

Klagenævnet for Udbud
(Nikolaj Aarø-Hansen, Trine H. Garde, Erik Hammer)

J.nr.: 2009-0020415
25. marts 2010

K E N D E L S E

Visma Services Odense A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Hillerød Kommune
(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Den 8. oktober 2009 indgik Hillerød Kommune en kontrakt med KMD A/S om varetagelse af løn- og personaleadministrationen og hertil knyttede ydelser for Hillerød Kommune. Kontrakten blev indgået efter, at Hillerød Kommune havde gennemført et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter artikel 31, stk. 1, litra b, i direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet).

Den 9. oktober 2009 indgav klageren, Visma Services Odense A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hillerød Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 5. november 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 12. februar 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt til KMD A/S om varetagelse af løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune ved udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, ved ikke at fremsende meddelelse om tildeling af kontrakten til KMD A/S senest 48 dage efter indgåelse af kontrakten.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 30. september 2009 om at indgå kontrakt med KMD A/S om udførelse af løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre overtrædelsen omfattet af påstand 1 ved at udbyde kontrakten om løn- og personaleadministration, såfremt indklagede fortsat ønsker, at denne opgave varetages af en ekstern leverandør.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede at bringe kontrakten med KMD A/S om udførelse af løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune til ophør med virkning for fremtiden (ex nunc).

Påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at det følger af det EU-retlige loyalitetsprincip, jf. nu EU-traktatens artikel 4, stk. 3, at indklagede er forpligtet til at bringe kontrakten med KMD A/S om udførelse af løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune til ophør med virkning for fremtiden (ex nunc), idet indklagede – som anført i påstand 1 – har undladt at følge fremgangsmåderne i EU's Udbudsdirektiv forud for indgåelse af denne kontrakt.

Indklagede har erkendt overtrædelsen beskrevet i påstand 2.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og påstand 3 – 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens omstændigheder

Af udskrift af protokol fra møde den 30. september 2009 i Økonomiudvalget i Hillerød Kommune fremgår:

»Sagsfremstilling

I april 2009 vedtog byrådet Hillerød Kommunes Effektiviseringsstrategi. Blandt elementerne i denne strategi var overvejelserne om outsourcing af en række løn- og personaleadministrative opgaver i en proces kaldet Business Proces Outsourcing (BPO) Økonomiudvalget behandlede status i BPO projekterne på mødet den 24. juni. Det fremgik af sagen, at forvaltningens vurdering var, at outsourcing af væsentlige dele af de løn- og personaleadministrative opgaver kunne ske som en direkte tildeling efter forhandling til KMD.

Der foreligger nu et færdigforhandlet tilbud fra KMD om overtagelse af væsentlige dele af den administrative opgaveløsning på løn- og personaleområdet. Opgaveoverdragelsen omfatter tillige overdragelse af 10 medarbejdere. Opgaveoverdragelsen vil betyde et ganske betydeligt kvalitativt løft i kommunens håndtering af de løn- og personaleadministrative opgaver.

Opgaven overdrages glidende med fuld overtagelse fra 1. december 2009.

Retsgrundlag

Udbudsdirektivet artikel 31, stk. 1, litra b), hvoraf det fremgår, at der kan indgås offentlige kontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, ”når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør”.

Der henvises i den forbindelse til forvaltningens vurdering på Økonomiudvalgets møde den 24. juni 2009. Det fremgår heraf, at det er forvaltningens vurdering, at summen af kommunens digitaliserings- og effektiviseringsstrategi, valget af KMD EDH som fremtidigt

ESDH system, det forhold at kommunen har truffet beslutning om at overgå til KMD SAP baserede OPUS portefølje (OPUS Personale er implementeret og OPUS Økonomi og Opus Administrativ Styring implementeres fra november 2009) og digitaliserings-strategiens fastlæggelse af, at Hillerød Kommunes It arkitektur på mellemlangt sigt (3 til 5 år) skal bygges op omkring et ”best of suite” koncept i form af et strategisk valg af en Microsoft it-plattform og en KMD fag- og styringssystemportefølje samlet set betyder, at alene KMD vil kunne varetage den ønskede opgave uden yderligere udarbejdelse af selvstændige integrationer til kommunens øvrige fag- og systemstyrings-portefølje. På denne baggrund er det forvaltningens vurdering, at udbuddet kan ske som direkte tildeling til KMD efter forhandling.

...«

Hillerød Kommunes overdragelse af løn- og personaleadministrationen til KMD A/S blev offentliggjort ved en pressemeddelelse af 1. oktober 2009.

I brev af 5. oktober 2009 rettede Konkurrencestyrelsen henvendelse til Hillerød Kommune. Konkurrencestyrelsen anmodede blandt andet om at modtage en redegørelse for, hvorfor overdragelsen af løn- og personaleadministrationen efter kommunes opfattelse ikke var omfattet af udbudsreglerne.

Hillerød Kommune har oplyst, at henvendelsen fra Konkurrencestyrelsen blev besvaret efter kontraktindgåelsen den 8. oktober 2009.

Hillerød Kommune indgik den 8. oktober 2009 »Kontrakt om varetagelse af løn- og personaleadministration og hertil knyttede ydelser for Hillerød Kommune« med KMD A/S. Af kontrakten fremgår blandt andet:

»1. Kontraktens parter

Denne kontrakts parter er

Hillerød Kommune
Trollesmindealle 27
3400 Hillerød
CVR: DK29189366

i det følgende benævnt kunden og

KMD A/S
Lautrupparken 40 – 42
2750 Ballerup

CVR: DK26911745

i det følgende benævnt leverandøren.

2. Formål og omfang

...

Kunden stiller lønsystem til rådighed for Leverandørens varetagelse af de af kontrakten omfattede ydelser.

...

4. Leverandørens ydelser

Leverandøren er forpligtet til at levere de af kontrakten omfattede ydelser i overensstemmelse med de af nærværende kontrakt med bilag følgende krav, herunder ydelsesbeskrivelserne i bilag 1.

...

13. Overtagelse af kundens lønadministration

Leverandøren overtager på overtagelsesdagen kundens løn- og personaleadministration således, at leverandøren forpligter sig til at levere administration af kundens løn- og personaleadministration på de vilkår og betingelser, der fremgår af bilag 1.

Leverandørens overtagelse af kundens løn- og personaleadministration omfatter alene de manuelle forretningsprocesser, som knytter sig til anvendelse af kundens løn- og personalesystem med henblik på at levere løn- og personaleadministration som angivet i bilag 1. Kunden har således i denne kontrakts løbetid fortsat ansvaret for at opretholde, vedligeholde og afvikle kundens løn- og personalesystem samt stille kundens løn- og personalesystem til rådighed for leverandøren.

...

35. Ikrafttrædelse og varighed

Kontrakten træder i kraft ved underskrift og ophører pr. 30. november 2016. Kontrakten er uopsigelig i kontraktperioden.

Med et skriftligt varsel på mindst 12 måneder til udgangen af kontraktperioden har kunden ret til på uændrede vilkår at forlænge kontrakten med yderligere 1 år med ophør den 30. november 2017.«

I bilag 1 til kontrakten står blandt andet:

»1. Indledning

Ydelsesbeskrivelser

I KMD LønService (efterfølgende i ydelsesbeskrivelserne benævnt BPO) fokuseres på at give kunderne en procesorienteret indgang til vores ydelser med udgangspunkt i LPA-portalen.

...

Nærværende bilag udtrykker og beskriver den løsning kunden og leverandøren har aftalt – og som i det væsentligste udtrykkes i ydelsesbeskrivelserne.

Grundlaget for og omdrejningspunktet i opgaveløsningen er centreret omkring en Løn- og Personaleadministrations-portal (LPA-portal) som er leverandørens værktøj til at sikre effektive og digitaliseret arbejdsgange og for at sikre høj kvalitet i opgaveløsningen.

Øvrige forhold

LPA-portalen

LPA-portalen – én indgang til arbejdsprocesserne

Et meget væsentligt element i opgaveløsningen, er samarbejdet og kommunikationen med de decentrale brugere. For at skabe de bedste arbejdsvilkår for de decentrale brugere og for at sikre effektive arbejdsprocesser med høj kvalitet, er LPA-portalen omdrejningspunktet for kommunikation og samarbejde.

...

LPA-portalen erstatter den traditionelle – ofte papirbaserede – kommunikation med en digital adgang til samarbejdet med leverandøren.

LPA-portalen er indgangen til de løn- og personaleadministrative arbejdsprocesser, som kundens decentrale leder eller administrativ medarbejder har brug for.

...«

Af indklagedes evalueringsrapport fremgår:

»Rapport i medfør af udbudsdirektivets artikel 43

vedrørende indgåelse af kontrakt om varetagelse af løn- og personaleadministration og hertil knyttede ydelser.

Den ordregivende myndighed:

Hillerød Kommune, Trollesmindealle 27, 3400 Hillerød.

Kontraktens genstand:

Varetagelse af løn- og personaleadministration og hertil knyttede ydelser.

Kontraktens værdi:

Opstartsvederlag	400.000 kr.
Årligt vederlag	6.900.000 kr.
I alt i kontraktens løbetid	48.700.000 kr.

Valgt tilbudsgiver:

KMD, Lautrupparken 40-42, 2750 Ballerup.

Begrundelse for valg af tilbudsgiver:

Tilbudsgiver er valgt, fordi tilbudsgiver kan udføre opgaven med integration til kommunens øvrige IT-løsninger, uden at der skal udarbejdes nye og omkostningskrævende snitflader og med anvendelse af tilbudsgivers LPA-portal.

Der er ikke indhentet andre tilbud.

Kontrakten er indgået i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b som udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, da opgaven alene kan udføres af den valgte tilbudsgiver. Det er ordregivers vurdering at alene KMD vil kunne varetage opgaven med løn- og personaleadministration uden udarbejdelse af selvstændige integrationer til kommunens øvrig fag- og systemstyringsportefølje. Hertil kommer at ordregiver ønsker at anvende KMDs LPA-portal til elektronisk indberetning af lønoplysninger. Det er nødvendigt at indgå kontrakt med KMD, hvis man vil benytte LPA-portalen, hvorfor aftalen af denne grund ikke kunne indgås med andre end KMD.«

I en erklæring af 2. februar 2010 fra kommunaldirektør i Hillerød Kommune, Peter Zahlekjær, afgivet i forbindelse med sagen står blandt andet:

»...

Hillerød Kommune havde i lighed med alle landets kommuner i mange år anvendt en bred vifte af It systemer fra Kommunedata og senere fra KMD. Systemer, som der på langt de fleste områder ikke har været eller er alternativer til...

Et strategisk valg var derfor en fortsat anvendelse af den del af KMD fag- og styringssystemportefølje som Hillerød Kommune anvendte – også i takt med at denne fornys/moderniseres.

...

Marts 2009 vedtager Hillerød Kommune en effektiviseringsstrategi, der som et af mange indsatsområder peger på den mulige outsourcing af Back Office opgaver på det personale- og lønadministrative område. Det fremgår tillige af effektiviseringsstrategien, at Hillerød Kommune ønsker at indgå en partnerskabsaftale med KMD. Dette er efterfølgende

effektueret – ikke som en partnerskabsaftale med som en almindelig konsulentaftale indkøbt via SKI rammeaftale på området.

Løn- og personaleadministration kan håndteres enten i kommunens eksisterende økonomi- og personaleadministrative system (KMD ØS, KMD Opus Personale og fra medio 2009 en begyndende implementering af det samlede system Opus Administrativ Styring), eller i en alternativ løsning fra anden leverandør.

Med udgangspunkt i det strategiske valg af ERP system og den allerede etablerede sammenhæng i den digitale sagsbehandlerplatform som ovenfor beskrevet, var og er det Hillerød Kommunes vurdering, at der reelt kun findes en leverandør, der på kort og mellemlangt sigt kan tilbyde det supplement til den sammenhængende sagsbehandlerplatform i form af en portalløsning der sikrer, at der kan bygges videre på det valgte ERP system i en situation, hvor kommunen ønsker at outsource de bagvedliggende Back Office opgaver. Ved implementering af kommunens ERP løsning ønsker kommunen at sikre sig, at der blandt andet gennemføres en integration af LPA Portalens funktionalitet med Opus Administrativ Styring.

Da portalløsningen (KMD LPA Portal) ikke kan købes selvstændigt, men forudsætter at leverandøren (KMD) tillige varetager Back Office opgaven, var og er det kommunens vurdering, at der kun er en leverandør der kan varetage opgaven og herunder sikre sammenhæng til kommunens ERP løsning og dermed bestræbelserne på at skabe én sammenhængende digital sagsbehandlerplatform.

...«

Administrerende direktør i Visma Services Odense A/S June Mejlgaard har forklaret blandt andet, at varetagelse af løn- og personaleadministration er et kerneområde for Visma. Visma varetager løn- og personaleadministration for 3 kommuner i Danmark. Visma kan både levere software og tjenesteydelser i form af udførelse af løbende personaleadministration. Visma leverer portalløsninger til det offentlige i Norge og til private virksomheder i blandt andet Danmark. Visma kunne have leveret en portalløsning til Hillerød Kommune, og denne portalløsning ville kunne fungere sammen med KMD Administrativ Styring. Visma har lavet en kravspecifikation til en sådan portal, men den vil først blive endeligt udviklet, når der er en efterspørgsel på den. Visma rettede henvendelse til Hillerød Kommune i maj 2009 med henblik på at redegøre for, hvad Visma kunne levere, men kommunen ønskede ikke at høre nærmere herom.

Kommunaldirektør i Hillerød Kommune Peter Zahlekjær har forklaret blandt andet, at man i Hillerød Kommune før sommerferien 2009 nåede frem til, at det kun var KMD A/S, som kunne levere løn- og personaleadministration til kommunen. Det skyldtes, at det kun var KMD A/S, som kunne levere en løsning, der omfattede en portalløsning med elektronisk indberetning fra de decentrale brugere. Kommunen var ikke bekendt med, at andre end KMD A/S kunne levere en portalløsning.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det er indklagede, der har bevisbyrden for, at betingelserne i Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, for at gennemføre et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, er opfyldt. Denne bevisbyrde er ikke løftet. Klageren kan levere løn- og personaleadministration og herunder en portalløsning, hvis der bliver stillet krav herom, og det samme er sikkert tilfældet for flere udenlandske aktører.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen har været berettiget til at gå frem efter proceduren i Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, da opgaven alene kunne udføres af den valgte tilbudsgiver. Kommunen har allerede i 2003 ved anskaffelse af KMD Opus Personale truffet en strategisk beslutning om at overgå til KMD SAP-baserede OPUS Enterprise Resource Planning (ERP) systemplatform, og den strategiske beslutning om, at kommunens it-arkitektur på kort og mellemlangt sigt er bygget op omkring et ”best of suite”-koncept, betød samlet set, at alene KMD kunne varetage opgaven med løn- og personaleadministration uden udarbejdelse af selvstændige integrationer til kommunens øvrige fag- og systemportefølje. Hertil kommer, at kommunen ønskede at anvende KMDs LPA-portal til elektronisk indberetning af lønoplysninger, der blev vurderet til at være et unikt arbejdsredskab, som KMD har enerettigheder til. Det er nødvendigt at indgå kontrakt med KMD, hvis man vil benytte LPA-portal, idet denne ikke sælges til kommuner eller private. Aftalen kunne derfor allerede af denne grund ikke indgås med andre end KMD.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at kontrakten blev indgået den 8. oktober 2009, og at meddelelsen først er fremsendt til EU-Kommissionen den 11. december 2009, hvilket er efter udløbet af fristen på 48 dage fra kontraktens indgåelse, jf. Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4.

Indklagede har erkendt, at meddelelsen til Kommissionen blev offentliggjort 15 dage for sent.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede, såfremt Klagenævnet tager klagerens påstand 1 til følge, har begået den alvorligste af alle overtrædelser af EU's udbudsregler, nemlig direkte kontraktstildeling. Betingelserne for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning er derfor opfyldt. Hertil kommer, at overtrædelsen i sagen er særlig grov, da indklagede ved indgåelsen af kontrakten var i ond tro, idet klageren i maj 2009 rettede henvendelse til indklagede, og da indklagede blev kontaktet af Konkurrencestyrelsen inden underskrivelsen af kontrakten.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen i overensstemmelse med det, indklagede har anført vedrørende påstand 1, ikke har begået en alvorlig overtrædelse af EU's udbudsregler, hvorfor der ikke er grundlag for annullation af kommunens tildelingsbeslutning. Indklagede var endvidere ikke i ond tro. Beslutningen om indgåelsen af kontrakten blev truffet den 30. september 2009, men var forberedt allerede fra foråret samme år.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet for Udbud efter Klagenævnslovens ordlyd har kompetence til at pålægge indklagede at lovliggøre udbudsforretningen. Et pålæg om lovliggørelse i den foreliggende sag giver i høj grad mening, idet der ikke er tale om, at en kontrakt er indgået efter afslutning af en udbudsprocedure, men derimod om at en udbudsprocedure slet ikke har været gennemført.

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet ikke har kompetence til at meddele pålæg om lovliggørelse af udbudsforretningen, efter at denne er af-

sluttet med indgåelse af kontrakt. Når kontrakten er indgået, er udbudsproceduren afsluttet, og der er herefter ikke længere noget at lovliggøre. Et pålæg om lovliggørelse savner i en sådan situation mening.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har navnlig gjort gældende, at det følger af EF-domstolens (nu EU-domstolens) praksis, at der ved visse grove overtrædelser af EU's udbudsregler, såsom undladt udbud af en udbudspligtig kontrakt, i henhold til det EU-retlige loyalitetsprincip består en pligt til at give et pålæg om, at indgåede kontrakter skal bringes til ophør for at sikre den effektive virkning af udbudsreglerne. Klageren har herved henvist til dom af 18. juli 2007 fra EF-domstolen i sag C-507/04, Kommissionen mod Tyskland. En sådan pligt er også fastslået i dansk ret, jf. Østre Landsrets dom af 30. marts 2009 i sagen B-2541/07, Region Syddanmark mod Sectra A/S og Retten i Hernings dom af 5. november 2009 i sag BS-1-542/2008, Holstebro Kommune m.fl. mod AV Form A/S. Klagenævnet for Udbud har som klageinstans kompetence til at træffe afgørelser i overensstemmelse med gældende EU-ret, og Klagenævnet er endvidere forpligtet til at gøre dette.

Indklagede har i første række gjort gældende, at EF-domstolens dom i C-507/04, Kommissionen mod Tyskland, ikke vedrører en fortolkning af Kontrolloven, men derimod spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat havde gennemført de til opfyldelse af en tidligere dom fra EF-domstolen nødvendige foranstaltninger. Sagen omhandler alene forholdet mellem en medlemsstat og Fællesskabet og ikke forholdet mellem en ordregivende myndighed og en forbigået tilbudsgiver, hvilket forhold i stedet er reguleret af Kontrollovens artikel 2, stk. 6, 2. pkt. Efter denne bestemmelse er medlemsstaterne berettigede til at begrænse klageorganets kompetence efter kontraktsindgåelsen. For det tilfælde, at Klagenævnet måtte finde, at sag C-503/04 hjemler visse ophævelseskompetencer, har indklagede i anden række gjort gældende, at der ikke i en situation, som den foreliggende er hjemmel direkte i EU-traktaten til at give et pålæg om ophævelse af kontrakten. Sagen Kommissionen mod Tyskland vedrørte en aftale, der var indgået for en lang periode på 30 år, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Aftalen overstiger Udbudsdirektivets tærskelværdi. Det lægges derfor til grund, at aftalen, medmindre den – som anført af indklagede – kunne indgås efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, skulle have været udbudt i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 28.

Det påhviler herefter indklagede at godtgøre, at betingelserne i Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, er opfyldt, jf. f.eks. Klagenævnets kendelse af 15. september 2009, Almenbo a.m.b.a. mod den selvejende boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken.

Det fremgår af den indgåede kontrakt, at kontrakten omfatter en tjenesteydelse i form af KMD A/S's udførelse af den løbende løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune, og at dette blandt andet vil ske ved brug af KMD A/S's LPA-portal, idet indklagede stiller sit lønsystem til rådighed for KMD A/S. Indklagede har ikke godtgjort, at der ikke var andre leverandører, som kunne levere den løbende løn- og personaleadministration, herunder ved anvendelse af en portalløsning. Herefter, og da det, indklagede i øvrigt har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 2

Da indklagede ikke har overholdt 48-dages fristen i Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Efter karakteren af den overtrædelse, der er fastslået ad påstand 1, tager Klagenævnet påstanden om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Ad påstand 4

Udbudsdirektivet indeholder regler om, hvorledes ordregivere skal forholde sig i forbindelse med blandt andet offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter. En konstatering fra Klagenævnets side i overensstemmelse med påstand 4 vil ikke have nogen indflydelse på den retsstilling, som allerede er gældende for indklagede i en sådan situation.

Klagenævnet afviser derfor denne påstand.

Ad påstand 5 og 6

Der er ikke i lov om Klagenævnet for Udbud hjemmel for Klagenævnet til at pålægge indklagede at bringe kontrakten med KMD A/S til ophør, ligesom loven ikke tillægger Klagenævnet kompetence til at konstatere, om en ordregiver efter den almindelige EU-ret måtte være forpligtet til at ophæve en allerede indgået kontrakt.

Klagenævnet afviser herefter påstand 5 og 6.

Det bemærkes, at økonomi- og erhvervsministeren den 27. januar 2010 har fremsat forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Lovforslaget har blandt andet til formål at implementere direktiv 2007/66/EF om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. Hvis lovforslaget vedtages i uændret form, vil Klagenævnet for Udbud med virkning for klager, der modtages efter lovens forventede ikrafttræden den 1. juli 2010, blandt andet få kompetence til – under visse nærmere angivne betingelser – at erklære en allerede indgået kontrakt for uden virkning. En vedtagelse af lovforslaget i uændret form vil imidlertid ikke få betydning for denne klage, da klagen er modtaget inden den 1. juli 2010. Det bemærkes, at Klagenævnet ikke herved har taget stilling til, om Klagenævnet, hvis det fremsatte lovforslag vedtages i uændret form, efter lovens ikrafttræden vil være kompetent til at behandle en ny klage fra klageren, såfremt indklagede ikke på dette tidspunkt måtte have bragt kontrakten med KMD A/S til ophør.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt til KMD A/S om varetagelse af løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune, ved udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, ved ikke at fremsende meddelelse om tildeling af kontrakten til KMD A/S senest 48 dage efter indgåelse af kontrakten.

Indklagedes beslutning af 30. september 2009 om at indgå kontrakt med KMD A/S om udførelse af løn- og personaleadministration i Hillerød Kommune annulleres.

Påstandene 4 – 6 afvises.

Indklagede, Hillerød Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Visma Services Odense A/S, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig