længere sigt opfylde Kundens vision om en samlet moderne og fleksibel brugergrænseflade til Statens Lønløsning.

...

HR-Løn er i dag det primære arbejdsredskab for HR-medarbejdere og skal derfor være til rådighed og understøtte opgaverne med indberetning og ændring af oplysninger for lønmodtagere inden for det offentlige. Det er Kundens ønske, at HR-Løn fremadrettet skal udvides til også at være det primære arbejdsredskab for lønsagsbehandlere. Det indebærer, at HR-Løn skal udvides med en række funktioner fra Statens lønssystem, og systemet skal tilpasses et øget antal brugere. Dette vil blive håndteret som almindelig ændringshåndtering i henhold til Kontrakten.

Ydelserne i relation til gennemførelse af transition af HR-løn samt varetagelse af drift, vedligehold og udvikling af HR-løn, som Leverandøren skal levere i henhold til nærværende tillæg, er det i følgende benævnt Udviklingsydelsen.

Vilkårene for Leverandørens levering af Udviklingsydelsen er fastsat i nærværende tillæg. Med mindre andet er angivet i nærværende tillæg inklusive bilag, gælder Kontraktens bestemmelser uændret.

...

II. Udviklingsydelsen

1. Om udviklingsydelsen

Leverandøren gennemfører transitionen af HR-Løn til Leverandøren samt varetager efterfølgende opgaven vedrørende drift, vedligehold og

udvikling af HR-Løn, i henhold til bestemmelserne i nærværende tillæg samt Kontrakten, jf. ovenfor.

...

1.6 Leverandøren skal stå for at tilvejebringe og vedligeholde det programmel, der indgår i HR-løn, og som ikke i Bilag 1 i nærværende tillæg er beskrevet som kundespecifikt programmel.

1.7 Leverandøren skal stå for at vedligeholde alt programmel, der indgår i HR-Løn.

1.8 De i Kontrakten fastsatte ydelser og leverancer, Kunden løbende modtager for SLS, skal Kunden også modtage for HR-løn eller udvides til også at omfatte HR-Løn.

...”

I bilag 2 (”Løsningsbeskrivelse”) til Tillæg 2 står:

”...

1.2 Formål

Formålet med denne opgave er at flytte drift og vedligehold af HR-løn fra CGI (nuværende leverandør) til CSC (modtagne leverandør) og derefter drifte og vedligeholde applikationen under den eksisterende SLS-kontrakt ... hos CSC.

...

2 Overordnet løsningsbeskrivelse

...

2.4 Omfattet af løsningen

Nærværende løsningsbeskrivelse omfatter en transition af applikationen HR-Løn fra afgivende leverandør til CSC.

...

3 Teknik og miljø

3.1 Miljøer / Fysisk Miljø

CSC skal integrere HR-Løn-miljøer med SLS-miljøer ...

...

3.2 Platforme

CSC skal beholde det eksisterende Windows operativsystem, Windows 2008, R2, men konsolidere nogle komponenter i overensstemmelse med anvendte teknologier i de eksisterende SLS systemer. ...

...

3.3 Ændring af Url

CSC foreslår at der i transitionsprojektet ændres URL for SLS Guide og HR-Løn, så det samme certifikat bruges til SLS og HR-Løn. ...

3.4 Integrationer

CSC skal i transitionsfasen beholde de eksisterende integrationer med en lille ændring omkring SLS Guide Web komponenten ... Senere, som en del af transformationen, kunne nogle integrationer mellem SLS og HR-Løn, der i dag for[e]går igennem ØDUP evt. implementeres direkte.

...

4 Transition af applikationen

...

4.1.3 Etablering/genbrug af infrastruktur

Som en del af transitionen etableres den nødvendige infrastruktur for at kunne afvikle HR-Løn i de nødvendige miljøer. Dette sker dels ved at genbruge dele af den infrastruktur til SLS, som allerede er etableret i CSC's driftscentre, dels ved at etablere nye servere. Dette er beskrevet i mere detalje i Kapitel 3: Teknik og miljø.

...

11 Drift

11.1 Back-end

Der forventes ikke ændringer af driften af mainframe delen af SLS med følgende undtagelser:

- Efter at skæringsdatoen er passeret og der ikke længere er mulighed for roll-back til afgivende leverandør, lukkes firewall adgange for den afgivende leverandør

11.2 Front-end

Driften af HR-Løn bliver i fremtiden håndteret med samme infrastruktur, processer og værktøjer som SLS.

På nuværende tidspunkt forventes nedenstående områder at blive påvirket af driftsmæssige ændringer:

Dual-site løsning

SLS infrastruktur er dual-site i forvejen, derfor bliver nogle løsningskomponenter dubleret over to sites. Dette giver først og fremmest større redundans og datasikkerhed, men også højere kompleksitet.

Backup

[] bliver brugt til backup og håndtering af medier til arkivering som på SLS. Forudsat at MODST og CSC ikke indgår en specifik aftale for dataopbevaring på bestemte servere, databaser eller filsystemer, bliver backup harmoniseret med de øvrige nuværende SLS backup politikker og retention perioder.

Overvågning

[] også kaldet [] og [] værktøjer bliver brugt til overvågning. Forudsat at MODST og CSC ikke indgår en specifik aftale omkring monitorering af bestemte services eller 3.part integrationer, bliver monitorering i udgangspunktet implementeret op til server og netværksmonitorering niveau på alle HR-Løn servere. CSC skal i samarbejde med MODST implementere eller udvide andre relevante driftsmålinger til overvågning hvis nødvendigt.

Batchjob

Der etableres drift-setup til afvikling af de batchjobs som HR-Løn forudsætter.

- Det vil blive overvejet, om styringen af afvikling af batchjobs ("batch job scheduling") i HR-Løn med fordel kan lægges sammen med styringen af de øvrige batchjobs i SLS

...

Moderniseringsstyrelsen har fremlagt styrelsens notat af 22. maj 2014 med Vision for Statens Lønløsning. Af notatet fremgår:

...

Baggrund og formål

Der blev i 2012 indgået en ny kontrakt for SLS med CSC. Kontrakten løber til udgangen af 2020. Nærværende vision beskriver, hvordan Moderniseringsstyrelsen ønsker at udvikle statens it-systemunderstøttelse af løn- og pensionsberegning og -anvisning inden for den indeværende kontraktperiode. Visionen er døbt "Statens Lønløsning", da den dækker

over en sammensmeltning af de to systemer Statens Lønssystem og HRLøn.

Vision: Statens Lønløsning

Statens Lønløsning skal i 2020 opfylde kravet om korrekt beregnet løn og pension anvist til korrekt tid med størst mulig sikkerhed for høj data-kvalitet i indberetningen. Løsningen skal baseres på vedligeholdt systemfunktionalitet og udviklet teknologi, så den kan levere en tidssvarende, effektiv og brugervenlig løsning, der letter de administrative arbejdsgange og dækker en række andre behov for kontrol, lønudgiftsdata, ledelsesrapportering, dataflow og statistik. Ligeledes skal systemkomplekset være fremtidssikret og sammensat, så der kan opnås størst mulig fleksibilitet og de bedst mulige priser ved et udbud enten ved kontraktudløb eller tidligere.

Det betyder at Statens Lønssystem og HRLøn i perioden frem til senest 2020 udvikles i en retning der sikrer:

- Én indgang ved at konsolidere de to nuværende brugergrænsefladers (SLS-klienten og HR-løn) funktionalitet, således at HR-Løn i 2020 er statens indgang til alle lønopgaver.
- Optimale proces-flow for brugerne med potentiale for rationaliseringsgevinster.
- Størst mulig brugertilfredshed i implementeringsperioden og efterfølgende.
- Reduktion af system-kompleksiteten.
- Sikker drift i perioden.
- Minimal risici-introduktion under implementering.
- Størst mulig system-integration med kommende HR-system.
- Høj grad af visuel integration af brugergrænseflade med kommende HR.
- Fleksibilitet med hensyn til indpasning i en fælles branding af styrelsens produkter
- Bedste muligheder for konkurrenceudsættelse ved genudbud.
- Maksimering af return-of-investment i perioden.

...

Reduktion af system-kompleksiteten opnås ved at anvende den nuværende HR-Løn klient som basis for nyudviklingen og udfase den eksisterende SLS-klient.

...”

Moderniseringsstyrelsen har oplyst, at visionen for Statens Lønløsning grundlæggende kræver, at der sker en videreudvikling af SLS ved sammen-

lægning med HR-løn til ét samlet system. Sammenlægningen er fundamenteret for at realisere den forretningsmæssige vision. Det er målet, at der skal opnås fuld integration af SLS og HR-Løn, således at tidligere to adskilte systemer kommer til at udgøre ét samlet lønsystem for staten. Der etableres således en bredere forretningsmæssig sammenhæng, hvor de lønrelaterede ydelser bliver ét hele, frem for to adskilte løsninger.

Ved indgåelsen af Tillæg 2 blev der aftalt en regulering af antallet af årlige timer til videreudviklingsydelser. Antallet af timer blev fastlagt til 5.700 timer årligt, hvilket er en regulering med yderligere 2.100 timer årligt som konsekvens af videreudviklingsopgaven. Det oprindeligt aftalte antal timer i SLS-kontrakten var fastlagt til 3.600 timer årligt.

Moderniseringsstyrelsen har oplyst, at det ved beregningen af kontraktsummen, som er offentliggjort i bekendtgørelsen af 13. maj 2015, er lagt til grund, at SLS-kontrakten vil have en varighed på 77,5 måneder fra transitionens planlagte gennemførelse den 5. august 2015 til SLS-kontraktens ophør den 25. januar 2021. For perioden er der således ved Tillæg 2 afsat mere end 13.000 timer yderligere og samlet mere end 35.000 timer til at videreudvikle SLS.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

CGI har gjort gældende, at Moderniseringsstyrelsen har overtrådt udbudsdirektivets artikel 7 ved at tildele kontrakten ”Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem” til CSC uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Ud fra en teknisk forståelse af systemerne HR-Løn og SLS giver det ikke mening at tale om, at SLS videreudvikles ved brug af elementer fra andre systemer, herunder HR-Løn, da der ikke er tale om at ”forene” de to systemer, men blot at flytte vedligeholdelsen af HR-Løn fra én leverandør til en anden. Når HR-Løn overdrages til CSC, er der ikke tale om en ”videreudvikling” af SLS, hvor HR-løn ”implementeres i SLS”, men om en udvidelse af omfanget af den eksisterende kontrakt om drift og applikationsforvaltning af SLS med et yderligere system, nemlig HR-Løn, til en skønnet værdi af næsten 29 mio. kr.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 7, stk. 1, litra a), at direktivet gælder for offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne, og hvis anslåede værdi ekskl. moms svarer til eller overstiger tærskelværdien på 998.019 kr. (2015) for offentlige tjenesteydelseskontrakter.

Særligt i forhold til Moderniseringsstyrelsens anbringender ad påstand 1, pkt. 1 (ydelsen i Tillæg 2 var omfattet af udbuddet af SLS)

Drift og applikationsforvaltning af HR-Løn var ikke en del af det oprindelige udbud af drift og applikationsforvaltning af SLS, og blot fordi den eksisterende kontrakt om drift og vedligeholdelse af HR-Løn ophører, ophører forpligtelsen til at overholde udbudsdirektivet og bringe opgaven i fornyet udbud ikke.

De ydelser, der er aftalt under Tillæg 2 til SLS-kontrakten, består i at gennemføre en transition (flytning) af HR-Løn og at varetage opgaven med drift og vedligehold af HR-Løn. Det fremgår af Tillæg 2, at formålet er at flytte drift og vedligehold af HR-Løn fra CGI (nuværende leverandør) til CSC (modtagende leverandør), der derefter skal drive og vedligeholde applikationen under den eksisterende SLS-kontrakt. Under udbuddet af SLS i 2012 indgik dokumentet: ”Statens LønSystem (SLS), Overordnet forretningsarkitektur” dateret 8. august 2012. Af dokumentet fremgår bl.a.: ”HR-Løn er kontraktuelt udenfor SLS”. Moderniseringsstyrelsen har således selv i forbindelse med SLS-udbuddet eksplicit defineret, at HR-Løn kontraktuelt er uden for SLS. Styrelsens anbringende om, at ”de i Tillæg 2 indeholdte tillægsydelser var udbudt under SLS-Kontrakten”, kan CGI derfor kun betragte som et forsøg på at retfærdiggøre, at styrelsen på nuværende tidspunkt ønsker at undgå at konkurrenceudsætte HR-Løn ydelserne. Ved at indgå Tillæg 2 har Moderniseringsstyrelsen foretaget en væsentlig ændring af SLS-kontrakten, som styrelsen er forpligtet til at udbyde.

Det fremgår både af dokumentet ”Statens LønSystem (SLS), Overordnet forretningsarkitektur”, som var en del af udbudsbetingelserne under udbuddet af SLS, og af udbudsbekendtgørelsen vedrørende HR-Løn fra 2009, at HR-Løn var et selvstændigt system i forhold til SLS.

CGI bestrider ikke Moderniseringsstyrelsens ret til at foretage videreudvikling og vedligeholdelse af SLS, som SLS er beskrevet i SLS-kontrakten, og at sådanne ændringer kan være en ændring ”i medfør af kontrakten”, hvis

ændringerne holder sig indenfor rammerne fastlagt af EU-Domstolen i sagerne C-454/06 (Presstext) og C-91/08 (Wall AG). Moderniseringsstyrelsen bruger imidlertid denne ret til videreudvikling og vedligeholdelse af SLS i sin argumentation for, at disse rettigheder også omfatter HR-Løn. Denne argumentation er imidlertid ikke holdbar, idet selve den præmis, som argumentationen hviler på, nemlig at HR-Løn er en del af SLS-systemet, er forkert.

Det fremgår ikke af Tillæg 2, at CSC skal levere en integration af HR-Løn i SLS. Det fremgår derimod, at opgaven med drift og vedligeholdelse af HR-Løn flyttes til CSC, jf. Tillæg 2, bilag 2, pkt. 2.4: "Nærværende løsningsbeskrivelse omfatter en transition af applikationen HR-Løn fra afgivende leverandør til CSC", og pkt. 2.5: "Løsningen omfatter ikke funktionelle ændringer af HR-Løn, herunder rettelse af eksisterende funktionelle fejl eller uhensigtsmæssigheder i applikationen". Der gennemføres således en flytning, men ikke en integration eller videreudvikling af HR-Løn.

Ordet "integrere" anvendes som anført af Moderniseringsstyrelsen i Tillæg 2, bilag 2, pkt. 3.1, "Miljøer/Fysisk miljø": "CSC skal integrere HR-løn-miljøer med SLS-miljøer, som beskrevet i Tabel 1". Der tales dog her om at integrere driftsmiljøer og ikke om at integrere de funktionelle systemer.

Potentielle fordele og synergieffekter for CSC i forhold til driften af systemerne, efter at flytningen af HR-Løn applikationen har fundet sted, vedrører ikke spørgsmålet om lovligheden af den tildelte drifts- og vedligeholdelses opgave.

Særligt i forhold til Moderniseringsstyrelsens anbringender ad påstand 1, pkt. 2 (ydelsen i Tillæg 2 blev tilbudt af CSC)

Det bestrides, at Silkeborg Data og CSC allerede i deres tilbud i forbindelse med SLS-udbuddet tilbød løsninger, som omfattede de ydelser, der er beskrevet i Tillæg 2. Ingen af virksomhederne tilbød at overtage driften og vedligeholdelse af HR-Løn. Under SLS-udbuddet var det Moderniseringsstyrelsens egen vision, at HR-Løn med tiden skulle overtage den fulde online rapportering til systemet. Dette var klart for alle tilbudsgivere, ligesom det var klart, at HR-Løn kontraktuelt ikke var en del af SLS-kontrakten. De potentielle SLS-leverandører forventede ikke, at drift og vedligeholdelse af HR-Løn var en del af SLS-kontrakten, men de forventede – som en del af

moderniseringen – at udvikle de webservices, der var nødvendige for, at leverandøren af HR-Løn kunne udbygge HR-Løns funktionalitet til gradvis at overtage mere funktionalitet fra SLS-klienten.

I Silkeborg Datas tilbud på SLS står, at den allerede igangværende proces skal ”speedes op”. Den ”allerede igangværende proces” bestod netop i, at leverandøren af HR-Løn udviklede funktionalitet i HR-Løn, og leverandøren af SLS udstillede webservices for at understøtte dette. Det kan ikke opfattes som et tilbud om, at Silkeborg Data vil overtage driften eller foretage en videreudvikling af HR-Løn.

Silkeborg Data opfattede HR-Løn som en selvstændig applikation blandt ”andre applikationer”. Når det foreslås ”at undersøge muligheden for i stedet at udstille webservices på en decentral platform”, taler Silkeborg Data om en teknologiudvikling, der flytter opgaver væk fra mainframen. Silkeborg Data foreslår derimod ikke at ændre på HR-Løns rolle eller at teknologiudvikle på HR-Løn. Der er snarere tale om en cementering af HR-Løns selvstændighed.

Der er heller ikke noget i CSC’s tilbud, der angiver, at CSC forventer at skulle videreudvikle HR-Løn under SLS-kontrakten. CSC præciserer derimod i virksomhedens tilbud, at HR-Løn-klienten ikke beskrives yderligere, fordi denne udbydes af en anden og dermed ikke er en del af de ydelser, der leveres under SLS-kontrakten. CSC anfører, at størstedelen af den funktionalitet, der findes i SLS-klienten, kan omlægges til HR-Løn. Dette er dog ikke ensbetydende med, at CSC har afgivet tilbud på at overtage driften og vedligeholdelse af HR-Løn eller har afgivet tilbud på flytning af SLS-klienten til HR-Løn. Der er alene tale om, at CSC beskriver en overordnet moderniseringsstrategi, der (naturligt nok) følger den vision, som Moderniseringsstyrelsen allerede har tilkendegivet i udbudsmaterialet.

Arbejdsfordelingen mellem forvalteren af SLS og forvalteren af HR-Løn har i forbindelse med opbygningen af HR-Løn været, at SLS forvalteren udarbejdede webservices, der udstiller funktionaliteten fra SLS, og HR-Løn forvalteren udviklede den funktionalitet i HR-Løn, som udnytter disse webservices ved dels at ”kalde” dem, dels at pakke funktionaliteten ind på en pæn og brugervenlig måde. Der er intet i CSC’s tilbud, der foreslår en anderledes fremadrettet opgavefordeling.

Den omstændighed, at både CSC og Silkeborg Data ved besvarelsen af Moderniseringsstyrelsens krav om en overordnet moderniseringsstrategi har beskrevet det indlysende og forventede – nemlig at fortsætte den udvikling, som styrelsen allerede havde påbegyndt ved etableringen af HR-Løn, og således flytte yderligere funktionalitet fra SLS-klienten til HR-Løn – medfører ikke, at disse tilbudsgivere har haft en forståelse af, at videreudvikling af HR-Løn eller overtagelse af driften af HR-Løn var en del af opgaverne under SLS-kontrakten og en del af den løsning, de tilbød.

Særligt i forhold til Moderniseringsstyrelsens anbringender ad påstand 1, pkt. 3 (Tillæg 2 er indgået under iagttagelse af den i SLS-kontrakten fastsatte procedure for ændringshåndtering)

CGI bestrider ikke, at Tillæg 2 er indgået under iagttagelse af den fastsatte procedure i SLS-kontrakten for ændringshåndtering. Lovlig kontraktadministration medfører dog ikke, at en ulovlig tildeling bliver lovlig.

Særligt i forhold til Moderniseringsstyrelsens anbringender ad påstand 1, pkt. 4 (HR-Løn og SLS er teknisk forenelige, og implementeringen af HR-Løn i SLS er udtryk for en videreudvikling af SLS)

HR-Løn og SLS fungerer på hver deres tekniske platform, hvilket de indtil videre skal blive ved med. CGI kan ikke afvise, at der kan være synergieffekter for Moderniseringsstyrelsen ved at have én leverandør til at varetage drift og vedligeholdelse af de to systemer, når dette først er en realitet. Synergieffekt er imidlertid ikke omfattet af udbudsreglernes undtagelsesbestemmelser.

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at styrelsen ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 7 ved at indgå Tillæg 2 uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, da den tillægsydelse om drift, vedligeholdelse og udvikling af HR-Løn, som er indeholdt i Tillæg 2, er en lovlig ændring i medfør af SLS-kontrakten.

Moderniseringsstyrelsen har til støtte herfor gjort gældende, 1) at de indeholdte tillægsydelser i Tillæg 2 var omfattet af udbuddet af SLS, 2) at de indeholdte tillægsydelser i Tillæg 2 blev tilbudt af CSC, 3) at Tillæg 2 er indgået under iagttagelse af den fastsatte procedure for ændringshåndtering i SLS-kontrakten, og 4) at HR-Løn og SLS er teknisk forenelige systemer.

Ad 1) – ydelsen i Tillæg 2 var omfattet af udbuddet af SLS

De ydelser, der er aftalt under Tillæg 2, er omfattet af de ydelser, der blev udbudt i forbindelse med udbuddet af SLS. Ydelserne, der er aftalt med Tillæg 2, og som ydes som led i en videreudvikling af SLS, består i at gennemføre en transition af HR-Løn og varetage opgaven med drift, vedligehold og udvikling af HR-Løn.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen om SLS-kontrakten, at anskaffelsen af SLS omfatter udviklingsopgaver, som blandt andet kan ”opstå som følge af Moderniseringsstyrelsens ønsker om udvikling/optimering af systemet”, der indeholder mulighed for gennemførelse af ”teknologifornyelse af systemet”, herunder eksempelvis ”modning til et andet miljø” og ”videreudvikling af ny funktionalitet”. Derudover fremgår det under de løbende udviklingsopgaver: ”I forbindelse med varetagelsen af applikationsforvaltningsopgaverne lægger Moderniseringsstyrelsen vægt på, at løsningsforslag medvirker til en bredere forretningsmæssig sammenhæng, herunder eventuelt ved brug af elementer fra andre systemer”.

Af SLS-kontrakten, punkt 7.4, om videreudvikling fremgår, at ”Leverandøren er ansvarlig for den løbende videreudvikling af det Faste Programmel i Applikationen”. Af bilag 2 til SLS-kontrakten, ”Kravspecifikationen”, punkt 2.4.2.3 ff., fremgår endvidere for så vidt angår de udbudte videreudviklingsopgaver, at ”Leverandøren skal kunne udføre vedligeholdelse og videreudvikling på systemet, som kan være nødvendige at gennemføre som følge af ... ændringer til systemet der er nødvendige at gennemføre for at sikre systemets fortsatte vedligeholdelsesmulighed og nutidighed”.

Det fremgår således af udbudsmaterialet fra udbuddet af SLS, herunder udbudsbekendtgørelsen, SLS-kontrakten og de tilhørende bilag, at der var mulighed for en omfattende videreudvikling af SLS, herunder mulighed for implementering af en ny platform som f.eks. HR-Løn. En sammenligning af på den ene side den beskrevne transition i Tillæg 2 (med tilhørende løsningsbeskrivelse) af HR-Løn, bl.a. ved en omlægning af dele af funktionaliteten i SLS-klienten til HR-Løn som led i en videreudvikling af SLS på en mere moderne platform, og på den anden side beskrivelsen i SLS-kontrakten med bilag og i udbudsbekendtgørelsen af de ydelser, som anskaffelsen omfatter, viser, at der er overensstemmelse mellem de udbudte ydelser i

forbindelse med udbuddet af SLS og de ydelser, der fremgår af den indgåede tillægsaftale.

For så vidt angår overtagelsen af driften af HR-Løn fremgår det af SLS-kontraktens punkt 6, at leverandøren skal ”drive Systemet i sine datacentre, løbende regulere kapaciteten, samt løbende vedligeholde og opgradere Driftsmiljøet”, at ”Leverandøren er forpligtet til at tage initiativ til, at Driftsmiljøet løbende moderniseres og optimeres, jf. bilag 2”, og at ”Leverandøren indestår også efter ændringer af Systemet for opfyldelsen af alle beskrivelser, krav og servicemål i Kontrakten”. HR-Løn bliver ved den modernisering, der gennemføres ved indgåelsen af Tillæg 2, implementeret i SLS og bliver således til en del af SLS. Der vil således ikke længere være tale om, at de to systemer fungerer på hver deres tekniske platform, men om at indklagede fortsætter med ét samlet SLS, hvori HR-Løn er fuldt integreret. CSC’s forpligtelse til at drive SLS omfatter også de systemer/applikationer, som SLS udvides med som følge af ændringer af systemet. Udvidelsen af CSC’s forpligtelse til også at omfatte den beskrevne opgave i Tillæg 2 om drift af HR-Løn er således også omfattet af det oprindelige udbud af SLS. Ydelserne omfattet af Tillæg 2 var således – i det væsentlige – blevet fastlagt af Moderniseringsstyrelsen allerede i forbindelse med udbuddet af SLS i 2012. Samtlige de aftalte ydelser i Tillæg 2 er både forudsat og tilstrækkeligt klart beskrevet i den opgave, der blev udbudt i forbindelse med udbuddet af SLS. Der var i udbudsmaterialet taget højde for en sådan ændring af SLS-kontrakten som aftalt ved Tillæg 2, og den heri indeholdte opgave må derfor anses for at have været konkurrenceudsat.

Tilbuddene fra CSC og Silkeborg Data underbygger, at ydelserne i Tillæg 2 var omfattet af udbuddet af SLS i 2012. Begge tilbudsgivere har opfattet flytningen af SLS-klienten til HR-Løn som en del af udbuddet og herudover tilbudt denne ydelse som del af modningen, videreudviklingen og opgraderingen af SLS. Af tilbuddet fra Silkeborg Data fremgår, at tilbudsgiveren havde forstået, ”at visse dele af SLS klienten gradvist vil blive flyttet over på den mere moderne platform, HR-Løn”, og tilbudsgiveren ”foreslår, at denne proces speedes op”, mens CSC i sit tilbud foreslår og dermed tilbyder en løsning, som svarer til den, der nu er indgået aftale om ved indgåelsen af Tillæg 2.

Først efter sammenlægningen og integrationen af SLS/HR-Løn kan det fastlægges, hvor data og funktionalitet mest hensigtsmæssigt skal placeres i det

samlede system. Hermed kan der gennemføres videreudvikling ”end-to-end” på tværs af et samlet system. Ved at opretholde to selvstændige systemer vil dette ikke kunne ske. Herudover vil der fortsat skulle være dataredundans (kopiering) på tværs af HR-Løn og SLS. Alle nødvendige data ligger i SLS og er tidligere kopieret til HR-Løn. Fremadrettet kan data forankres i et samlet system, hvor det forretningsmæssigt er mest hensigtsmæssigt uden at skulle tage hensyn til den tidligere opbygning, hvor der var to selvstændige systemer.

Hvis Moderniseringsstyrelsen skulle opretholde to selvstændige systemer, vil integration af kompleks funktionalitet på tværs af systemerne reelt ikke være mulig. Med to systemer ville styrelsen være tvunget til bevare det setup, hvor data kopieres fra det ene system (SLS) til det andet system (HR-Løn). Gennemførelsen af den bredere forretningsmæssige sammenhæng fordrer således, at SLS videreudvikles ved sammenlægning med HR-løn til ét samlet system.

En forudsætning for at igangsætte videreudviklingen og realiseringen af visionen for Statens Lønløsning er, at HR-Løn i første række flyttes og opsættes samlet med SLS. Løsningsbeskrivelsen i bilag 2 til Tillæg 2 beskriver, hvordan denne flytning som første skridt skal gennemføres. Det er ved indgåelsen af Tillæg 2 nøje planlagt, at der ikke er indlagt videreudvikling samtidig med, at HR-Løn flyttes. Et transitionsprojekt som sammenlægningen af HR-løn med SLS er risikofyldt og svært at gennemføre som planlagt – både med samarbejdet mellem kunder og afgivende og modtagende leverandør og med de konkrete tekniske udfordringer med at installere og integrere HR-Løn-miljøer med SLS-miljøer. Det kan ikke undgås, at der sker nogle driftsmæssige ændringer, men ved at fastholde funktionaliteterne i systemerne ved flytningen minimeres risici.

Da det således er Moderniseringsstyrelsens erfaring, at transitionsprojekter kan være risikofyldte og ofte medfører store tekniske udfordringer, har styrelsen tilrettelagt processen på den måde, at videreudviklingen, hvor de to systemer sammenlægges til ét samlet system, skal foretages over en længere periode, og at dette gennemføres i umiddelbar forlængelse af transitionen af HR-løn.

Ad 2) – ydelsen i Tillæg 2 blev tilbudt af CSC

Moderniseringsstyrelsen har i forlængelse af det, der er anført ad 1) ovenfor, gjort gældende, at de ydelser, som Tillæg 2 omfatter, udover at være udbudt i forbindelse med udbuddet af SLS, tillige blev tilbudt af CSC. Opgaven i Tillæg 2 om implementering og udvikling af HR-Løn blev tilbudt af CSC, idet CSC bl.a. som besvarelse på, hvordan SLS løbende kan modnes og fremtidssikres, anførte, at målet for modning af systemet er ”en arkitektur, hvor de primære funktioner i SLS er indeholdt i selvstændige komponenter, der udstiller services til en brugergrænseflade baseret på HR Løn”.

Ad 3) – Tillæg 2 er indgået under iagttagelse af den i SLS-kontrakten fastsatte procedure for ændringshåndtering

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at den indeholdte opgave i Tillæg 2 blev gennemført i overensstemmelse med den ændringshåndteringsprocedure, som fremgår af SLS-kontraktens punkt 16 og bilag 15. I overensstemmelse med de fastsatte formkrav til ændringshåndteringsprocedure udarbejdede og fremsendte Moderniseringsstyrelsen en skriftlig ændringsanmodning ved e-mail af 21. april 2015, hvor styrelsen også fremsendte et udkast til et tillæg. På baggrund heraf og i overensstemmelse med ændringsproceduren udarbejdede CSC en løsningsbeskrivelse, som Moderniseringsstyrelsen accepterede. Da Moderniseringsstyrelsen og CSC således efterlevede den fastsatte ændringsprocedure, og da ændringsanmodningen og Tillæg 2 har det indhold, som der er forudsat i denne ændringsprocedure, er der tale om en lovlig kontraktadministration inden for de rammer, som fremgik af udbudsmaterialet, og som alle tilbudsgivere dermed var bekendt med. Styrelsen har derfor ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 7 ved at indgå Tillæg 2 uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Ad 4) HR-Løn og SLS er teknisk forenelige, og implementeringen af HR-Løn i SLS er udtryk for en videreudvikling af SLS

CGI har påpeget, at der med Tillæg 2 ud fra en teknisk forståelse hverken er tale om en videreudvikling af SLS, eller om at HR-Løn implementeres i SLS, men at omfanget af SLS-Kontrakten blot udvides med et yderligere system, ved at vedligeholdelsen af HR-Løn flyttes fra en leverandør til en anden.

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at der er mange tekniske sam-

menhænge mellem HR-Løn og SLS. Dette underbygges af den række af fordele, synergieffekter og besparelser, der forventes ved integrationen af HR-Løn i SLS, der oplistes i bl.a. Moderniseringsstyrelsens notat af 22. maj 2014 ”Vision for Statens Lønløsning”. Der er bl.a. en væsentlig effektivisering og fremtidssikring af Statens Lønssystem, synergieffekter som følge af fælles teknologier, en forretningsmæssig synergieffekt ved at samle HR-Løn og SLS hos en enkelt leverandør, fjernelsen af dataredundans (duplikering af data) på tværs af HR-Løn og SLS, automatiseret synkronisering af grunddata mellem HR-Løn og SLS, etablering af fælles katastrofeberedskab m.v. Ved omlægningen af SLS-klienten til HR-løn og den heraf følgende videreudvikling og dermed modning af SLS foretages der sådanne ændringer i SLS, der gør, at den Java-baserede SLS-klient udfases og erstattes af HR-løn. Denne udfasning af SLS-klienten betyder, at HR-løn fremadrettet udvikles til at udgøre en forretningskritisk løsning, da HR-løn vil være eneste indrapporteringsmulighed for kunderne og interne ressourcer i Moderniseringsstyrelsen. Fra at udgøre en ”tynd skal” rundt om SLS, bliver HR-løn ved omlægningen således en fuldt integreret og dermed forretningskritisk del af SLS.

Ad påstand 2

CGI har gjort gældende, at Moderniseringsstyrelsen har begået den alvorligste af alle overtrædelser af EU-udbudsregler ved den ulovlige tildeling og kontraktindgåelse. Betingelserne for at erklære kontrakten for uden virkning for fremtidige leverancer er derfor opfyldt, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Betingelserne for at pålægge en økonomisk sanktion er endvidere opfyldt, og da leverancen er igangsat, skal sanktionen beregnes efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19.

Det bestrides, at samtlige betingelser i håndhævelseslovens § 4 stk. 1, er opfyldt, idet styrelsen har foretaget en åbenbar urigtig vurdering af, om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var nødvendig. Moderniseringsstyrelsen og alle tilbudsgivere var således fuldt ud klar over, at HR-Løn ikke var en del af den oprindelige SLS-kontrakt.

På grund af den begrænsede aktindsigt i Kammeradvokatens notat af 19. februar 2015 er det ikke muligt for CGI at vide, hvad Moderniseringsstyrelsen reelt har spurgt om, og hvad Kammeradvokaten i øvrigt har rådgivet om. Moderniseringsstyrelsen har ved Tillæg 2 flyttet drift og vedligeholdel-

se af det kontraktuelt selvstændige HR-Løn fra CGI til CSC, således at CSC for fremtiden skal stå for drift og vedligeholdelse af HR-Løn under den eksisterende SLS-kontrakt. Tillæg 2 beskriver således en væsentlig udvidelse af SLS-kontraktens omfang, dvs. en ændring af kontrakten, og ikke en ændring i medfør af kontrakten.

Det er således CGI's opfattelse, at Moderniseringsstyrelsen har foretaget en åbenbar urigtig vurdering af, om flytning af drift og vedligeholdelse af HR-Løn skulle have været i udbud, idet styrelsen vidste eller burde vide, at HR-Løn ikke var en del af SLS. Dette har styrelsen anført i det oprindelige udbudsmateriale. Svaret fra Kammeradvokaten lovliggjorde ikke en flytning af HR-Løn til CSC som beskrevet i Tillæg 2, og styrelsen har ikke foretaget den fornødne undersøgelse ved at indhente en udtalelse fra Kammeradvokaten. Da Moderniseringsstyrelsen har foretaget en åbenbar urigtig vurdering af, om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var nødvendig, kan og skal klagenævnet erklære den indgåede aftale for uden virkning, jf. EU-Domstolens sag C-19/13 ("Fastweb").

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at Tillæg 2 ikke kan erklæres uden virkning, og at indklagede ikke kan pålægges en økonomisk sanktion efter håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19. Det følger af lovens § 4, at indrykning af en såkaldt profylaksebekendtgørelse beskytter en ordregiver mod, at en kontrakt erklæres for uden virkning, hvor "en ordregiver i strid med EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende", jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1. De tre betingelser, som fremgår af lovens § 4, stk. 1, skal imidlertid alle være opfyldt, for at ordregiveren opnår denne beskyttelse: 1) forudgående offentliggørelse af profylaksebekendtgørelse, 2) afventning af udløb af en standstill-periode, og 3) ordregiveren finder, at indgåelse af kontrakt uden forudgående udbudsbekendtgørelse er tilladt i henhold til EU-udbudsreglerne.

Moderniseringsstyrelsen offentliggjorde den 13. maj 2015 en profylaksebekendtgørelse om den planlagte indgåelse af Tillæg 2 og afventede udløbet af standstill-perioden på 10 dage, hvorefter styrelsen og CSC indgik Tillæg 2 den 10. juni 2015. Betingelse 1) og 2) er derfor opfyldt.

I forhold til den 3. betingelse følger det af forarbejderne til håndhævelsesloven, at klagenævnet kan erklære kontrakten for uden virkning, hvis kla-

genævnet vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering af, om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var nødvendig. Vurderingen skal ske ud fra en objektiv vurdering af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed indgår. Der kan i den forbindelse henvises til Østre Landsrets dom af 20. december 2013 vedrørende klagenævnets kendelse af 3. november 2011 i sagen Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, hvor landsretten på linje med forarbejderne til håndhævelsesloven foretog en konkret vurdering af, om Rigspolitiets vurdering af lovligheden var åbenbar urigtig, og EU-Domstolens sag C-19/13, Fastweb (præmis 50), hvor Domstolen bidrog med, at klageinstansen skal efterse, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu, og om den ordregivende myndighed kunne vurdere, om det var lovligt at indgå kontrakt uden udbud.

Forud for indgåelsen af Tillæg 2 undersøgte Moderniseringsstyrelsen nøje rammerne for det kontraktuelle forhold mellem styrelsen og CSC og gennemgik det oprindelige udbudsmateriale fra udbuddet af SLS. Moderniseringsstyrelsen anmodede derudover Kammeradvokaten om at vurdere, om Tillæg 2 kunne indgås uden en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. På det foreliggende grundlag vurderede Kammeradvokaten, at det var nærliggende, at den beskrevne videreudvikling af SLS måtte anses for at være en ændring i medfør af SLS-kontrakten.

Samtlige 3 betingelser i håndhævelseslovens § 4 er dermed opfyldt, og Tillæg 2 kan derfor ikke erklæres for uden virkning efter lovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Ad påstand 3

CGI har gjort gældende, at betingelserne for at pålægge en økonomisk sanktion i medfør af håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 2, og § 19 er opfyldt. Ved udmåling af den økonomiske sanktion skal der lægges vægt på, at Moderniseringsstyrelsen har begået den mest alvorlige af alle overtrædelser af EU's udbudsregler, nemlig en ulovlig direkte kontrakttildeling.

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at styrelsen ikke kan pålægges en økonomisk sanktion, hverken efter håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 2, eller nr. 3. Det følger af § 18, stk. 2, nr. 2, og nr. 3, at der fastsættes en alternativ sanktion efter § 19 eller § 20, når ”en kontrakt, der er omfattet af §

17, stk. 1, og som ikke er undtaget efter § 4 eller § 17, stk. 2, ikke erklæres for uden virkning, jf. § 17, stk. 3”, eller hvis ”en del af en kontrakt erklæres for uden virkning, jf. stk. 1”. Bestemmelserne omfatter de tilfælde, hvor klagenævnet vurderer, at det er uproportionalt at erklære kontrakten for uden virkning af hensyn til almenhedens interesser, jf. § 17, stk. 3, eller alene erklærer en kontrakt for uden virkning med virkning for fremtiden, men muligheden for at erklære en kontrakt for uden virkning undtager eksplicit i det hele kontrakter, der er undtaget efter håndhævelseslovens § 4, som indgåelsen af tillæg 2 er omfattet af.

Ad påstand 4

CGI har gjort gældende, at Moderniseringsstyrelsen har begået den mest alvorlige af alle overtrædelser af EU’s udbudsregler ved at foretage en ulovlig direkte tildeling. Betingelserne for annulation efter håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 2, er derfor opfyldt.

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at styrelsens beslutning om at indgå Tillæg 2 med CSC ikke kan annulleres. For at en ordregivers beslutning kan annulleres, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 2, skal beslutningen være ulovlig og overtrædelser desuden være af en vis grovhed. I forhold til kontraktændringer kan en beslutning om indgåelse af en ændring således annulleres, hvis der er tale om en væsentlig ændring af kontrakten, der ikke har hjemmel i kontrakten, og karakteren af den ulovlige beslutning, som ordregiveren har truffet, har en vis grovhed. Som det følger af Moderniseringsstyrelsens anbringender ovenfor ad påstand 1, er der i denne sag ikke tale om en ændring af kontrakten, men en ændring i medfør af kontrakten, og da kontraktens procedure vedrørende ændringshåndtering er overholdt, er der ikke tale om en ulovlig beslutning, som kan annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at de ydelser, som er aftalt mellem styrelsen og CSC i Tillæg 2, er omfattet af de ydelser, der blev udbudt i forbindelse med udbuddet af SLS, og at Tillæg 2 derfor er en lovlig ændring i medfør af SLS-kontrakten.

En ændring af kontrakten, som er ”en ændring i medfør af kontrakten”, vil kunne gennemføres uden fornyet udbud. Det er anerkendt i EU-udbudsretten, at der i en kontrakt kan indgå ændringsklausuler, hvorved ordregiveren sikrer en fleksibilitet i kontraktperioden uden på ny at skulle iværksætte et udbud. Det er en forudsætning, at klausulen beskriver, hvornår og hvordan ændringen kan finde sted. Det skal med andre ord være gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvad de giver tilbud på, herunder hvad mulige ændringer omhandler. Hvis der er usikkerhed om arten og omfanget af en ændring, er ændringsklausulen i strid med ligebehandlingsprincippet. Er den mulige ændring derimod klart beskrevet – og således har været forudsigelig for tilbudsgiverne og potentielle tilbudsgivere – har ændringen været konkurrenceudsat, og den senere ændring sker herefter i medfør af kontrakten. Er der ikke tale om en ændring i medfør af kontrakten, er det afgørende, om den ønskede ændring er uvæsentlig eller væsentlig. En uvæsentlig ændring kan gennemføres uden nyt udbud, mens en væsentlig ændring af kontrakten kun kan gennemføres efter et udbud.

Det anførte er i overensstemmelse med udbudsloven, som trådte i kraft den 1. januar 2016, og som finder anvendelse på udbud, der er iværksat efter den dato. Af lovens § 179 fremgår:

”Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og betingelserne for deres anvendelse og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.”

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

”§ 179 gennemfører direktivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a. Der findes ingen lignende bestemmelser i det gældende direktiv, men reglerne er i vidt omfang en kodificering af gældende ret, som er fastslået ved retspraksis fra EU-domstolen. EU-Domstolen har fastslået, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed rækker ind i kontraktforholdet, og sætter grænser for, hvilke ændringer ordregiver og leverandør kan foretage i kontrakten. Det skyldes, at ændringer efter omstændighederne kan anses for indgåelse af en ny udbudspligtig kontrakt.

§ 179 indebærer, at ændringer der foretages i et kontraktforløb som følge af klare, præcise og entydige klausuler, der fremgik af udbudsmaterialet, ikke skal anses for ændringer af grundlæggende elementer. En så-

dan klausul kan f.eks. indføres i udbudsmaterialets udkast til kontrakt. Disse ændringer anses som ændringer i medfør af kontrakten og ikke ændringer af kontrakten.

Betingelsen om, at ændringsklausuler skal være klare, præcise og entydige er indført for ikke at give ordregiveren et ubetinget frit valg med hensyn til, hvilke ændringer, der kan foretages i en offentlig kontrakt. Hermed menes, 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. En ændringsklausul vil være klar, præcis og entydig, hvis leverandørerne kan støtte ret på klausulen ved en domstol, voldgift eller lignende. Sådanne ændringsklausuler kan i henhold til direktivets betragtning nr. 111 f.eks. omfatte prisindeksering og produktudskiftning, eksempelvis med henblik på sikring af, at produkter, der skal leveres over en længere periode er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet. En ændringsklausul kan eksempelvis gå ud på, at leverandøren kan udskifte et produkt, såfremt det ikke længere markedsføres, eller markedsføres i en ny og mere miljøvenlig udgave eller i øvrigt markedsføres i en forbedret udgave, herunder som følge af nye branchestandarder. Herudover kan en ændringsklausul indebære, at sortimentet kan udvides med nye produkter f.eks., hvor de gamle endnu ikke er udfaset. En sådan klausul skal dog entydigt fastlægge, hvilke krav det nye produkt skal opfylde.

Ændringsklausulerne må dog ikke forandre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. Hermed menes, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.”

Det fremgår bl.a. af *udbudsbekendtgørelsen* ved udbuddet af SLS, at den udbudte tjenesteydelse omfattede ”[l]øbende udviklingsopgaver, herunder programmering, test og implementering samt nye versioner og releases”, og det er anført, at ”[d]et er muligt, at Moderniseringsstyrelsen i løbet af kontraktens løbetid ønsker at få gennemført en teknologifornyelse af systemet inden for kontraktens økonomiske rammer, herunder eksempelvis modning til et andet miljø, modularisering, udvikling af eksisterende funktionalitet til nyt programmel eller videreudvikling af ny funktionalitet”. Endelig er det anført: ”I forbindelse med varetagelsen af applikationsforvaltningsopgaverne lægger Moderniseringsstyrelsen vægt på, at løsningsforslag medvirker til en bredere forretningsmæssig sammenhæng, herunder eventuelt ved brug af elementer fra andre systemer”.

I *SLS-kontrakten* er det anført, at leverandøren er ansvarlig for løbende vi-

dereudvikling af det faste programmel i applikationen. I bilag 2 til kontrakten, ”Kravspecifikation”, står bl.a., at ”[l]everandøren skal kunne udføre vedligeholdelse og videreudvikling på systemet ...”, og det er anført, at vedligeholdelse og videreudvikling kan være nødvendiggjort af bl.a. ”maintainabilitykrav”, som dækker over ændringer til systemet, der er nødvendige at gennemføre for at sikre systemets fortsatte vedligeholdelsesmulighed og nutidighed. Det fremgår endvidere, at Moderniseringsstyrelsen har et ønske om løbende at tilpasse Statens Lønssystem til de krav, som omgivelserne stiller, og tilbudsgiverne blev bedt om at beskrive en vision for, hvordan applikationen løbende kunne modnes og fremtidssikres.

SLS-kontraktens punkt 16 og bilag 15 fastlægger proceduren ved ændring af kontrakten. Det er ubestridt, at Moderniseringsstyrelsen har fulgt den fastsatte procedure forud for indgåelsen af Tillæg 2.

Ved Tillæg 2 indgik Moderniseringsstyrelsen og CSC aftale om, at CSC skal gennemføre en transition af HR-Løn til CSC, og at CSC efterfølgende skal varetage opgaven med drift, vedligeholdelse og udvikling af HR-Løn. Hovedparten af den funktion, der er i SLS-klienten, skal omlægges til HR-Løn. Det fremgår endvidere af bilag 2 til Tillæg 2, at formålet med opgaven er ”at flytte drift og vedligehold af HR-løn fra CGI (nuværende leverandør) til CSC (modtagne leverandør) og derefter drifte og vedligeholde applikationen under den eksisterende SLS-kontrakt ... hos CSC”.

HR-Løn var ikke en del af udbuddet af SLS. Det fremgår således bl.a. af dokumentet ”Statens LønSystem (SLS), Overordnet forretningsarkitektur” af 8. august 2012, der var en del af udbudsbetingelserne:

”Webservice-indgangen til SLS anvendes også af grænsefladesystemet HR-Løn. HR-Løn er en mere moderne og brugervenlig indgang til SLS, og det er tanken, at HR-Løn med tiden overtager den fulde on-line indrapportering til systemet. HR-Løn er kontraktuelt udenfor SLS.”

Det var da også naturligt, at HR-Løn ikke var en del af udbuddet af SLS, idet Økonomistyrelsen i 2009 gennemførte et udbud, hvor ”[l]everandøren skal foretage etablering, herunder udvikling, test og idriftsættelse af løsnin-gen, og skal foretage vedligeholdelse, videreudvikling og drift af HRLøn. Det er tillige leverandørens ansvar at anskaffe de miljøer, der skal bruges til udvikling, test og drift. Videreudvikling kan bl.a. bestå af integration til an-

dre systemer f.eks. CPR, samt videreudvikling af HRLøn's funktionalitet". Den "videreudvikling og vedligeholdelse", som anføres i udbudsbekendtgørelsen vedrørende SLS og i SLS-kontrakten, angår derfor SLS og ikke HRLøn.

Selv om det flere steder i udbudsmaterialet vedrørende SLS fremgår, at udbuddet omfatter løbende udviklingsopgaver, udvikling af funktionalitet, modning m.v., har dette alene reference til SLS. Det er ingen steder beskrevet, at kontrakten kan blive ændret, således at tilbudsgiverne også skulle give tilbud på at overtage driften, vedligeholdelsen og udviklingen af HRLøn, og det kan ikke lægges til grund, at de tilbud, som CSC og Silkeborg Data afgav i 2012 også omfattede disse ydelser. CSC's og Silkeborg Datas bemærkninger om omlægningen af SLS-klienten til HRLøn kan ikke karakteriseres som et tilbud på den fremtidige drift, vedligeholdelse og udvikling af HRLøn, men derimod som en vision for den fremtidige udvikling af SLS. Der er således ikke tale om en ændring "som følge af klare, præcise og entydige klausuler, der fremgik af udbudsmaterialet".

Efter det anførte er Tillæg 2 mellem Moderniseringsstyrelsen og CSC ikke en ændring i medfør af SLS-kontrakten, men derimod en ændring af SLS-kontrakten, som kun kan gennemføres uden udbud, hvis den er uvæsentlig. Moderniseringsstyrelsen har ikke gjort gældende, at ændringen af uvæsentlig, og dette resultat støttes endvidere af kontraktværdien af Tillæg 2, som er på næsten 29 mio. kr.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter håndhævelseslovens (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 4, stk. 1, kan en ordregiver sikre sig mod, at en udbudspligtig kontrakt indgået uden udbud erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren før kontraktindgåelsen har indrykket en bekendtgørelse, hvis ordregiveren ikke har indgået kontrakten før udløbet af en standstill-periode på 10 kalenderdage fra dagen efter bekendtgørelsen, og hvis ordregiveren – efter at have udvist den fornødne omhu – har fundet, at kontrakten ikke var udbudspligtig. Der henvises i øvrigt til EU-Domstolens dom i sag C-19/13, Fastweb.

Moderniseringsstyrelsen indrykkede den 13. maj 2015 en bekendtgørelse

med henblik på frivillig forudgående gennemsigthed, jf. håndhævelseslovens § 4, stk. 1, nr. 1, og styrelsen indgik først kontrakt med CSC den 10. juni 2015 og overholdt således kravet i § 4, stk. 1, nr. 2. Det er herefter afgørende, om Moderniseringsstyrelsen har udvist den fornødne omhu forud for styrelsens vurdering af, at kontrakten ikke var udbudspligtig. Hvis det ikke er tilfældet, således at styrelsen må anses for at have foretaget en åbenbar urigtig vurdering af, om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var nødvendig, kan kontrakten erklæres for uden virkning.

Moderniseringsstyrelsen har anført, at styrelsen forud for indgåelsen af Tillæg 2 nøje undersøgte rammerne for det kontraktuelle forhold mellem styrelsen og CSC og gennemgik det oprindelige udbudsmateriale fra udbuddet af SLS. Moderniseringsstyrelsen anmodede derudover Kammeradvokaten om at vurdere, om Tillæg 2 kunne indgås uden en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Som anført ad påstand 1 indeholder udbudsmaterialet vedrørende SLS ikke drift, vedligeholdelse og udvikling af HR-Løn. HR-Løn var ikke en del af udbuddet af SLS, og Moderniseringsstyrelsens undersøgelser af det oprindelige udbudsmateriale fra udbuddet af SLS eller SLS-kontrakten kan ikke have bestyrket styrelsen i den vurdering, at der i kontrakten var taget højde for, at drift, vedligeholdelse og udvikling af HR-Løn kunne blive en del af kontrakten.

Moderniseringsstyrelsen har fremlagt uddrag af Kammeradvokatens udtalelse om, hvorvidt Tillæg 2 kunne indgås uden en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Heraf fremgår:

”På baggrund af de ovenfor fremhævede forhold vil det umiddelbart være nærliggende, at en videreudvikling af SLS-systemet, således at funktionaliteten fra HR-løn implementeres heri, må anses for at være en ændring i medfør af SLS-kontrakten.”

Det fremlagte uddrag giver ikke indsigt i, hvad Kammeradvokaten reelt svarede på. Det er således uoplyst, hvilke ”fremhævede forhold” Kammeradvokaten blev præsenteret for. Kammeradvokaten udtaler sig ifølge uddraget også kun om, hvad der er ”umiddelbart nærliggende”. Udtalelsen indeholder således efter det uddrag, som er fremlagt, forbehold, som medfører,

at Moderniseringsstyrelsen ikke kan være blevet bestyrket i sin mulige antagelse om, at Tillæg 2 kunne indgås uden udbud.

Klagenævnet finder herefter, at Moderniseringsstyrelsen ikke har udvist den fornødne omhu forud for sin vurdering om, at kontrakten ikke var udbudspligtig. Vurderingen må derimod betegnes som åbenbar urigtig. Betingelsen i håndhævelseslovens § 4, stk. 1, nr. 3, er herefter ikke opfyldt, og klagenævnet tager derfor påstanden om, at kontrakten mellem Moderniseringsstyrelsen og CSC skal erklæres for uden virkning til følge, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Efter lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Moderniseringsstyrelsen har ikke anført hensyn til støtte herfor, og der er derfor ikke grundlag for ikke at erklære kontrakten for uden virkning.

Kontrakten skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtiden. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontraktens art og tidsmæssige udstrækning. Kontrakten erklæres herefter for uden virkning fra den 1. august 2016.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens alvorlige karakter – ulovlig direkte kontrakttildeling – og til, hvor stor en del af aftalen der opretholdes, fastsættes en økonomisk sanktion til 250.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3. Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Moderniseringsstyrelsen har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 7 ved at tildele kontrakten ”Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem” med en anslået værdi på 28.912.322,50 kr. til CSC uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Moderniseringsstyrelsen pålægges at bringe kontrakten med CSC Danmark A/S om ”Tillæg 2 om videreudvikling til Kontrakt om drift og applikationsforvaltning af Statens Lønssystem” til ophør med virkning fra den 1. august 2016.

Moderniseringsstyrelsen skal til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 250.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelse af denne kendelse.

Moderniseringsstyrelsen skal i sagsomkostninger til CGI Danmark A/S betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
specialkonsulent