

K E N D E L S E

Assemble A/S
(advokat Lau Normann Jørgensen og
cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Lyngby-Taarbæk Kommune
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 069-119099 af 3. april 2014 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) efter det dagældende udbudsdirektiv, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF, rammeaftale 02.19 ASP/Cloud-SaaS om IT-rådgivning, programmelrådgivning, internet og support. Rammeaftalen omfattede 5 delaftaler, heriblandt delaftale 2: Kommunale ASP og Cloud-SaaS services. Såvel Assemble A/S (Assemble) som KMD A/S (KMD) er optaget som leverandører på delaftale 2.

Den omhandlede leveringsaftale om et dagtilbudssystem blev tildelt KMD den 26. oktober 2018 ved en direkte tildeling under SKI's rammeaftale 02.19 ASP/Cloud-SaaS, Delaftale 2 – Kommunale ASP/Cloud-SaaS services.

Den 3. juni 2021 indgav Assemble klage til Klagenævnet for Udbud over Lyngby-Taarbæk Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Assemble har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Lyngby-Taarbæk Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have foretaget en direkte tildeling af leveringsaftale om et pladsanvisningssystem til KMD, jf. udbudslovens § 2, stk. 2, jf. § 6, stk. 1, nr. 3.

Påstand 1b (subsidiær til påstand 1a)

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

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Lyngby-Taarbæk Kommunes beslutning af 26. oktober 2018 om at tildele leveringsaftale om levering af et pladsanvisningssystem i Lyngby-Taarbæk Kommune til KMD.

Påstand 3

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

Lyngby-Taarbæk Kommune har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 4. juni 2021 meddelt kommunens kontraktpart, KMD, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

KMD har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Klagenævnet har den 9. juli 2021 besluttet ikke at tage en anmodning fra Lyngby-Taarbæk Kommune om forlods behandling af påstanden om afvisning til følge. Klagenævnet anførte, at nævnet ikke derved havde taget stilling til, hvilken betydning den udviste passivitet ville kunne tillægges.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbuddet beskrives i udbudsbekendtgørelsen således:

”SKI udbyder rammeaftale 02.19 ASP/Cloud-SaaS. Rammeaftalen omfatter 5 delaftaler, som er rettet mod SKI's kundesegmenter:

Delaftale 1: Statslige ASP og Cloud-SaaS services

Delaftale 2: Kommunale ASP og Cloud-SaaS services

Delaftale 3: Regionale ASP og Cloud-SaaS services

Delaftale 4: Undervisning ASP og Cloud-SaaS services

Delaftale 5: Forsyning ASP og Cloud-SaaS services.

Udbuddet gennemføres som et funktionsudbud, hvor der skal tilbydes it-serviceydelser i form af ASP services og Cloud-SaaS services målrettet mod de opgaver, som løses af den offentlige forvaltning. Disse opgaver er i rammeaftalen afgrænset og defineret af den fælles offentlige reference model (FORM). FORM er et opgavekatalog over det offentliges opgaver. [...] De offentlige opgaver er i FORM struktureret i serviceområder, hovedområder, opgaveområder og forvaltningsopgaver. FORM vedligeholder også relationerne til den lovgivning der er grundlag for opgaven samt opgavens relation til de udførende offentlige myndigheder. Rammeaftalen skal således understøtte SKI's kunders behov for ASP og Cloud-SaaS baserede it-services.

...”

Det fremgår af rammeaftalen, at formålet med udbuddet og indgåelsen af rammeaftalerne er ”at afløfte udbudspligten for SKIs kunder, således at kunderne med hjemmel i rammeaftalerne kan anskaffe varer og tjenesteydelser efter behov, uden først på egen hånd eller på anden vis at skulle konkurrenudsætte varerne i et EU-udbud eller i en annoncering efter tilbudslovens regler.”

Af rammeaftalens retningslinjer for tildeling, punkt 2.1, 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.”

Derudover følger det af retningslinjernes punkt 3.1, at kunden skal identificere, hvilke specifikke FORM og STORM områder der dækker de af kunden identificerede behov.

Et indkøb på SKI 02.19 skal således ske ved, at ordregiveren først foretager en behovsopgørelse. Derefter vurderes det, hvilken FORM-kategori som behovet er omfattet af, det vil sige, hvilket forvaltningsområde IT-systemet skal anvendes indenfor. Derefter ”konverteres” ordregiverens behovsopgørelse til STORM-funktionaliteter (et katalog over funktionaliteter for et it-system) under den pågældende FORM-kategori, så man kan identificere de tilbud, der opfylder ordregiverens behov under det pågældende forvaltningsområde. I tilfælde af, at der kun er én leverandørs løsning, der opfylder ordregiverens behov, kan ordregiveren foretage en direkte tildeling til den pågældende leverandør uden at foretage en egentlig evaluering af tilbuddet.

Oplysninger om Lyngby-Taarbæk Kommunes markedsafdækning forud for tildelingen

Kommunen havde på tidspunktet for den direkte tildeling et system fra KMD, der understøttede dagtilbudsordningerne. Kontrakten for det eksisterende system udløb den 27. november 2018, men kunne forlænges i op til 24 måneder.

Det var imidlertid vurderingen, at der ville være væsentlige systemmæssige fordele, bedre borgerservice, optimering af pladsanvisningens arbejde og betydelige besparelser forbundet med et skifte til et nyt, opdateret system. På den baggrund igangsatte kommunen i sommeren 2018 interne afklaringer af kommunens behov, ligesom der blev igangsat en foreløbig afdækning af markedet.

Som led i sin markedsafdækning var Lyngby-Taarbæk Kommune i dialog med repræsentanter fra blandt andre Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og Rudersdal Kommune. Lyngby-Taarbæk Kommune havde ligeledes dialog med blandt andre Assemble og KMD for at opnå viden om forskellige systemers funktionalitet.

Kommunen blev herved efter det oplyste bekendt med, at manglende eller mangelfuld funktionalitet i flere systemer havde givet anledning til væsentlige udfordringer hos andre kommuner. Disse udfordringer gik specifikt på systemernes håndtering af venteliste-ordning samt integrationen til SKATs indkomstregister (eIndkomst) i forbindelse med håndtering af fripladstilskud og eventuel efterregulering heraf. Kommunen igangsatte derfor en yderligere afdækning af funktionaliteten i de på daværende tidspunkt tilgængelige systemer.

Da Lyngby-Taarbæk Kommune var af den opfattelse, at Assembles dagtilbudssystem ikke understøttede pladsanvisning efter anciennitet, efterspurgte kommunen i markedsafdækningsperioden en nærmere redegørelse for funktionaliteten i Assembles dagtilbudssystem og forhørte sig desuden om funktionaliteten vedrørende integration til SKATs indkomstregister, herunder i forbindelse med et møde med Assemble den 29. august 2018.

Det er kommunens opfattelse, at kommunen efter mødet den 29. august 2018 flere gange rettede henvendelse til Assemble om opfølgende møder i samme forum, dels for at modtage den efterspurgte redegørelse, dels for at modtage det tilbud vedrørende facilitering af ”fremmøde data til Lyngby-Taarbæk”, som var efterspurgt på mødet. Assemble, der bestrider denne del af sagsfremstillingen, vendte ikke tilbage med et svar. Efter Assembles opfattelse blev mødet udskudt flere gange og blev først afholdt den 8. januar 2019.

Oplysninger om den direkte tildeling

Med udgangspunkt i Lyngby-Taarbæk Kommunes afdækning af sit behov samt på baggrund af afklaring af de tilgængelige systemer på markedet og funktionaliteten heri fandt kommunen, at alene KMD kunne tilbyde et system, som indeholdt de funktionaliteter, som kommunen ønskede. Vurderingen blev foretaget på baggrund af de systemer, som var tilgængelige på ydelsesområde 24 – dagtilbud (ikke ydelsesområde 65, som det fejlagtigt blev oplyst).

Den 26. oktober 2018 besluttede Lyngby-Taarbæk Kommune som nævnt at indgå kontrakt direkte med KMD. Kontrakten er fortsat i kraft og har en værdi af 3.575.611 kr. Det er oplyst, at der ikke er foretaget ændringer, tilføjelser eller forlængelser af leveringskontrakten, der ændrer værdien.

Oplysninger om forløbet efter tildelingen

Assemble henvendte sig den 28. oktober 2019 til kommunen og spurgte ind til de nærmere forhold for tildelingen. Den 5. november 2019 oplyste Lyngby-Taarbæk Kommune på denne forespørgsel Assemble om, at tildelingen af leveringsaftale af et dagtilbudssystem var foretaget som en direkte tildeling under ”Ydelsesområde 65 – Myndighedens kommunikation og doku-

mentation.” Kommunen har under skriftvekslingen erkendt, at denne anførelse af ydelsesområde var fejlagtig, men har oplyst, at fejlen efter kommunens opfattelse kan skyldes, at det indkøbte system fremgik flere steder i leverandøroversigten, idet KMD’s system blandt andet også understøtter kommunikation mellem borgerservice, daginstitutioner og borgere i forbindelsen med pladsanvisning, fripladstilskud, betaling mv., samt dokumentation heraf.

Assemble kontaktede desuden SKI med en række spørgsmål til valg af ydelsesområder på 02.19. Den 3. december 2019 skrev Assemble således til SKI:

”...

Vi har erfaret at markedet herunder Lyngby-Taarbæk Kommune har lavet en direkte tildeling af Pladsanvisningsløsning ved at vælge et ydelsesområde, hvor Assembles Serviceydelse Nemplads ikke indgår.

For Lyngby-Taarbæk Kommune var ydelsesområdet ”Y65: Myndighedens Kommunikation og dokumentation”.

Valget af ydelsesområde betød, at Lyngby-Taarbæk Kommune ikke tog Assembles serviceydelser i betragtning, da Serviceydelsen Nemplads ikke var at finde under ydelsesområdet ”Y65: Myndighedens Kommunikation og dokumentation”...

Assemble vil fortsætte dialogen med Lyngby-Taarbæk Kommune omkring vurderingsgrundlaget, som Lyngby-Taarbæk Kommune har oplyst Assemble om primo november indeværende år...”

Den 20. januar 2020 gentog Assemble bl.a. således i en mail til SKI:

”...Assemble håber, at SKI kan hjælpe Assemble med at være en del af ydelsesområdet ”Y65: Myndighedens Kommunikation og dokumentation”, således at andre interesserede kommuner kan finde Assembles pladsanvisningsløsning, når de vælger dette område, som ydelsesområde for lignende dagtilbudsløsninger.”

Assemble anmodede den 6. december 2019 om aktindsigt i alle relevante dokumenter og modtog kommunens aktindsigtsafgørelse den 17. december 2019. Assemble indbragte denne afgørelse for Klagenævnet for Udbud den 31. januar 2020. Ved klagenævnets afgørelse af 3. april 2020 fik Assemble medhold i, at kommunen også skulle have givet aktindsigt i en aktliste.

Parternes anbringender

Ad påstanden om afvisning

Lyngby-Taarbæk Kommune har gjort gældende, at klagen er indleveret mere end to og et halvt år efter kommunens tildelingsbeslutning, og Assemble har udvist en meget høj grad af passivitet. Assemble blev bekendt med tildelingen kort tid efter denne, men ventede alligevel næsten et år med at spørge ind til tildelingen. Assemble anmodede om aktindsigt i alle relevante dokumenter og modtog kommunens aktindsigtsafgørelse den 17. december 2019, men ventede på trods heraf til den 3. juni 2021 med at indgive klage til Klagenævnet for Udbud.

Lyngby-Taarbæk Kommune har nærmere til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at Assemble i mindst 14 måneder før indbringelsen af klagen – på baggrund af besvarelsen af aktindsigtsanmodningen og klagenævnets afgørelse herom – havde haft fornødent grundlag for at vurdere, om man ønskede at indbringe en klage over den konkrete tildeling.

I overensstemmelse med den almindelige passivitetsgrundsætning gælder der en ulovbestemt pligt til at gøre indsigelse inden for rimelig tid. Synspunktet finder støtte i retspraksis, og også en potentiel klager i en klagesag for Klagenævnet for Udbud kan udvise retsfortabende passivitet, jf. herved klagenævnets kendelse af 4. januar 2013, Agusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste (side 59).

Det er under hensynet til en hensigtsmæssig forvaltning ikke rimeligt, at Assemble kan fremsætte sine påstande så lang tid efter tildelingen og efter at have fået kendskab til de faktiske omstændigheder, da kommunens mulighed for at dokumentere sagens faktiske omstændigheder og varetage sine interesser i sagen på dette tidspunkt er væsentligt forringet.

Synspunktet og hensynet understøttes af de faktiske forhold i denne sag, hvor flere relevante nøglepersoner ikke længere er i kommunens organisation, og hvor kommunen som følge af ændringer og implementering af nye IT-systemer har vanskeligt ved at tilvejebringe dokumentation for det faktiske forløb. Konkret kan det oplyses, at udbudskonsulenten på indkøbet og den under sagen om aktindsigt konstituerede Udbuds- og Indkøbschef ikke længere er an-

sat. Hertil kommer, at den viden, som er aflejret hos de tilbageværende personer, forsvinder over tid. Det er simpelthen vanskeligt at gengive alle detaljer, når man skal forholde sig til begivenheder, der ligger tre år tilbage i tid.

Som følge af den udviste passivitet har kommunen således ikke mulighed for at belyse sagen fuldstændigt.

Lyngby-Taarbæk Kommune var i god tro ved tildelingen til KMD, og forvaltningen har indrettet sig efter det indkøbte system, ligesom der er afholdt omkostninger til intern oplæring af kommunens ansatte i pladsanvisningen og i institutionerne.

Assemble har gjort gældende, at der intet grundlag er for at tage den principielle påstand om afvisning af klagen på grund af passivitet til følge.

Klagenævnslovens § 7 indeholder en række klagefrister, der gør, at en klage indgivet efter disse fristers udløb skal afvises. Lovgiver har således udtømmende taget stilling til, hvornår der ikke længere kan klages over en – direkte ulovlig – tildeling. Ingen af disse frister er aktiveret og dermed heller ikke overskredet. Kommunen kunne have offentliggjort en tildelingsbekendtgørelse og aktiveret fristerne, men har valgt ikke at gøre det. Allerede af den grund er der ikke et grundlag for at afvise klagen med henvisning til det tidsmæssige forløb.

Dertil kommer, at Lyngby-Taarbæk Kommune først efter klagesagens anlæg har kunnet oplyse Assemble om, at tildelingen var sket under ydelsesområde 24 (og ikke 65) på SKI 02.19 (2014), samt at Assemble først måtte igennem en aktindsigtsanmodningssag, klage over mangelfuld aktindsigtsanmodning og en Covid-19 pandemi, førend der kunne indbringes en klage.

Til støtte for sin afvisningspåstand gør kommunen tilsyneladende gældende, at dens muligheder for at dokumentere sagens faktiske omstændigheder er væsentligt forringede, fordi klagesagen er anlagt på nuværende tidspunkt. Alle anbringender til støtte for afvisning baseret herpå kan imidlertid ikke tillægges vægt, idet kommunen er underlagt en journaliserings- og notatpligt, der skulle være med til at sikre, at aftaleindgåelser kan dokumenteres. Udskiftning i kommunens medarbejderkreds har derfor ikke relevans, da doku-

mentation, mødereferater mv. skal fremgå af kommunens journaliseringssystem. Den manglende opfyldelse af journaliserings- og notatpligten kan aldrig komme Assemble til skade, jf. også udbudslovens § 174.

Den sag, der er omhandlet af klagenævnets kendelse af 4. januar 2013, Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste, er ikke sammenlignelig.

Passivitetsbegrebet er udtryk for et indretningssynspunkt mellem medkontra-henter eller parter, der af andre grunde skylder hinanden et særligt hensyn. At Assemble har anmodet om aktindsigt skaber ikke en relation mellem Assemble og Lyngby-Taarbæk Kommune, der indebærer, at kommunen kan påberåbe sig passivitet. I så fald ville Assemble have en ringere retsstilling end resten af markedet, hvilket ikke er velbegundet. I øvrigt er en aktindsigtsbe-gæring netop ikke udtryk for, at kommunen kan indrette sig på, at en over-trædelse af udbudsreglerne ikke vil blive forfulgt.

Endelig har en direkte ulovlig tildeling uden udbud en så alvorlig karakter, at passivitetsbetragtninger også af den grund ikke bør have relevans.

Ad påstand 1a og 1b

Assemble har gjort gældende, at en forudsætning for, at en ordregivers ud-budspligt er afløftet ved tildeling under en rammeaftale, er, at tildelingen sker på grundlag af rammeaftalens bestemmelser og de objektive kriterier, der er fastsat i udbudsmaterialet for rammeaftalen, jf. udbudslovens § 99.

Lyngby-Taarbæk Kommune har ikke fulgt proceduren for direkte tildeling på SKI 02.19. Kommunens oplysninger under skriftvekslingen herom støttes ikke af nogen form for dokumentation, og der redegøres heller ikke for, hvorfor der ingen dokumentation foreligger. En e-mailkorrespondance om priser på udtræk vedrørende fremmødedata og påstande om afholdte telefonsamtaler kan ikke udgøre en lovlig eller retvisende afdækning af Assembles tilbudte funktionaliteter. I bedste fald er oplysningerne udtryk for en markeds-dialog, men det fritager ikke Lyngby-Taarbæk Kommune fra at følge SKI 02.19 ved en tildeling og i øvrigt dokumentere sine overvejelser, konstateringer og begrundelser for tildelinger.

Den manglende behovsopgørelse understøtter Assembles vurdering, hvorefter SKI 02.19 er anvendt som grundlag for den nemmest mulige forlængelse af et kontraktforhold til den eksisterende leverandør, KMD, uden konkurrenceudsættelse.

Korrespondancen med KMD i oktober 2018 viser desuden, at kommunen indledte forhandlinger med KMD om den pris, som kommunen skulle betale for implementeringen af KMD Institution forud for tildelingen af leveringsaftalen. Der er hverken efter udbudslovens § 99 eller efter rammeaftale 02.19 adgang til at forhandle med tilbudsgiverne i forbindelse med en direkte tildeling under en rammeaftale.

Kontraktindgåelsen med KMD er således ikke foregået som en lovlig direkte tildeling under 02.19, men derimod som en ulovlig direkte tildeling i strid med udbudslovens afsnit II.

Assembles tilbudte løsning var på tidspunktet for tildelingen af kontrakten i drift i syv danske kommuner på aftaler indgået under SKI 02.19. Det har formodningen imod sig, at Assembles tilbudte løsning ikke levede op til de ændrede krav i dagtilbudsloven, når løsningen allerede var i drift i syv andre danske kommuner, der alle skulle overholde disse krav.

Når Lyngby-Taarbæk Kommune påtænker at indgå en leveringsaftale under 02.19, kan kommunen lægge til grund, at kravene i rammeaftalen er opfyldt. Konsekvensen, hvis dette ikke var tilfældet, ville i øvrigt være at underrette SKI – ikke at foretage en direkte tildeling til KMD uden dokumentation, journalisering eller anden opfyldelse af regelsættet for anvendelse af 02.19.

Sammenfattende har Assemblée gjort gældende, at Assembles funktionalitet Nemplads levede op til gældende lovgivning, da den var godkendt på SKI's rammeaftale, og at den lovbestemte ventelistefunktionalitet var implementeret i Nemplads således, at Assembles kunder kunne tilbydes denne funktionalitet, fra de ændrede krav i dagtilbudsloven trådte i kraft.

Lyngby-Taarbæk Kommune har gjort gældende, at genstanden for den direkte tildeling var et system til understøttelse og håndtering af kommunens dagtilbudsordninger, herunder pladsanvisning i daginstitutioner.

Forud for gennemførelsen af den direkte tildeling havde kommunen foretaget en afdækning af sit behov og af de løsninger, der var tilgængelige på markedet. Kommunen vurderede i den forbindelse, at alene KMD's løsning "*KMD Børn og Unge 0-30 2 ASP*" kunne understøtte behovet. Det er således kommunens opfattelse, at hverken Assemble eller andre virksomheder på rammeaftale 02.19 på tidspunktet for tildelingen kunne tilbyde et system, som indeholdt den funktionalitet, som kommunen ønskede.

Da kommunen under markedsafklaringen aldrig fik svar på, om Assembles system understøttede den nye lovbestemte venteliste-funktionalitet, gik kommunen ud fra, at det ikke var tilfældet. Denne formodning understøttedes af de øvrige forhold, som kommunen i sin afdækning var blevet opmærksom på, herunder andre kommuners erfaringer.

Kommunens behovsafdækning var hverken mangelfuld eller fejlbehæftet, ligesom tildelingsbeslutningen ikke i øvrigt var fejlbehæftet. Kommunen fulgte retningslinjerne for direkte tildeling på Rammeaftale 02.19 ved at tildele leveringsaftalen direkte til KMD, da KMD som den eneste leverandør kunne tilbyde et system, der indeholdt den funktionalitet, som kommunen ønskede.

Indkøbet er gennemført via rammeaftalens ydelsesområde 24, Dagtilbud.

Vurderingen blev foretaget på baggrund af de systemer, som var tilgængelige på ydelsesområde 24 – dagtilbud. De tilgængelige systemer blev identificeret ved brug af det hjælpeværktøj, som SKI havde stillet til rådighed, som det også fremgår af det udfyldte evalueringsark, som Assemble modtog allerede den 17. december 2019 i forbindelse med kommunens svar på aktindsigtsansøgningen.

Lyngby-Taarbæk Kommune har desuden gjort gældende, at udbudsloven ikke finder anvendelse på den direkte tildeling, fordi den direkte tildeling er gennemført ved brug af SKI-rammeaftale 02.19 (2014), som blev udbudt efter de dagældende regler i udbudsdirektiv 2004/18/EF, og fordi træk på rammeaftalen således ligeledes er foretaget i overensstemmelse med reglerne i dette direktiv og de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, jf. artikel 32, stk. 4, 2. afsnit, 1. pind.

Heller ikke udbudslovens § 174, som Assemble har henvist til, finder anvendelse på den direkte tildeling, som det er anført ovenfor.

Kommunen har således gjort gældende, at tildelingsbeslutningen var i fuld overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2 i udbudsdirektiv 2004/18/EF.

Henset til den tid, der er gået, fra Assemble blev bekendt med tildelingen, og til klagen blev indgivet, har Lyngby-Taarbæk Kommune fastholdt, at Assemble har bevisbyrden for, at Assembles system – på tidspunktet for tildelingen – indeholdt de ønskede funktionaliteter. Assemble har ikke løftet denne bevisbyrde.

Ad påstand 2

Assemble har gjort gældende, at overtrædelserne må medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Lyngby- Taarbæk Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 3

Assemble har gjort gældende, at betingelserne for at statuere uden virkning er opfyldt.

Lyngby-Taarbæk Kommune har gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstanden om afvisning

Ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. blev der bl.a. fastsat ændringer i det udbudsretlige sanktionssystem med indførelse af reglerne om uden virkning og økonomisk sanktion. Som noget nyt blev der også i lovens § 7 indført klagefrister. Regelsættet er med visse ændringer videreført i den nugældende lov om Klagenævnet for Udbud.

I bemærkningerne til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (2009/1 LFS 110) hedder det i afsnit 2.5. Indførelse af klagefrister:

”Den gældende klagenævnslov indeholder ikke klagefrister.

Med lovforslaget indføres der frister for, hvor længe det er muligt at klage over visse typer af beslutninger, som ordregiveren har truffet i løbet af udbudsprocessen. Fristerne gælder alene udbud omfattet af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I lyset af, at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner som, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning og en alternativ sanktion, er det hensigtsmæssigt at udnytte kontroldirektivernes mulighed for at indføre sådanne frister i visse situationer.

Indførelse af en klagefrist må ikke forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsreglerne. Omvendt kan det forhold, at der indgives klage længe efter kontraktindgåelsen, medføre et betydeligt værdispild. Forslaget skaber en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til klagers effektive klageadgang og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge og fuldføre en hensigtsmæssigt indkøbsproces.

Der foreslås bl.a. indført klagefrister i følgende situationer:

...

Der indføres ikke klagefrister ved direkte ulovlig tildeling af kontrakter uden offentliggørelse

...”

I bemærkningerne til lovens § 7 hedder det bl.a.:

”Med bestemmelsen indføres som noget nyt frister for, hvor længe det er muligt at klage over visse typer af beslutninger, som ordregiveren har truffet i løbet af udbudsprocessen (såkaldte præklusive frister). Bestemmelserne retter sig kun mod udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der er i de gældende regler ikke fastsat præklusive frister. I lyset af, at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner som den omstændighed, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, og at der kan pålægges en alternativ sanktion i form af bødeansvar eller en økonomisk sanktion, er det hensigtsmæssigt at indføre klagefrister i visse situationer. Det vil således være urimeligt, såfremt ordregiveren i alle tilfælde og på

ubestemt tid kan blive mødt med, at en kontrakt erklæres for uden virkning.

...

Indførelsen af en præklusiv frist må ikke forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Omvendt vil det forhold, at der indgives klage længe efter kontraktindgåelse, medføre et betydeligt værdispild. Forslaget skaber, under hensyntagen til direktivernes krav, en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til klagerens effektive klageadgang, og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge en hensigtsmæssig indkøbsproces.

...”

Fristerne i lov om Klagenævnet for Udbud § 7 begynder at løbe ved ordregiverens underretning eller offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. Lyngby-Taarbæk Kommune har ikke benyttet sig af muligheden for at indrykke en bekendtgørelse om den direkte tildeling med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, sådan som Sorø Kommune havde gjort i den sag, som er omhandlet i klagenævnets kendelse af 12. marts 2021, Assemble A/S mod Sorø Kommune, hvorved klagefristerne blev aktiveret. Som anført af Assemble rammes klagen således ikke af de præklusive frister i lovens § 7.

Den kontrakt, som klagen vedrører, løber stadig. På den baggrund finder klagenævnet ikke grundlag for at afvise Assembles klage med henvisning til den udviste passivitet.

Lyngby-Taarbæk Kommunes påstand om afvisning tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1a og 1b

Udbuddet er foretaget efter direktiv 2004/18/EF ved udbudsbekendtgørelse af 3. april 2014. Det er således dette direktivs bestemmelser, der finder anvendelse, jf. også udbudslovens § 196, stk. 2. Allerede af den grund tager klagenævnet ikke påstand 1a til følge.

Som beskrevet foretog Lyngby-Taarbæk Kommune forud for anskaffelsen en markedsanalyse og identificerede herved bl.a. en venteliste-funktionalitet, som indgik i kommunens behov. Det er ubestridt, at kommunen i den forbindelse var i kontakt med Assemble og KMD.

Klagenævnet lægger til grund, at kommunen fik det indtryk, at Assembles Nemplads-system ikke opfyldte det beskrevne behov for venteliste-funktionaliteten.

Parterne har som beskrevet forskellig opfattelse af mødeforløbet. Det ligger imidlertid fast, at kommunen før tildelingen søgte at afklare navnlig, om de mulige leverandører opfyldte behovet for en bestemt venteliste-funktionalitet. Assemble, der først klagede til klagenævnet ca. tre år efter forløbet og knap to år efter, at Assemble med sikkerhed fik viden om den direkte tildeling, har efter klagenævnets opfattelse bevisbyrden for, at Nemplads-systemet indeholdt den beskrevne funktionalitet, og at Lyngby-Taarbæk Kommune burde have været klar over, at det forholdt sig sådan.

Denne bevisbyrde har Assemble ikke løftet.

Klagenævnet tager derfor heller ikke påstand 1b til følge.

Ad påstand 2 og 3

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1a og 1b til følge, tages heller ikke påstand 2 og 3 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

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

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent