

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Knud Erik Busk, Erik Hammer)

J.nr.: 2009-0018468

11. december 2009

K E N D E L S E

Tabulex ApS

(advokat Majse Jarlov, København)

mod

Tønder Kommune

(advokat René Offersen, København)

Den 14. august 2008 indgik Tønder Kommune og KMD A/S (herefter benævnt KMD) en partnerskabsaftale med tilhørende allonge gældende for 4 år med start den 1. januar 2008. Tønder Kommune vurderede, at partnerskabsaftalen var en sammensat kontrakt indeholdende en række delydelser, hvoraf det væsentligste element ikke var udbudspligtigt, og der blev derfor ikke gennemført et EU-udbud. De samme parter indgik efterfølgende en aftale om implementering af KMD Opus til Administrativ Styring i Tønder Kommune. Tønder Kommune vurderede, at værdien af aftalen om implementering af KMD Opus til Administrativ Styring var under Udbudsdirektivets tærskelværdier, og der blev derfor ikke gennemført EU-udbud.

Ved klageskrift af 22. december 2008, der er modtaget af Klagenævnet for Udbud den 23. december 2008, indgav klageren, Tabulex ApS, klage til Klagenævnet over indklagede, Tønder Kommune.

Klagen har været behandlet på et møde den 27. april 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. artikel 2, ved at indgå følgende aftale direkte med KMD uden forinden at have iværksat et udbud efter Udbudsdirektivet:

partnerskabsaftalen af 14. august 2008, herunder

- aftale om KMD Opus til Administrativ Styring,
- aftale på skoleområder samt
- fastprisaftalen 2009-11,

idet aftalen er en udbudspligtig tjenesteydelsesaftale, som indebærer anskaffelser til en værdi, som overstiger Udbudsdirektivets tærskelværdi.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå en partnerskabsaftale med KMD, inklusive aftale om KMD Opus til Administrativ Styring, aftalen om samarbejde på skoleområder samt fastprisaftalen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere partnerskabsaftalen inklusive aftale om KMD Opus til Administrativ Styring, aftalen om samarbejde på skoleområder samt fastprisaftalen, herunder erklære disse aftaler for ugyldige og uden virkning.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede at bringe partnerskabsaftalen med KMD inklusive aftale om KMD Opus til Administrativ Styring, aftalen om samarbejde på skoleområder samt fastprisaftalen til ophør.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre anskaffelsen af de ydelser, som er omfattet af partnerskabsaftalen, ved et EU-udbud i overensstemmelse med Udbudsdirektivet.

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

Sagens omstændigheder

I efteråret 2008 erfarede klageren, der er leverandør af integrerede it-løsninger, herunder it-løsninger til skoler og kommuner, at indklagede havde indgået en partnerskabsaftale med KMD. Klageren skrev derfor den 12. no-

vember 2008 til indklagede og oplyste, at klageren frygtede, at indklagede ville opsige sine drifts- og serviceaftaler med klageren som konsekvens af partnerskabsaftalen, og klageren anmodede om et møde.

Indklagede besvarede klagerens henvendelse således:

»...

Tak for jeres henvendelse af 12. november 2008, hvor I anfører, at I rygtevis har erfaret, at kommunens skoleadministrative systemer er omfattet af den »Partnerskabsaftale«, kommunen har indgået med KMD og at TABULEX frygter at kommunen vil opsige sine drifts- og serviceaftaler med TABULEX.

Det er korrekt, at Tønder Kommune har indgået en Partnerskabsaftale med KMD.

Grundlaget for denne partneraftale bygger på chefgruppens strategiske beslutning om, at vælge KMD- Opus- Suiten som fremtidig strategisk platform for vore fagsystemer og til administrativ styring.

KMD Opus er det første integrerede virksomhedssystem (ERP- system) der er målrettet kommuner. KMD Opus er blevet til i tæt samarbejde mellem KMD og SAP, som er verdens førende leverandør af ERP-systemer.

En følge af denne strategiske beslutning er, at Tønder Kommune også vælger KMD's skolesystemer som fagsystem for skoleområdet. Disse systemer er udviklet på SAP-plattformen og vil blive integreret i den rollebaserede adgang som bliver tilgængelig når kommunens nye økonomisystem, KMD- Opus- økonomi, tages i brug den 1. januar 2010. Herefter vil den rollebaserede adgang give skoleleder, sekretærer og forvaltning adgang til oplysninger fra økonomisystem, løn- og personalesystemer og fagsystemer via én indgang som vil give adgang til de oplysninger som rollen tilsiger.

Valget af skolesystemer fra KMD er således ikke begrundet i utilfredshed med Tabulex systemer - men tager sit udgangspunkt i chefgruppens strategiske beslutning om valg af OPUS-suiten som kommunens fremtidige platform.

...«.

Klageren indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud den 23. december 2008.

Indklagede meddelte derpå i en skrivelse af 16. januar 2008 klageren, at indklagede »ikke for nuværende agter at opsige aftalerne vedr. Tabulex skolesystemer, som ellers fremgik af vores samtale i december måned. Baggrunden er den klage, som Tabulex har indbragt for Klagenævnet for Udbud.«

I partnerskabsaftale af 14. august 2009 mellem Tønder Kommune og KMD A/S er blandt andet anført følgende:

»1 Baggrund og formål

Tønder Kommune har haft en partneraftale med KMD fra 2004 til udgangen af 2007.

Tønder Kommune og KMD A/S ønsker fortsat, at videreudvikle det tætte og gensidige samarbejde for de kommende år, 2008 – 2011.

Tønder Kommune anvender i dag en bred palette af it-løsninger og ønsker at skabe yderligere nytteværdi og effekt gennem et fortsat tæt partnerskab med KMD.

KMD ønsker ligeledes at fortsætte det tætte samarbejde med henblik på i øget grad at professionalisere sine leverancer i Tønder og øge forståelsen for Tønder Kommunes behov gennem et tættere og mere forpligtende samarbejde.

Tønder Kommune og KMD vil i et forpligtende samarbejde optimere nytteværdi og effekt ved brug af IT-løsninger fra KMD. I forbindelse med implementerings- og udviklingsforløb synliggøres effekten af de IT-løsninger som anvendes i Tønder Kommune.

Omdrejningspunktet for partnerskabet vil være en strategisk tilgang til udvælgelsen af de projekter Tønder Kommunes chefgruppe og KMD i fællesskab vælger at igangsætte i regi af partnerskabsaftalen.

Formålet med partnerskabsaftalen vil derfor være at skabe et tæt samarbejde der for Tønder Kommune kan:

- Styrke chefgruppens fokus på sammenhæng mellem forretning og it således, at nytteværdi og effekt ved IT-løsninger dokumenteres og synliggøres i kommunens organisation. Effektmødelen er et redskab, der ved igangsætning af nye projekter fastholder fokus på investering og nytteværdi.
- Bidrage til yderligere effektivisering af arbejdsgange og processer i Tønder Kommune i overensstemmelse med KMD's anbefalinger for området. Ved igangsættelse af nye projekter vil Tønder Kommune med afsæt i eksisterende arbejdsgange arbejde hen imod en effektiv anvendelse af it-løsninger i kommunens organisation.
- Tønder Kommune får på udvalgte områder direkte indflydelse på kravspecifikation og udvikling af løsninger til det fælleskommunale område – Tønder Kommune er hermed med til at påvirke udviklingen af nye KMD løsninger.
- Styrke kvaliteten af it-leverancerne og brugernes opfattelse af disse. KMD vil via professionel projektstyring og porteføljeledelse i samarbejde med Tønder sikre ledelse, prioritering, opfølgning og koordinering af at igangsætte projekter og aktiviteter.
- Sikre at Tønder Kommune med løsninger fra KMD, fortsat er i front med digital forvaltning og desuden hjemtager de mulige genvinster som dette giver. Tønder Kommune vil med valget af KMD's Opus Suite være sikret sammenhæng på såvel applikations- som på styringsniveau via en integreret offentlig it-plattform, der bygger på åbenhed og anerkendte standarder. Det betyder at Tønder Kommune får én sammenhængende IT-løsning, hvor data kan flyde på tværs af systemer.

- Sikre at Tønder får direkte repræsentation i væsentlige KMD fora som Advisory Board, brugergrupper m.v.

KMD

- KMD's konsulent-service og fagkonsulenter får afgørende indflydelse på implementering af IT-systemer i kommunen - herunder fastsættelse af effektive arbejdsgange og datasammenhænge, som tager udgangspunkt i fagsystemets muligheder.
- Når KMD udvikler nye IT-løsninger eller foretager revision af kørende løsninger bidrager Tønder Kommune med ressourcer ved udarbejdelse af kravspecifikation og ved afestning løsningen på udvalgte områder.
- Tønder Kommune vil være KMD's officielle udstillingsvindue over for det primærkommunale marked og udmelder officielt, at Tønder Kommune primært anvender KMD-fagsystemer (note: Det skal undersøges om denne ordning kan håndteres uden gennemførelse af EU-udbud eller evt. som OPP). Tønder Kommune indgår i en gensidig profilering af samarbejdet som referencekommune. Både ledere og medarbejdere kan deltage i fælles profileringstiltag.
- KMD vil drage nytte af en visionær og fremadskuende kommune som udfordrer og stiller konkrete forslag til udviklingstiltag i KMD.

...

2 Projektspor i partnerskabet

Tønder Kommune og KMD arbejder i partnerskabet med en række "projektspor". Sporene gennemføres som selvstændige projekter og bidrager i sammenhæng til realiseringen af kommunens digitaliseringsstrategi på de berørte områder.

...

2.4 Administrativ Styring

Med rettidig omhu er Tønder Kommune allerede nu påbegyndt overvejelser om forberedelse til implementering af KMD Opus. I forbindelse med overgang til KMD Opus skal det i partnerskabet være muligt at indgå aftale om anvendelse af Konsulentservice til den organisatoriske implementering. Dette beskrives nærmere i forbindelse med start af de reelle overvejelser, men vil indeholde elementer som: Formulering af strategi og målsætninger for anvendelse af suiten, således at implementeringen og ibrugtagningen af KMD Opus matcher strategi, mål og organisation.

...

3 Organisering af partnerskabet

...

3. 2 Aftalens omfang

Partnerskabsaftalen udstikker de overordnede linier for de delaftaler, der efterfølgende indgås som bilag til denne aftale. Delaftalerne vil regulere de nærmere forpligtelser, rettigheder mv., som aftales mellem parterne. De igangsatte projekter vil fremgå af Appendix A til denne aftale.

...

4 Økonomi

Partnerskabsaftalen finansieres som beskrevet i allonge til Partnerskabsaftale mellem Tønder Kommune og KMD A/S af 05.08.2008.

Det afsatte aftalebeløb i puljen kan kun benyttes til køb af KMD ydelser, så som konsulenttydelser, implementering af nye produkter og projekter etc. Puljen kan ikke benyttes til indkøb af tredjeparts produkter eller hardware.

...

I forbindelse med den kommercielle projektledelse faktureres Tønder 1.1.2008 til 31.12.2011 med 200 timer årligt af kr. 1075 med prisniveau pr. 1.7.2008. Den gældende timepris er underlagt pristalsreguleringen.

Denne ydelse indbefatter kontraktstyring, porteføljeledelse, udsendelse af dagsordener og referater fra møder i Styregruppen, koordineringsgruppen og den fælles projektledelse.

...

4. 3 Partneraftalens varighed og opsigelse

Partneraftalen er gældende for 4 år med start pr. 01.01.2008 til 31.12.2011.«

Det fremgår af allonge underskrevet den 14. august 2008, at allongen er udarbejdet som tillæg til partnerskabsaftalen af 14. august 2008 og som tillæg til »betalingsaftale 2008« og »fastprisaftale 2009-11 mellem Tønder Kommune og KMD A/S«. Ifølge allongen har partnerskabsaftalen et årligt aflebeløb på 800.000 kr., som finansieres af KMD. Herefter fremgår blandt andet følgende:

»Formålet med nærværende allonge er at beskrive en række supplementter til den indgåede betalingsaftale for 2008 samt det der er aftalt for indgåelse af fastprisaftale for perioden 2009-11.

3. Økonomi

Allongen specificerer endvidere aftalevilkår som økonomiske vilkår for indgåelse af *nye aftaler* på løsninger, hvor Tønder Kommune ikke har aftale med KMD samt indgåelse af aftaler på *nye produkter* fra KMD's produktportefølje i perioden 2008 til 2011.

Ved nye aftaler på løsninger forstås:

- Indgåelse af nye aftaler på løsninger, hvor Tønder Kommune ikke har aftale med KMD.

Ved nye produkter forstås:

- Indgåelse af aftale på nyudviklede produkter, som erstatter tilsvarende produkter i KMD's produktportefølje, og som Tønder Kommune og KMD har aftale på.

Sker der tilpasninger i KMD's eksisterende produktportefølje, som følge af lovgivningsmæssige tilpasninger, faktureres Tønder Kommune for den eventuelle prisregulering på den løbende afgift/forbrugsafgift i perioden 2008 til 2011.

Indgår Tønder Kommune og KMD aftaler på nye produkter, som følge af nyudvikling og opdatering i KMD's produktportefølje, der erstatter eller supplerer tilsvarende produkter, vil omkostninger til den løbende drift i perioden 2009 til 2011 være omkostningsneutral for Tønder Kommune.

Generelt gælder for såvel aftaler på nye løsninger som aftaler på nye produkter, at implementeringsydelser, uddannelsesydelser og tekniske ændringer afholdes af Tønder Kommune.

Sker der tilkøb af nye moduler til KMD's eksisterende produktportefølje, faktureres Tønder Kommune for den løbende afgift og løbende forbrugsafgift i perioden 2008 til 2011.

Framelding af moduler i forhold til betalingsaftalen for 2009-11 sker på almindelige vilkår og fastprisaftalen reguleres i henhold hertil.

Betalingsaftalen for 2008 mellem Tønder Kommune og KMD A/S fastholdes som en reguleringsaftale. Der udarbejdes oplæg til fastprisaftale for 2009-11 på baggrund af forbrugsmønsteret i perioden 01.04.08 til 31.03.09. Betalingsaftalen gældende for 2008 danner grundlag for a conto betalinger for første halvår af 2009 indtil endelig fastprisaftale foreligger.

Af den årlige omsætning (eksl. 3. parts produkter, hardware og klippekort) beregnes en årlig rabat på 6 % i perioden 2008-2011. Rabatten er under forudsætning af, at Tønder Kommune har KMD som leverandør af væsentlige løsningsområder.

...

4. Andre samarbejdsmuligheder

I forbindelse med indgåelse af en 3-årig fastprisaftale fra 2009-11 samt en 4-årig partneraftale, er følgende aftalt:

Tønder Kommune er klar til at indgå i dialog med KMD A/S med henblik på at analysere mulighederne for at outsource udvalgte it-driftsopgaver til KMD A/S.

Tønder Kommune og KMD A/S kan indgå drøftelser om udlicitering af personalekrævende opgaver i det omfang det økonomisk og personalemæssigt kan forsvares, og det er hensigtsmæssigt for Tønder Kommune.

Tønder Kommune indgår aftale fra nuværende KMD ØS til Opus Økonomi med implementering i 2009 og opstart af løsningen den 1. januar 2010. Indgås denne aftale i nærværende aftaleperiode vil driftsomkostningerne til Opus Økonomi og Løn (svarende til nuværende anvendelse, se bilag 1.1.1) være udgiftsneutral indtil udløb af nærværende aftale.

Indgår Tønder Kommune og KMD A/S aftale på:

Skole (KMD Elev til et fælles skolevæsen og KMD Matrix) finansierer KMD driften gældende 3 år med start den 1.8.2009 og med udløbsdato 31. juli 2012.«

Tønder Kommune og KMD har indgået aftale om implementering af KMD Opus til Administrativ Styring i Tønder Kommune. Aftalen er ikke dateret. Følgende fremgår af aftalen:

»Kommunen anvender allerede KMD Opus Personale, samt en række tilhørende moduler. Denne aftale omfatter ydelser til implementering af de øvrige områder indenfor Administrativ Styring, herunder nye moduler/funktionalitet til Løn- og Personalestyring, Økonomistyring, Projekt-/Ressourcestyring og Indkøbsstyring.

På driftstidspunktet vil kommunen have én og samme løsning til Administrativ Styring, og samtidig vil nuværende løsninger til bl.a. økonomi- og ressourcestyring samt indkøb være erstattet af KMD Opus. Dvs. at KMD-ØS, KMD WebBetaling og KMD Regningsdebitor ikke længere skal anvendes.

Projektopstart er aftalt til 1/10 2008, implementeringen vil forløbe over perioden 2008-2009, så kommunen er i drift fra regnskabsår 2010.«

Indklagede skal i henhold til aftalen betale en engangsafgift på i alt 2.440.117 kr. ekskl. moms for implementering af KMD Opus til Administrativ Styring. Heraf er de 873.600 kr. betaling for projektledelse. Ifølge aftalen fremgår »løbende afgifter af tilhørende løsningsaftaler« og er indarbejdet i betalingsaftalen mellem Tønder Kommune og KMD A/S.

I »Notat vedrørende ny partneraftale mellem Tønder Kommune og KMD A/S for perioden 1. januar 2008 – 31. december 2011« udarbejdet af indklagede fremgår blandt andet følgende:

»Øvrige vilkår og forpligtigelser (se også allonge til partneraftalen):

- Kommunes nuværende økonomisystem KMD-ØS udskiftes med KMD's nye økonomisystem OPUS-Økonomi som er baseret på SAP.

Implementering foretages i 2009 med opstart af løsningen den 1. januar 2010.

Driftsomkostningerne ved OPUS-Økonomi vil i kontraktperioden være udgiftsneutral i forhold til udgiften på KMD-ØS.

- Lønberegningsmodulet i lønsystemet udskiftes med OPUS-Løn. Implementering vil ske i 2008. Driftsomkostninger ved OPUS-Løn vil være udgiftsneutrale i forhold til nuværende udgift til KMD-Løn.

- KMD tilbyder skolerne og skoleforvaltningen KMD's skoleadministrationssystem til erstatning for den nuværende løsning fra Tabulex.

Systemerne tilbydes vederlagsfri for en periode på 3 år - svarende til en udgift/besparelse på 1,2 mill. kr. i perioden.

...

Tønder Kommunes forpligtigelser:

- Tønder Kommune vil være KMD's officielle udstillingsvindue over for det primærkommunale marked og udmelder officielt, at Tønder Kommune primært anvender KMD-fagsystemer. Tønder Kommune indgår i en gensidig profilering af samarbejdet som referencekommune. Både ledere og medarbejdere kan deltage i fælles profileringstiltag.
 - Det vil sige at KMD vælges som leverandør hvis de har et fagsystem som kan løse opgaven.«

Indklagede og KMD har udarbejdet udkast til partneraftale af 17. november 2008 angående samarbejde på skoleområdet. Det fremgår af aftalen, at partnersamarbejdet mellem indklagede og KMD A/S skulle begynde den 28. november 2008 og løbe frem til udgangen af 2011. Aftalen er endnu ikke underskrevet. Der er ej heller indgået en fastprisaftale for 2009-11.

Af brev af 20. november 2008 fra indklagede til klageren fremgår blandt andet:

»Grundlaget for denne partneraftale bygger på chefgruppens strategiske beslutning om at vælge KMD Opus Suiten som fremtidig strategisk platform for vore fagsystemer og til administrativ styring.

KMD Opus er det første integrerede virksomhedssystem (ERP-system) der er målrettet kommuner. KMD Opus er blevet til i tæt samarbejde mellem KMD og SAP, som er verdens førende leverandør af ERP-systemer.

En følge af denne strategiske beslutning er, at Tønder Kommune også vælger KMD's skolesystemer som fagsystem for skoleområdet. Disse systemer er udviklet på SAP-plattformen og vil blive integreret i den rollebaserede adgang som bliver tilgængelig når kommunens nye økonomissystem, KMD- Opus- økonomi, tages i brug den 1. januar 2010.«

Under sagens forhandling er der afgivet forklaring af seniorkonsulent hos klageren Lars Fredsted, kommunaldirektør Thorkild Præstegaard samt it-chef Bent Johannesen.

Lars Fredsted har forklaret bl.a., at klageren udvikler og sælger administrationssystemer. Det er skoler og kommuner, der udgør virksomhedens kundegrundlag, men navnlig kommuner. Størstedelen af virksomhedens hidtidige samarbejde i Sønderjylland har været med nogle mindre kommuner, der nu indgår i den nye Tønder Kommune. Klageren har leveret skemalægningsprogram, ressourcestyringsprogram og elevadministrationsprogram til indklagede. Klageren kan som hidtil levere de systemer, som indklagede nu vil købe hos KMD. Han vil anslå den årlige værdi af KMD's leverance af fagsystemer til indklagede til 340.000-680.000 kr. Bl.a. Bornholms Kommune, Helsingør Kommune og Ålborg Kommune har sendt aftaler om sådanne fagsystemer i EU-udbud, og klageren har vundet 3 af disse.

Thorkild Præstegaard har forklaret bl.a., at der forud for kommunesammenlægningen i 2007 pågik et strategisk samarbejde mellem Højer, Skærbæk, Bredebro, Løgumkloster og Tønder kommuner, hvorved der på en række områder etableredes et fælles it-samarbejde, og det lykkedes fra 2001 at finde fælles anvendelse af it-systemer. Indklagede indgik i 2004 en partnerskabsaftale med KMD for sammen med KMD at udvikle produkter. Størstedelen af de da anvendte produkter var fra KMD. På dette tidspunkt fandtes KMD Opus Suite ikke. I efteråret 2007 havde chefgruppen i Tønder kommune nogle strategidrøftelser for it, som dannede grundlag for en virksomhedsmodel, der sigtede efter en såkaldt virksomhedsløsning vedrørende it. Strategien er, at anskaffelsen af nye systemer skal finansieres af de nye systemer. Man valgte derfor Opus Suite-systemet. Dette valg var ikke en del af partnerskabsaftalen med KMD. Partnerskabsaftalen omfatter en videreudvikling af de KMD-produkter, som indklagede anvender. Indklagede har endnu ikke outsourcet it-opgaver. Aftalen om KMD Opus Økonomi er underskrevet i august som de øvrige aftaler. Den skulle egentligt have været underskrevet i juni, men blev først underskrevet efter sommerferien. Der var ikke en aftale med KMD om, at KMD skulle levere på skoleområdet. Processen med hensyn til at skifte system indledtes efter underskrift af aftalerne i august 2008. Allongen til partnerskabsaftalen omfatter en række administrationssystemer bl.a. løn. Indklagede skulle i samarbejdet med KMD levere know-how.

Bent Johannesen har forklaret bl.a., at it-anskaffelserne i 2001 skulle skabe en fælles teknisk platform for kommunernes samarbejde. Der skulle skabes forbindelse mellem kommunerne, og der skulle opereres ved hjælp af fælles programmer. Indklagede var den første kommune, der etablerede fælles

forvaltning for 5 kommuner. Den know-how, som indklagede derved havde erhvervet, var interessant for KMD. Partnerskabsaftalen består af 3 dele; dels partnerskabsaftalen, dels allongen og endelig en betalingsaftale. Partnerskabsaftalen er en videreførelse af en eksisterende aftale om vidensdeling. Der var et ønske om virksomhedsløsning, hvor årets data skulle gøres tilgængelige online. Indklagede skulle i den forbindelse bidrage til udviklingen af KMD's produkter. Partnerskabsaftalen omfatter ikke KMD's produkter, men en videreudvikling og udnyttelse af produkterne. Indklagede anvender også andre fagsystemer end KMD's. Indklagede bestemmer selv, hvilke projekter man vil igangsætte. Ved indgåelsen af partnerskabsaftalen var der ikke andre projekter end »Public Sector Production Framework« Skolesystemet kom til senere. Allongen angår priser i forhold til fastprisaftalen. Den rabat på 6 %, som indklagede opnår efter allongen, er et forhandlingsresultat som følge af fastprisaftalen, der angår alle KMD's ca. 300 systemer. Der er ved allongen ikke truffet beslutning om ikke at anvende klagerens produkter på skoleområdet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes indgåelse af partnerskabsaftale med KMD indebærer, at de skoleadministrative systemer, som hidtil er leveret af klageren, fremover vil blive leveret af KMD. Med indgåelsen af partnerskabsaftalen har indklagede valgt KMD's Opus-plattform som sin fremtidige strategiske it-plattform på en række områder. Opus-plattformen har karakter af et integreret virksomhedssystem (ERP-system) som indebærer, at indklagede får én sammenhængende it-løsning på en række systemområder, som hidtil har været leveret under særskilte kontrakter med KMD og en række andre systemleverandører, herunder klageren. En række hidtil benyttede it-systemer fra forskellige systemleverandører, herunder klageren, vil derfor blive erstattet af den nye, samlede it-løsning fra KMD. Partnerskabsaftalen indebærer, at indklagede opnår brugsret til en række it-fagsystemer og administrative systemer, som KMD stiller til rådighed for indklagede via en sammenhængende ERP-løsning. Indklagede har valgt KMD Opus platformen som sin fremtidige strategiske platform til håndtering af fagsystemer. Valget af denne KMD platform er ikke tilfældig, men skyldes blandt andet, at det er en grundlæggende forudsætning for partnerskabets etablering, at indklagede fremtidigt benytter denne platform,

idet det er denne platform, som indklagede ved sin deltagelse i partnerskabet skal bistå KMD med at videreudvikle. Formålet med partnerskabsaftalen er, at indklagede inden for rammerne af partnerskabsaftalen skal indgå en række anskaffelsesaftaler med KMD vedrørende gennemførelse af forskellige udviklingsprojekter til realisering af indklagedes digitaliseringsstrategi. Det overordnede formål med partnerskabet er indklagedes anskaffelse og implementering af en række specialudviklede IT-systemer fra KMD.

Indklagede har gjort gældende, at partnerskabsaftalen ikke har karakter af en indkøbs- eller tjenesteydelsesaftale, hvorved indklagede mod vederlag anskaffer sig ydelser. De økonomiske virkninger af selve partnerskabsaftalen er alene, at indklagede på en række punkter får fordele i forhold til især bestående aftaler med KMD, således som disse er beskrevet i allongen til partnerskabsaftalen. Som led i partnerskabsaftalen og ved siden af de bestående aftaler indgik indklagede og KMD aftale om anskaffelse af IT-plattformen KMD Opus. Der er tale om en integreret IT-plattform (EPR-system), der består af en række IT-systemer til brug for blandt andet økonomistyring, projektstyring og logistik. Indklagede foretager ingen anskaffelse af udbudspligtige ydelser ved partnerskabsaftalen. Der er tale om en sammensat kontrakt indeholdende en række delydelser, hvoraf det væsentligste element ikke er udbudspligtigt. Aftalen om anskaffelse af KMD-løsninger er en del af den samlede partnerskabsaftale, som kan bidrage til effektueringen af det overordnede formål.

Ad påstand 2, 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved at tildele partnerskabsaftalen til KMD uden forinden at have iværksat et udbud efter Udbudsdirektivet har foretaget en ulovlig direkte kontrakttildeling, og at direkte tildeling af en kontrakt er den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsrettens regler om indgåelse af offentlige kontrakter, jf. kontroldirektivet (2007/66/EF), præambelens betragtning 13 samt EF-Domstolens afgørelse i sag C-26/03, Stadt Halle. Den eneste effektive sanktion i tilfælde af en direkte kontrakttildeling er en retsvirkning om partnerskabsaftalens ugyldighed. Udelukkende en retsvirkning om partnerskabsaftalens ugyldighed giver mulighed for at genskabe den konkurrencesituation, som indklagede uberettiget og i strid med udbudsreglerne har forhindret. Klageren har endvidere gjort gældende, at Klagenævnet for Udbud i medfør af

kontroldirektivet (direktiv 2007/66/EF) er forpligtet til at knytte en ugyldighedsvirkning til en kontrakt, som en ordregivende myndighed har tildelt direkte, at såvel indklagede som KMD er eller burde være klar over, at indgåelse af en partnerskabsaftale uden gennemførelse af et forudgående EU-udbud indebærer en kvalificeret og grov overtrædelse af Udbudsdirektivet, og at konsekvensen af en retsvirkning om partnerskabsaftalen og underliggende aftalers annulation og ugyldighed er en forpligtelse for indklagede til at bringe partnerskabsaftalen inklusive underliggende aftaler til ophør ved ophævelse.

Indklagede har gjort gældende, at sag C-503/04 angår spørgsmålet, om en medlemsstat havde gennemført de foranstaltninger der var nødvendige til opfyldelse af en tidligere dom fra EF-domstolen i henhold TEF artikel 228. Afgørelsen angår således alene forholdet mellem en medlemsstat og fællesskabet og ikke forholdet mellem en ordregivende myndighed og en forbigået leverandør. Dommen kan ikke anføres direkte som hjemmel for en ophævelseskompetence for Klagenævnet for Udbud, endsige en kompetence til at pålægge indklagede en forpligtelse til bringe en kontrakt til ophør. Tilsvarende kan TEF artikel 228 ikke anvendes som direkte hjemmel for en ophævelsesforpligtelse under en sag for Klagenævnet. Indklagede har, såfremt Klagenævnet måtte finde, at sag C-503/04 hjemler visse ophævelseskompetencer på baggrund af fællesskabsretten, gjort gældende, at der ikke er tale om en situation, der i sin karakter kvalificerer til ophævelse med hjemmel direkte i Traktaten.

I Østre Landsrets dom af 22. december 2008 har landsretten udtalt, at der ikke består en generel pligt til at ophæve en aftale, der er indgået i strid med EU-udbudsreglerne, og dommen udtrykker derfor et klart udgangspunkt om, at der på nuværende tidspunkt ikke eksisterer en sådan ophævelsesforpligtelse. I afgørelsen fandt landsretten ikke grundlag for en ophævelsesforpligtelse, uanset at der var tale om en ulovlig direkte tildeling. Som også fastslået af Østre Landsret i dommen finder ændringsdirektivet (2007/66/EF) ikke anvendelse, da direktivet ikke er implementeret.

Ad påstand 5

Klageren har til gjort gældende, at indklagede er forpligtet til at udsætte en udbudspligtig kontrakt for en konkurrence mellem flere tilbudsgivere, og at tildeling af en udbudspligtig kontrakt alene lovligt kan ske ved

gennemførelse af et EU-udbud i overensstemmelse med Udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF).

Indklagede har gjort gældende, at et påbud om lovliggørelse forudsætter, at forholdet rent faktisk kan lovliggøres. Såfremt kontrakten er indgået, vil udbudsproceduren være afsluttet, og der er herefter ikke længere noget at lovliggøre, hvorfor et pålæg om lovliggørelse i en sådan situation savner mening.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Grundlaget for partnerskabsaftalen af 14. august 2008 med tilhørende allonge af samme dato var indklagedes beslutning om at vælge KMD Opus Suite som sin fremtidige strategiske platform, og indklagedes valg af KMD Opus Suite var en grundlæggende forudsætning for partnerskabsaftalens etablering.

Det fremgår klart af partnerskabsaftalen, at indklagedes hovedformål med at indgå i samarbejdet med KMD har været at optimere indklagedes sagsbehandling ved brug af it-løsninger fra KMD, og der er således ikke tale om, at partnerskabsaftalens hovedformål ikke er udbudspligtigt.

Udgiften for indklagede ved anskaffelse af KMD Opus til Administrativ Styring var 940.117 kr. i engangsafgift, idet den resterende engangsafgift blev betalt af det årlige bidrag fra KMD til partnerskabsaftalen.

Indklagede skal ud over engangsafgiften betale en løbende afgift for anvendelsen af KMD Opus til Administrativ Styring. Den løbende afgift kan ifølge allongen til partnerskabsaftalen maksimalt udgøre samme beløb som den løbende afgift på de KMD produkter, som indklagede allerede anvendte ved partnerskabsaftalens indgåelse, og som KMD Opus til Administrativ Styring skal erstatte.

Den løbende afgift for anvendelsen af KMD Opus til Administrativ Styring skal medregnes i værdiansættelsen af aftalen, uanset om den løbende afgift er større eller mindre end den løbende afgift på de KMD systemer, som

indklagede anvendte inden implementeringen af KMD Opus til Administrativ Styring, og som KMD Opus til Administrativ Styring skal erstatte.

Aftalen om implementering af KMD Opus til Administrativ Styring er en løbende aftale, som erstatter eksisterende aftaler mellem de samme parter om levering af andre KMD produkter, som ikke længere skal anvendes, når KMD Opus til Administrativ Styring er implementeret. Ved at indgå aftalen om implementering af KMD Opus til Administrativ Styring har indklagede og KMD indgået en ny aftale om et nyt produkt, og der er således tale om en ny aftale med deraf følgende pligt til at udbyde kontrakten.

Henset til indklagedes tidligere udgifter til blandt andet KMD-ØS, som KMD Opus til Administrativ Styring skal erstatte, finder Klagenævnet det ubetænkeligt at lægge til grund, at engangsudgiften og den løbende afgift til KMD Opus til Administrativ Styring samlet overstiger Udbudsdirektivets tærskelværdi.

Påstand 1 tages herefter til følge med den præciserende bemærkning, at der i partnerskabsaftalen af 14. august 2008 ikke indgår aftale på skoleområder samt og fastprisaftalen 2009-11.

Ad påstand 2

Indklagede har som beskrevet ad påstand 1 tilsidesat centrale udbudsretlige forpligtelser, hvorfor påstand 2 tages til følge med præciserende bemærkning, at partnerskabsaftalen ikke omfatter aftale på skoleområder samt og fastprisaftalen 2009-11.

Ad påstand 3 og 4

Direktiv 2007/66/EF er endnu ikke implementeret i dansk ret.

Der er ikke i Lov om Klagenævnet for Udbud hjemmel for Klagenævnet til at annullere partnerskabsaftalen eller at pålægge indklagede at bringe partnerskabsaftalen med KMD mv. til ophør.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Udbudsdirektivet indeholder regler om, hvordan indklagede skal forholde sig i forbindelse med bl.a. indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter. Da en konstatering fra Klagenævnets side i overensstemmelse med påstand 5 ikke vil have nogen indflydelse på den retsstilling, som allerede er gældende for indklagede i en sådan situation, afviser Klagenævnet denne påstand.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. artikel 2, ved at indgå partnerskabsaftale af 14. august 2008, herunder, aftale om KMD Opus til Administrativ Styring, direkte med KMD uden forinden at have iværksat et udbud efter Udbudsdirektivet.

Ad påstand 2

Indklagedes beslutning om at indgå partnerskabsaftale med KMD af 14. august 2008 inklusive aftale om KMD Opus til Administrativ Styring annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3 og 4.

Påstand 5 afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Tønder Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Tabu-lex ApS, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig