

K E N D E L S E

Assemble A/S
(advokat Lau Normann Jørgensen, København)

mod

Lejre Kommune
(advokat Anders Nørgaard Jensen og advokat Povl Nick Bronstein, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 069-119099 af 3. april 2014 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ("SKI") som begrænset udbud efter det dagældende udbudsdirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF) Rammeaftale 02.19 ASP/Cloud-SaaS om IT-rådgivning, programmeludvikling, internet og support ("Rammeaftalen"). Rammeaftalen omfatter 5 delaftaler, herunder delaftale 2 om Kommunale Asp og Cloud-SaaS Services. Bl.a. Assemble A/S og KMD A/S er leverandører på delaftale 2.

Denne sag angår en direkte tildeling under Rammeaftalen, som Lejre Kommune foretog den 13. januar 2017 til fordel for KMD om levering af et dagtilbudssystem til kommunen. Kommunen og KMD indgik den 21. januar 2017 kontrakt for en 4-årig periode med ikrafttræden den 1. februar 2017 og udløb den 31. januar 2021. Kontrakten er efterfølgende forlænget til den 31. januar 2022 og derefter til den 31. januar 2023. Værdien af den fireårige kontrakt er efter det oplyste 1.969.859 kr. Værdien af forlængelserne er efter det oplyste henholdsvis 533.389 kr. og 544.056 kr., således at den samlede værdi af kontrakten inklusive forlængelser er 3.047.304 kr.

Den 22. december 2021 indgav Assemble klage til Klagenævnet for Udbud over Lejre Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Assemble har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Lejre Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i direktiv 2004/18/EF, artikel 2, ved at have foretaget en direkte tildeling af leveringsaftale om et dagtilbudssystem på SKI-rammeaftale 02.19 (2014) til KMD i strid med rammeaftalens bestemmelser, jf. direktivets artikel 32, stk. 4, 2. afsnit, 1. pind.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Lejre Kommunes beslutning af 13. januar 2017 om at tildele leveringsaftale om levering af et dagtilbudssystem i Lejre Kommune til KMD.

Påstand 3

Klagenævnet skal erklære kontrakten mellem Lejre Kommune og KMD for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Lejre Kommune har erkendt overtrædelsen i påstand 1 samt påstand 2 om annullation. Kommunen har endvidere nedlagt påstand om, at påstand 3 ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 23. december 2021 meddelt Lejre Kommunes kontrakt-part, KMD, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

KMD har ikke besvaret henvendelsen.

Sagens nærmere omstændigheder

Det er oplyst, at der er tre etablerede udbydere af pladsanvisningssystemer på det danske marked:

- KMD med løsningen *KMD Institution* (med en markedsandel på mere end 80 % af kommunerne)
- 1ST med løsningen *Tabulex Daginstitution*

- Assemble med løsningen *Nembørn* (også kaldet *Nemplads*, der aftages af 7 kommuner)

KMD Institution indeholder ingen automatisering med hensyn til selve anvisningen af pladser, mens Nemplads giver mulighed for automatiseret pladsanvisning.

Assemble har bl.a. oplyst, at de organisatoriske ændringer, som implementeringerne af Nemplads har givet anledning til, har været problemfyldte, bl.a. fordi de har indebåret nedlæggelse af stillinger og i visse tilfælde opsigelser, medmindre de berørte medarbejdere har fået en omplacerings- eller anden jobgaranti inden for kommunen.

Af udbudsbekendtgørelsen, hvorved Rammeaftalen blev udbudt, fremgår, at de omfattede opgaver indgår i FORM (Fælles Offentlig Reference Model), der er et opgavekatalog over det offentliges opgaver. FORM er opdelt i serviceområder, hovedområder, opgaveområder og forvaltningsopgaver.

Af pkt. 2.1 i retningslinjerne for tildeling i henhold til Rammeaftalen fremgår:

”...

Ved tildeling af Leveringsaftale via Direkte tildeling uden genåbning af konkurrencen skal Kunder foretage deres tildeling på baggrund af det konkrete behov. Behovet skal opgøres på et sagligt og ikke-diskriminerende grundlag og ud fra objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier.

...”

Af retningslinjernes pkt. 3.1 fremgår, at kunden skal identificere, hvilke specifikke SKI FORM og SKI STORM (Service og Teknologi Offentlig Reference Model) områder der dækker kundens behov. Kundens behov identificeres ved brug af det tildelingsværktøj, SKI har stillet til rådighed.

Det følger af pkt. 3.1, at såfremt kun en leverandør kan levere de ydelser, der modsvarer kundens behov, tildeles leveringsaftalen direkte til denne leverandør uden yderligere evaluering. Hvis flere leverandører kan levere ydelserne, skal kunden foretage en evaluering i relation til pris og kvalitet og tildele kontrakten til den leverandør, som opnår den bedste score.

Der er fremlagt en behovsopgørelse fra Lejre Kommune. Behovsopgørelsen blev fremsendt internt i kommunen ved en mail af 5. januar 2017. I behovsopgørelsen opgjorde kommunen sine behov således:

”Behovsopgørelse (krav til et system)

Center for Børn og Læring fra Lejre Kommune har behov for et dagtilbudssystem der kan administrere børn der anvender/ønsker plads i nedenstående pasningstilbud:

- Dagtilbud til børn (Dagpleje, Vuggestue og Børnehave)
- Skolefritidsordninger
- Puljeordninger
- Private børnepassere
- Private institutioner

Det er et krav at Dagtilbudssystemet kan benyttes af de andre centre i kommunen samt kommunens institutioner/sfo.

Nedenfor er opstillet de krav som Center for Børn og Læring har til et dagtilbudssystem:

Udtræk af lister fra dagtilbudssystemet:

...

Takster/forældrebetaling

...

Advis vedr. børn/betalere registreret aktive i systemet via CPR

...

Overblik på den enkelte sag via CPR

...

Private institutioner

...

Puljeinstitutioner

...

Digital pladsanvisningsløsning samt hændelsesoversigten

...

Genberegning af økonomisk fripladstilskud skal månedvis

...

Årlig genberegning af økonomisk fripladstilskud

...

Mellemkommunal afregning:

...

Sagsskifte

...

Frit valg over kommunegrænsen

...

Økonomisk friplads

...

Dagplejesystem skal kunne håndtere

...

Belægning/kapacitet og ventelister

...

Systemet skal kunne håndtere snitflader til følgende

...

Generelt

- ...
- **Automatisk bookingsystem for dagtilbudspladsen ønskes der ikke tilbud på. Kommunen fordeler manuelt pladser i forhold til ledig kapacitet og ventelister.”**

Der er fremlagt et notat af 12. januar 2017 om Lejre Kommunes tildelingsbeslutning:

”Tildelingsbeslutning på SKI 02.19 - Institutionssystem

Fagcenteret i Lejre Kommune har foretaget en faglig vurdering af, hvilke funktionaliteter, der skal være tilgængelige i en løsning, for at denne kan understøtte Lejre Kommunes arbejdsgange og dermed dække behovet, hvilket udgør den bilagte behovsopgørelse. Lejre Kommune har til dato KMD Institution som system.

Der er foretaget en vurdering af de hvilke systemer, der kan levere de ønskede funktionaliteter/behov, samt hvorvidt de er hidhørende kerneydelsen eller skal tilkøbes som funktionelle tillægsydelser.

Det kan konstateres at vi vil skulle øge vores ressourcer væsentligt til beregning af økonomisk friplads, herunder på månedsbasis, såfremt der ikke anvendes en automatisering af disse arbejdsgange. Denne manglende funktionalitet hos Tabulex Institution er estimeret til give Kommunen merarbejde på over 1300 arbejdstimer pr. år, hvilket vi ikke har kapacitet til.

Det er konstateret at systemet NemBørn II anvender en anden arbejdsgangsprocedure end den, som Lejre Kommune anvender. Vores behov er, at anvende en *manuel* visitering af pladser i forhold til ledig kapacitet og ventelister, mens NemBørn II tilbyder enten et automatisk bookingsystem eller en automatisk visitering via venteliste. Ydermere er det konstateret i SKI tildelingsark, at det ved køb af de nødvendige tillægsydelser, så vil systemet være væsentligt dyrere end KMD Institution.

Lejre Kommune forventer på ovenstående baggrund at indgå kontrakt med KMD vedrørende levering af KMD Institution, som vil overgå til systemet Børn & Unge 0-30 år, når denne platform er færdigudviklet.”

Af en mail af 13. januar 2017 sendt internt i Lejre Kommune fremgår:

”Subject: Udkast til tildelingsbeslutning om KMD Institution

Attachments: Assemble.docx, Behovsopgørelse - Institutionssystem.docx, 1ST.docx, NOTAT - SKI 02.19 tildelingsbeslutning for Institutionssystem.docx, KMD.docx

Kære alle,

Hermed udkast til tildelingsbeslutning, den endelige behovsopgørelse og tildelingsbeslutningsskrivelser til KMD, Assemble og 1ST. Jeg har taget de forhold ud af tildelingsbeslutningen, som var lidt mere usikre momenter i jeres vurdering af systemerne (særligt vedrørende Assemble). Men ... og ... I må meget gerne lige særligt kvalitetstjekke dokumentet med tildelingsbeslutning.

Assemble vil formentlig søge om aktindsigt i vores behovsopgørelse og tildelingsbeslutningsnotat, men det var KMDs erfaring, at der oftest ikke sket yderligere, når man havde lavet disse forberedende arbejder.

Men som vi tidligere har drøftet, så er der altid risiko ved tildelinger.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Assemble har gjort gældende, at Lejre Kommunes direkte tildeling til fordel for KMD ikke er i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Kommunen har således ikke foretaget tildelingen på grundlag af rammeaftalens bestemmelser og de objektive kriterier i udbudsmaterialet, jf. direktivets artikel 32.

Virksomheden har nærmere anført, at kommunen har undladt at identificere, hvilke FORM og STORM områder der dækker det identificerede behov. Derfor har kommunen heller ikke kunnet vurdere, at kun en leverandør kunne opfylde behovet og med udgangspunkt heri foretage en direkte tildeling. Der er derfor tale om en ulovlig direkte tildeling i strid med direktivet og ulovlig forskelsbehandling af leverandørerne til fordel for KMD og på bekostning af Assemble. En markedsdialog med KMD har ikke været relevant, idet kommunen enten blot skulle orientere sig om, hvad der ikke kunne købes på Rammeaftalen, eller gå frem efter Rammeaftalen og identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra de allerede afgivne tilbud. Under alle omstændigheder omfatter en markedsdialog ikke drøftelser med én virksomhed (KMD) – og ikke andre virksomheder – om potentielle klager og anmodninger om aktindsigt fra andre virksomheder. At sådanne drøftelser har fundet sted, viser også, at der er sket forskelsbehandling.

Lejre Kommune har anført, at kommunen ved behovsopgørelsen og tildelingsbeslutningen lagde vægt på oplysninger og antagelser, der formelt ikke var i fuld overensstemmelse med Rammeaftalens bestemmelser om tildeling. Kommunen har således, set i lyset af klagenævnets seneste fortolkningspraksis, anlagt en unøjagtig fortolkning af tildelingsproceduren under Rammeaftalen. Kommunen har ikke vurderet løsningerne fra de øvrige leverandører på Rammeaftalen, navnlig 1ST og Assemble, og har dermed ikke foretaget en korrekt udsøgning i FORM/STORM i overensstemmelse med retningslinjerne for direkte tildeling og miniudbud efter Rammeaftalen.

Dette er dog ikke sket med henblik på forskelsbehandling, og tildelingen til KMD er ikke båret af modvilje mod Assembles løsning. Lejre Kommune skønner, at manuel pladsfordeling er mere formålstjenlig end et automatisk bookingsystem og automatisk visitering via venteliste, sådan som Assembles system tilbyder. Kommunens behovsopgørelse forelå den 5. januar 2017 og

således før tildelingsbeslutningen. Den senere behovsopgørelse af 13. januar 2017 er alene en præcisering af den oprindelige behovsopgørelse. Kommunens forudgående markedsdialog med KMD er ikke ulovlig forskelsbehandling, men havde alene karakter af teknisk afklaring. Kommunen var således også i kontakt med Assemble.

Ad påstand 2

Assemble har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen som følge af overtrædelsen i påstand 1 skal annulleres. Virksomheden blev først bekendt med den ulovlige direkte tildeling i efteråret 2021 og således ikke allerede i 2017.

Lejre Kommune har – uanset at kommunen har erkendt, at der skal ske annullation – anført, at tertiære momenter bør føre til, at kontrakten opretholdes indtil den 31. januar 2023.

Det er tvingende nødvendigt for kommunen at opretholde et lovpligtigt pladsanvisningssystem i en nødperiode, indtil et genudbud er gennemført, dvs. frem til den 31. januar 2023. Assemble har udvist passivitet, idet virksomheden har været bekendt med kontrakten med KMD siden januar 2017 og først har indgivet klage 4 år efter. Pladsanvisningssystemer leveres alene af Assemble og KMD, og derfor er der ikke hensyn at tage til andre markedsaktører.

Ad påstand 3

Assemble har gjort gældende, at det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 3, at kontrakten skal erklæres for uden virkning, idet Lejre Kommune har tildelt og indgået kontrakten uden at iagttage reglerne herom i Rammeaftalen.

Virksomheden har nærmere anført, at det er fast praksis fra klagenævnet, jf. kendelse af 7. september 2021, Assemble A/S mod Herning Kommune, at en ulovligt indgået kontrakt skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1. I klagenævnets kendelse af 10. januar 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S, fik ordregiveren fem måneder til at afholde et nyt udbud, mens ordregiveren i kendelsen af 7. september 2021, Assemble A/S mod Herning Kommune, fik knap fire måneder.

Kommunen har taget bekræftende til genmæle over for påstanden om ulovlig direkte tildeling. Der er i sagen tale om en hyldevare, som tilmed kan tildeles via en SKI-rammeaftale. Derfor kan kommunen allerede nu påbegynde arbejdet med enten at udarbejde et udbudsmateriale på baggrund af den udarbejdede behovsopgørelse eller en FORM/STORM analyse. Der kan ikke i det lys være forhold, som taler for at tillade, at kontrakten løber helt til den 31. januar 2023.

Lejre Kommune har – for det tilfælde at klagenævnet finder, at kontrakten skal erklæres for uden virkning fra et tidspunkt før den 31. januar 2023 – anmodet om, at tidspunktet udskydes mod en forholdsmæssig forøgelse af den økonomiske sanktion i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 2, jf. klagenævnets kendelse af 10. januar 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S.

Kommunen har nærmere anført, at tidspunktet for uden virkning beror på klagenævnets skøn. I klagenævnets kendelse af 7. september 2021 blev fristen fastsat til 3 måneder og 11 dage. Det er forventeligt, at klagenævnet vil fastsætte en tilsvarende frist, hvis kontrakten erklæres for uden virkning. Kommunen har i sagen forlænget kontraktperioden til den 31. januar 2022 og derefter til den 31. januar 2023. Dette skyldes et behov for at genudbyde kontrakten. Arbejdet med behovsopgørelsen forventes afsluttet i april 2022, og driftsstart for den nye kontrakt forventes den 1. februar 2023.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Lejre Kommune har erkendt, at Rammeaftalens bestemmelser for tildeling af leverancer ikke er fulgt. Det var således i strid med Rammeaftalen, at kommunen foretog en direkte tildeling af kontrakten til fordel for KMD A/S.

På baggrund af kommunens erkendelse, og som påstanden er formuleret, er der ikke anledning til at tage stilling til, om kommunens kontakt til KMD A/S havde karakter af ulovlig forhandling, og om der på andre måder har fundet forskelsbehandling sted.

Udbuddet er foretaget efter direktiv 2004/18/EF ved udbudsbekendtgørelse af 3. april 2014. Det er således dette direktivs bestemmelser, der finder anvendelse, jf. udbudslovens § 196, stk. 2, og kendelse af 7. september 2021, Assemble A/S mod Herning Kommune.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

I overensstemmelse med Lejre Kommunes erkendelse og det ovenfor anførte ad påstand 1 tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Lejre Kommune har erkendt, at tildelingen af kontrakten til KMD A/S var en direkte tildeling i strid med Rammeaftalens bestemmelser.

Det følger på denne baggrund af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakten skal erklæres for uden virkning, jf. dog lovens § 4. Lejre Kommune har ikke forud for kontraktindgåelsen offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med § 4. Den kontrakt, der er indgået med KMD A/S, skal derfor efter § 17, stk. 1, nr. 1, erklæres for uden virkning, jf. også kendelse af 7. september 2021, Assemble A/S mod Herning Kommune.

Efter lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, dog opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Af lovbemærkningerne fremgår, at et væsentligt hensyn til almenhedens interesser fx kan være til stede, hvis den omstændighed, at en kontrakt bringes til ophør, umuliggør opfyldelse af en ordregivers forsyningspligt eller bringer menneskers eller dyrs liv eller sundhed i fare. Derimod kan økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågældende kontrakt ikke udgøre væsentlige hensyn til almenhedens interesser.

Hvis en direkte tildelt kontrakt erklæres for uden virkning, har dette efter lovens § 18, stk. 1, virkning for fremtiden.

Lejre Kommune har nedlagt påstand om ”frifindelse” over for påstanden om uden virkning.

Kommunen har i den forbindelse anmodet om, at tidspunktet for uden virkning udskydes, idet der angiveligt foreligger ”tertiære momenter”. Kommunen har herved forudsat, at en udskydelse af tidspunktet for uden virkning sker mod, at der fastsættes en forholdsmæssigt større økonomisk sanktion efter klagenævnslovens § 18, stk. 2, og §§ 19 - 20, jf. klagenævnets kendelse af 10. januar 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S.

Kommunen har oplyst, at dens behovsopgørelse forventes afsluttet i april 2022, og at driftsstart for den nye kontrakt forventes den 1. februar 2023 og således umiddelbart efter udløbet af den igangværende kontrakt. Det er efter kommunens opfattelse tvingende nødvendigt at opretholde et lovpligtigt pladsanvisningssystem i en nødperiode, indtil kommunen har gennemført et egentligt genudbud.

Klagen over den ulovlige direkte tildeling, hvori Assemble A/S nedlagde påstand om annullation og uden virkning, blev indgivet til klagenævnet den 22. december 2021. I svarskriftet af 2. februar 2022 erkendte Lejre Kommune implicit, at betingelserne for uden virkning var opfyldt, og fremkom alene med bemærkninger om tidspunktet for uden virkning til støtte for påstanden om frifindelse for påstand 3 om uden virkning. Det må senest på dette tidspunkt have stået kommunen klart, at der var behov for at afløfte udbudspligten, hvis ydelsen fortsat ønskedes indkøbt. Disse forhold samt hensynet til effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og kommunens behov for at have et pladsanvisningssystem til rådighed må indgå ved vurderingen af spørgsmålet om tidspunktet for uden virkning.

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på disse forhold sammenholdt med kommunens muligheder for at tilrettelægge og gennemføre nyt udbud. Kontrakten indgået med KMD A/S erklæres herefter for uden virkning fra og med den 1. september 2022. De hensyn til kommunen, som den har henvist til, er herved i tilstrækkelig grad tilgodeset. Det tilføjes, at betingelserne for at anvende § 17, stk. 3, i lov Klagenævnet for Udbud ikke er opfyldt, idet den foreliggende situation ikke falder ind under bestemmelsens anvendelsesområde.

Klagenævnet har således ikke fundet grundlag for – mod en større økonomisk sanktion end efter almindelig praksis, sådan som kommunen har lagt op til –

at udskyde tidspunktet for uden virkning yderligere. Der ville i givet fald være tale om udskydelse i længere tid end foreneligt med saglige hensyn. En sådan fremgangsmåde, hvorved ordregiveren mod en større økonomisk sanktion, dvs. mod betaling af et pengebeløb, kan undgå, at en ulovligt direkte tildelt kontrakt rammes af uden virkning i videregående omfang, ville således ikke være forenelig med håndhævelsesreglerne i klagenævnsløven og hensynet til effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Det tilføjes, at en ordregiver har mulighed for at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnsløvens § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 4.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion efter almindelig praksis for den periode, kontrakten er i kraft.

Det lægges til grund, at kontrakten blev indgået den 21. januar 2017 for en 4-årig periode med kontraktstart den 1. februar 2017, og at kontrakten blev forlænget først til den 31. januar 2022 og herefter til den 31. januar 2023. Det lægges endvidere til grund, at værdien af den 4-årige kontrakt er 1.969.859 kr., hvortil kommer værdien af kontrakten i den forlængede kontraktperiode. Kontraktens samlede værdi er efter det oplyste herefter 3.047.304 kr.

Under hensyn til overtrædelsens karakter og til, hvor stor en del af kontrakten med KMD A/S der opretholdes, fastsættes den økonomiske sanktion til 120.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3.

Klagenævnet har herved taget udgangspunkt i den aftalte kontraktperiode på i alt 6 år og kontraktens samlede anslåede værdi sammenholdt med den del af kontrakten, som tillades opretholdt, dvs. kontraktperioden fra den 1. februar 2017 til og med den 31. august 2022.

Beløbet skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Lejre Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2 i udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) ved at have foretaget en direkte tildeling af leveringsaftale om et dagtilbudssystem

på SKI-rammeaftale 02.19 (2014) til KMD i strid med rammeaftalens bestemmelser, jf. direktivets artikel 32, stk. 4, 2. afsnit, 1. pind.

Lejre Kommunes beslutning af 13. januar 2017 om at indgå kontrakt med KMD A/S annulleres.

Klagenævnet erklærer den kontrakt om et dagtilbudssystem, der er indgået mellem KMD A/S og Lejre Kommune den 21. januar 2017 og forlænget indtil den 31. januar 2023, for uden virkning fra og med den 1. september 2022.

Lejre Kommune skal til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 120.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

Lejre Kommune skal i sagsomkostninger til Assemble A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig