

PUNKT 2: RÅDSMØDET DEN 28. MARTS 2012

28-03-2012

4/0120-0204-0194

TBJ/SEM

**KMD'S STRATEGI OM AT FÅ
KOMMUNER TIL AT INDGÅ IT-
KONTRAKTER MED KMD UDEN
AFHOLDELSE AF UDBUD**

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	RESUMÉ.....	1
2	AFGØRELSE	8
3	SAGSFREMSTILLING	8
3.1	Sagens part - KMD	8
3.2	KMD's lønsystem.....	9
3.3	Andre leverandører af lønsystemer til det offentlige.....	10
3.4	Markedsundersøgelser om lønsystemer til kommuner og regioner	10
3.5	Beskrivelse af KMD's strategi om at tilskynde kommuner til at undlade at afholde udbud gennem brug af økonomiske incitamentter	13
3.5.1	KMD's strategi ift. Vordingborg kommune	14
3.5.2	KMD's strategi ift. Tønder kommune	16
3.5.3	KMD's strategi ift. Skive Kommune.....	22
3.5.4	KMD's strategi ift. Rudersdal Kommune	23
3.5.5	Dokumenter vedr. KMD's håndtering af forestående lønuddud i andre kommuner	27
3.6	Høringssvar	30
4	VURDERING	33
4.1	Vurdering af markedsafgrænsning og dominans hvis markedet kan afgrænses til lønsystemer til kommuner og regioner.....	33
4.2	Samhandelspåvirkning	35
4.3	Vurdering af KMD's strategi om til at tilskynde kommuner til at undlade udbud.....	36
5	SAMLET KONKLUSION.....	44

1 RESUMÉ

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt KMD A/S har udøvet misbrug i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 ved at forfølge en strategi om at få kommuner til at indgå it-kontrakter med KMD uden afholdelse af forudgående udbud.
2. Offentlige myndigheder har som udgangspunkt pligt til at afholde udbud, såfremt myndigheden vil indgå en it-kontrakt, hvis værdi overstiger 1,5 mio. kr.
3. Sagen er foranlediget af en klage over KMD's adfærd ved salg af it-systemer til kommuner. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse angår KMD's strategi i perioden 2004-2009.
4. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har på en kontrolundersøgelse hos KMD fundet en række interne dokumenter, hvori medarbejdere hos KMD beskriver, at 4 af KMD's kommunale kunder havde påtænkt at afholde udbud, men at det lykkedes medarbejdere hos KMD, ved hjælp af forskellige økonomiske incitamenter, at få disse kommuner til at undlade at afholde udbud og i stedet indgå kontrakt med KMD om bl.a. KMD's lønsystem. KMD's lønsystem indgår som en del af KMD's it-system "KMD OPUS". Af de interne dokumenter fundet hos KMD fremgår bl.a.:

" ...Skive ville have været i udbud her i efteråret på økonomi, løn og debitor, og med det in mente, så synes jeg at vi har lavet en rigtig god sag. Vi har haft 4 forhandlingsmøder, og vi har haft Kommunaldirektør [NAVN] inde over for at få [NAVN] til at turde lave aftalen uden udbud..."

"...Kunden [Rudersdal Kommune] fik en attraktiv betalingsaftale, idet de truede med at gå i udbud på specielt Løn- og Økonomiområdet..." [styrelsens tilføjelse]

"...Vordingborg: I forbindelse med a conto betalingsaftale for 2009 blev jeg konfronteret med, at kommunen overvejede at gå i udbud på flere områder i 2009. Da vi p.t. er specielt sårbare på løn- og økonomi måtte det forhindres, hvor jeg fremlagde forslag om indgåelse af en 3 årig fastprisaftale med en rabattering gående på, at overskridelsen på a conto aftalen for 2008 blev kompenseret kommunen. Til gengæld fik vi hensigtserklæring på OPUS Administrativ styring med projektaftale inden 01.05.2009. Rabatten på [x] mio. kr. svarer til kr. [x] kr. pr. år i aftaleperioden..."

"...hermed materialet omkring fast aftale for 3 år[...] Materialet kan danne grundlag for at få kommunerne til at droppe udbudstanken og spare disse mange udgifter og indgå en længere aftale med KMD. Materialet bedes behandlet meget fortroligt. Jeg forsøger at få Tønder med på denne tanke..."

5. Af de på kontrolundersøgelsen fundne dokumenter findes det dokumenteret, at KMD har tilskyndet i hvert fald sine kommunale kunder Skive, Tønder, Rudersdal og Vordingborg til at indgå kontrakt direkte med KMD uden at gennemføre påtænkte udbud af lønsystemer. KMD har i forbindelse med kontraktindgåelsen tilbudt disse kommuner forskellige økonomiske incitamenter i form af (1) prisnedslag og rabatter, (2) indbetaling fra KMD til udviklingspuljer, (3) favorable optioner på forlængelse af aftaler og (4) indgåelse af fastprisbetalingsaftaler frem for a conto betalingsaftaler. Tilbud om fastprisaftaler er i denne sammenhæng et særligt middel over for kommunerne, fordi det giver en vigtig budgetsikkerhed for kommunerne.
6. De kontrakter, som KMD indgik med de 4 kommuner, har en værdi der overstiger 1,5 mio. kr., hvilket er tærskelværdien for, hvornår kommuner har pligt til at afholde udbud.
7. Styrelsen fandt endvidere på kontrolundersøgelsen følgende dokument:

Vedhæftet bilag til e-mail sendt 30. marts 2009 fra KMD's områdedirektør [NAVN] til [NAVN] og cc til salgsdirektør [NAVN], hvoraf bl.a. fremgår:

"Rapportering til bestyrelsen, marts måned 2009

*3.a. Direktionens rapportering
Udvikling/begivenheder siden seneste møde*

Kommunemarkedet

Kommunerne er fortsat presset på økonomi, og vi oplever pt. et stigende ønske om at gå i EU-udbud, specielt på områderne Økonomi, Løn og Arbejdsmarked.."

...

"...På kommunemarkedet er de fleste kontrakter uden aftalt udløb, men større del af kunderne indgår betalingsaftaler med KMD hvor der for en given periode laves en betalingsaftale/partneraftale, det er i væsentliggrad disse typer af aftaler man genforhandler..."

"...Der er fortsat fokus på, at få lavet nye totalaftaler med kunderne indeholdende en overgang fra KMD ØS til KMD OPUS Økonomi. Det kan betyde, at flere af salgsmulighederne på KMD OPUS nedenfor vil blive indeholdt i en kommende totalaftale, hvis kunderne vil være med til det..."

"...Følgende kontrakter er til genforhandling inden for den kommende 12 mdr. periode..."

...

"...Viborg Kommunes totalaftale udløber ikke i 2009, men først ved udgangen af 2010. Imidlertid er genforhandling et led i at undgå udbud på økonomi, løn og debitor nu, hvor vi i givet fald står til at miste lønsystemet fra 1.1.2011..."

...

"...Randers Kommunes totalaftale udløber ikke 2009, men først ved udgangen af 2010. Kommunen ønsker at gå i totaludbud nu af hensyn til overholdelse af udbudspligt. Vi arbejder i stedet på at forlænge eksisterende totalaftale med senere overgang til SKI 02.19 kontrakt..."

...

"...Vejen kommune har Fujitsus økonomisystem og en ny partneraftale vil være en samlet aftale indeholdende en fencing af KMD's løn og debitorsystem..."

...

"...Der vil i næste rapportering optræde flere genforhandlinger eller rettere nye fastprisaftaler som erstatning for de nuværende a conto betalingsaftaler..."

...

"...Mange kunder er pt. på vej i udbud med deres økonomi- og lønsystemer (KMD OPUS)..."

...

"...Vi er i dialog med Slagelse Kommune om at tilkøbe KMD OPUS under deres totalaftale. Aftalen omfatter overgang til løsninger på områderne Økonomi, Løn, Betaling og evt. indkøb..."

...

"...Billund er i udbud på økonomi, løn og debitor med KL som konsulenter. De er nuværende kunder og positive overfor KMD, men vi ved også at vi generelt har der svært i udbudssituationen på grund af pris og færdiggørelsesgraden på KMD OPUS. ..."

...

"...Vi har møde med Middelfart Kommune torsdag den 2. april, hvor vi anbefaler kunden at udskyde udbud og afvente SKI 02.19, da vi ikke forventer at byde på opgaven. Vi tilbyder samtidig kunden en fastprisaftale..."



8. KMD blev i 1972 oprettet af kommunerne for at udvikle it-løsninger til kommuner, og har i en lang årrække været kommuners væsentligste it-leverandør. KMD er den eneste leverandør af en række it-løsninger til kommuner til brug for udbetaling af sociale ydelser. Disse it-løsninger er nødvendige for, at kommunerne kan overholde deres forpligtelser iht. sociallovgivningen, hvorfor kommunerne er nødsaget til at købe dem af KMD. I relation til lønsystemer til kommuner, som denne sag omhandler, har der i perioden 2004-2009 reelt kun været én anden leverandør udover KMD, nemlig Silkeborg Data. Silkeborg Data har i en årrække leveret lønsystemer til danske amter (der i 2007 blev til regioner), men begyndte i 2001 at sælge lønsystemer til danske kommuner.
9. KMD blev i 2009 solgt til kapitalfonden EQT og ATP, men har fortsat fungeret som den væsentligste leverandør af it-løsninger til kommuner.
10. I denne sag har styrelsen foretaget markedsundersøgelser blandt leverandører og kunder af lønsystemer i perioden 2004-2009. På baggrund af disse undersøgelser har styrelsen arbejdet ud fra den hypotese, at der kan afgrænses et særskilt marked for salg af lønsystemer til kommuner og regioner i Danmark. På et sådant marked ville KMD i perioden 2004-2009 have en markedsandel på [55-75] pct. Det har derfor været den umiddelbare vurdering, at KMD i perioden ville være dominerende på et sådant marked.
11. KMD har i perioden 2007-2009 leveret lønsystem til omkring [90-100] kommuner, mens Silkeborg Data leverede til omkring [0-10] kommuner. Ud af KMD's kommunekontrakter er [70-90] indgået uden udbud, mens [10-20] er indgået efter udbud. Silkeborg Datas kommunekontrakter er alle indgået efter udbud. KMD har leveret lønsystem til [0-5] regioner, mens Silkeborg Data har leveret til [0-5] regioner. Kontrakterne med regionerne er alle indgået efter udbud.
12. Ifølge retspraksis samt EU-Kommissionens vejledning vedrørende artikel 102 bærer en dominerende virksomhed et særligt ansvar for ikke ved sin adfærd at skade konkurrencen på markedet. Det kan udgøre et misbrug efter konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102, hvis en dominerende virksomhed med andre midler end fair konkurrence afskærmer markedet for sine konkurrenter.
13. Ved vurderingen af, om en dominerende virksomheds adfærd medfører konkurrenceskadelig afskærmning og dermed udgør misbrug, skal efter retspraksis som gengivet i EU-Kommissionens vejledning inddrages en række

faktorer i form af bl.a. virksomhedens stilling og forholdene på markedet, om der foreligger bevis på faktisk afskærmning samt, om der foreligger en ekskluderende strategi.

14. I tilfælde af prisbaseret ekskluderende adfærd anbefaler EU-Kommissionen endvidere, at det vurderes, om den pågældende adfærd har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der kan anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed. Følgende fremgår således af EU-Kommissionens vejledning pkt. 23:

"... Kommissionen vil normalt kun gribe ind med det formål at forhindre konkurrenceskadelig afskærmning, hvis den pågældende adfærd har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed..."

15. For at fastslå om dette er tilfældet, anbefaler EU-Kommissionen at undersøge økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser:

"... For at fastslå, om det er sandsynligt at den pågældende adfærd vil kunne afskærme markedet, for selv en hypotetisk konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, vil Kommissionen undersøge økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, og den vil navnlig undersøge, om den dominerende virksomhed anvender priser der er lavere end dens omkostninger..."

16. I visse situationer kan det dog uden foretagelse af en sådan detaljeret vurdering fastslås, at en adfærd udgør misbrug, såfremt adfærden udelukkende hindrer konkurrencen og ikke medfører effektivitetsgevinster. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis den dominerende virksomhed søger at forhindre sine kunder i at prøve konkurrentens produkter eller giver dem økonomiske incitamenter til ikke at prøve dem. Det fremgår således af EU-Kommissionens vejledning pkt. 22, at

"... Der kan være tilfælde, hvor det ikke er nødvendigt, at Kommissionen foretager en detaljeret vurdering, inden den konkluderer, at den pågældende adfærd vil kunne skade forbrugerne. Hvis det viser sig, at den udelukkende hindrer konkurrencen og ikke medfører effektivitetsgevinster, kan det konkluderes, at den har konkurrencebegrænsende virkninger. Det kan for eksempel være tilfældet, hvis den dominerende virksomhed forhindrer sine kunder i at prøve konkurrenternes produkter eller giver dem økonomiske incitamenter til ikke at prøve dem, eller betaler en distributør eller en kunde for at forsinke markedsføringen af en konkurrents produkt..."

17. På baggrund af det på kontrolundersøgelsen fundne materiale, herunder de ovenfor citerede dokumenter, er der foretaget en vurdering af, om KMD's adfærd har en sådan karakter, at adfærden – uden foretagelse af en detaljeret økonomisk vurdering – kan fastslås at udgøre misbrug.

18. At en virksomhed – herunder en dominerende virksomhed – har en strategi om at forsøge at påvirke køberne til at købe flest mulige af virksomhedens produkter er sædvanligt og kan ikke i sig selv anses som en strategi om at eliminere konkurrencen. Tilsvarende er det normalt, at virksomheder giver rabatter og andre økonomiske incitamenter til køberne for at skaffe flest mulige salg.
19. Spørgsmålet i denne sag er imidlertid, om det forhold, at KMD's adfærd er udført på et marked, hvor køberne er undergivet en særlig pligt i form af udbudspligt, og hvor KMD's forfølgelse af strategien har haft som konsekvens, at køberne har undladt at opfylde denne udbudspligt, i sig selv kan føre til, at adfærden kan karakteriseres som misbrug.
20. Det vurderes, at der ikke er grundlag for at anse KMD's strategi i denne sag – selvom den formentlig har medvirket til at afskærme markedet – for et per se misbrug uden foretagelse af en detaljeret økonomisk vurdering. Dette skyldes, flere forhold.
21. For det første gælder udbudspligten kun for offentlige myndigheder (herunder kommuner).
22. For det andet er der i udbudsreglerne kun økonomiske sanktioner imod ordregiver, der ikke overholder udbudspligten – ikke mod den virksomhed, der får ordren.
23. For det tredje var KMD i forvejen leverandør af lønsystem i de 4 kommuner, hvor de har givet økonomiske incitamenter. Der er således ikke tale om, at KMD gennem sin adfærd i de konkrete kommuner har elimineret konkurrenters eksisterende kundeforhold.
24. Endelig ville KMD, såfremt kommunerne havde gennemført et udbud, kunne give tilbud, der indeholder samme eller større rabatter, så længe den test der er beskrevet i Kommissionens vejledning pkt. 23 ikke viser, at lige så effektive konkurrenter dermed ville blive afskærmet.
25. Der findes derfor ikke at være grundlag for at anse KMD A/S' strategi om at tilskynde de 4 kommuner til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud for at være en per se overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.
26. At det er kommunerne, der skal overholde udbudsreglerne ved indkøb af it-ydelser, er tidligere blevet understreget i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse af 34 kommuners indgåelse af aftaler med KMD om "KMD OPUS", der bl.a. indeholder KMD's lønsystem. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog i denne undersøgelse, der blev offentliggjort i

juni 2010, at 29 ud af 34 undersøgte kommuner havde overtrådt EU's udbudsdirektiv. Blandt disse 29 kommuner var kommunerne Tønder og Skive.

27. Endvidere fastslog Klagenævnet for Udbud i december 2009, at Tønder kommune havde overtrådt udbudsreglerne ved indgåelse af aftale med KMD om køb af produktet "KMD OPUS".
28. Når der ikke er tale om en adfærd, der udgør en per se overtrædelse, anbefaler Kommissionen en undersøgelse af økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, bl.a. for at vurdere, om den dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end dens omkostninger og dermed kan afskærme en lige så lige effektiv konkurrent, jf. Kommissionens vejledningen pkt. 23-25.
29. I forhold til to af de fire kommuner (Vordingborg og Skive) skønnes det umiddelbart, at rabatprocenterne ikke overstiger ca. [5-15] pct. og formentlig er lavere. Når de særlige markedsforhold, der gør sig gældende i denne sag tages i betragtning, er det næppe sandsynligt, at rabatterne har en sådan størrelse, at de kan afskærme lige så effektive konkurrenter, jf. vejledningens pkt. 23-25.
30. I forhold til de andre to kommuner (Tønder og Rudersdal), hvor der indgår bestemmelser om såkaldte udviklingspuljer i betalingsaftalerne, er det vanskeligere med stor præcision at opgøre et interval for rabatprocenterne.
31. Indregnes KMD's betaling til en udviklingspulje ikke ved opgørelsen af rabatprocenten i Tønder kommune, skønnes rabatprocenten at være i et interval på [0-10] til [15-25] pct. afhængigt af, om rabatten sættes i forhold til den samlede kontraktsum eller en mindre del heraf svarende til kontraktværdien af lønsystem, finansiel styring samt debitor/kreditor moduler. Inddrages yderligere moduler/programmer fra betalingsaftalen – herunder andre konkurrenceudsatte – bliver rabatten lavere end det øvre skøn.
32. Vedr. Rudersdal kommune skønnes et interval for rabatprocenten at være i et interval på [0-10] til [15-25] pct. afhængigt af, om rabatten sættes i forhold til den samlede kontraktsum eller en mindre del heraf svarende til kontraktværdien af lønsystem, finansiel styring samt debitor/kreditor moduler. Inddrages yderligere moduler/programmer fra betalingsaftalen – herunder andre konkurrenceudsatte – bliver rabatten lavere end det øvre skøn. I skønnet for Rudersdal kommune er endvidere ikke indregnet en forpligtigelse for kommunen til at købe tjenester og ydelser hos KMD på yderligere [x] kr. årligt gennem kommunalt betalte bidrag til en udviklingspulje.

33. Givet de store usikkerheder med at opgøre rabatterne i disse to kommuner i kombination med de særlige markedsforhold, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderet, at det ikke er sandsynligt, at KMD's rabatter mv. til disse to kommuner kan afskærme lige så effektive konkurrenter, jf. vejledningens pkt. 23-25.
34. Der er dog ikke foretaget en tilbundsående undersøgelse af problemstillingen, herunder foretaget den test, som Kommissionen anbefaler baseret på virksomhedernes økonomiske data og salgspriser som nævnes ovenfor. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således ikke fundet det hensigtsmæssigt at anvende de betydelige yderligere myndighedsressourcer, der vil være nødvendige for at undersøge og træffe en sådan afgørelse jf. § konkurrencelovens 14, stk. 1, 4.

2 AFGØRELSE

35. Det meddeles KMD A/S, at Konkurrencerådet ikke finder grundlag for at anse KMD A/S' strategi om at tilskynde de 4 kommuner til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud for at være en per se overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.
36. Det meddeles KMD A/S, at Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 4. pkt., har besluttet ikke at undersøge, hvorvidt de økonomiske incitament (rabatter mv.) som KMD har givet de 4 kommuner har en sådan størrelse at de kan udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF art. 102.

3 SAGSFREMSTILLING

3.1 SAGENS PART - KMD

37. KMD er en af de største danskbaserede it-virksomheder. Virksomheden har eksisteret siden 1972, hvor den første fælles datacentral blev oprettet. KMD har i således næsten 40 år løst it-opgaver for offentlige myndigheder og leveret og udviklet en række forskellige it-løsninger til offentlige myndigheder (primært kommuner).
38. Fra 2000-2009 havde Kommunernes Landsforening (KL) det fulde ejerskab af KMD. Det har givet KMD en betydelig indsigt i den kommunale forretning, og

KMD har i kraft af sin historie haft tætte relationer til de kommunale kunder.¹ I februar 2009 godkendte Konkurrencestyrelsen KL's salg af KMD A/S til kapitalfonden EQT og ATP, og den 2. marts 2009 overtog kapitalfonden EQT og ATP virksomheden.

39. KMD har nu mere end 3.000 ansatte fordelt over fem afdelinger i hele Danmark, og KMD udvikler og leverer it-løsninger til kommuner, regioner, statslige institutioner og den private sektor. I 2009 omsatte KMD for ca. [x] mia. kr., hvoraf de [x] mia. kr. udgjorde omsætning fra salg til kommuner. KMD havde i 2009 et overskud på [x] mio. kr.
40. Selskabet er aktivt inden for en bred vifte af områder inden for it – med danske kommuner som den primære kundegruppe. I 2009 kom [50-80] pct. af virksomhedens omsætning fra salg til kommunerne. KMD har også aktiviteter på det private marked inden for bl.a. outsourcing og ASP-løsninger. KMD's salg af it-systemer til virksomheder og forvaltninger er fordelt på tre forskellige hovedgrupper: kritiske faglige it-løsninger, faglige it-systemer og administrative it-systemer, herunder løn- og økonomisystemer.² KMD er den eneste leverandør af de kritiske faglige it-løsninger, som kun anvendes af kommuner indenfor socialområdet³.
41. KMD's omsætning fra salg af administrative it-systemer udgjorde [x] mio. kr. i 2008. KMD's omsætning fra salg af faglige it-systemer og kritiske it-løsninger henholdsvis [x] mio. kr. og [x] mio. kr. i 2008.⁴

3.2 KMD'S LØNSYSTEM

42. KMD har siden 2008⁵ tilbudt sit lønsystem som et modul, der kan indgå i et samlet it-system til kommuner og regioner kaldet KMD Opus. KMD Opus er et samlet ERP-system⁶, der er specielt udviklet til at understøtte de fleste arbejdsprocesser i kommuner og regioner, herunder administration af løn. KMD Opus er baseret på en teknologisk platform fra SAP.
43. KMD Opus er en ASP-løsning⁷, hvor der købes brugsret til it-systemet samt support og drift af dette, og hvor hele driften varetages af KMD. KMD Opus består af en række delsystemer, herunder "Administrativ Styring".

¹ KMD's årsrapport 2007.

² [...].

³ It-systemerne "KMD Aktiv", "Boligstøtte", "Dagpengesystemet", "KMD Social Pension", "Underholdsbidragsystemet".

⁴ [...].

⁵ Før KMD introducerede Opus, tilbød KMD et særskilt lønsystem, særskilt økonomisystem osv. til kommuner og regioner. Lønsystemet, kaldet KMD Løn, var ikke baseret på en platform fra SAP.

⁶ Enterprise Resource Planning eller ERP betegnes ofte som et samlet it-system, der håndterer størstedelen af virksomhedens funktionelle områder.

⁷ "ASP" står for "Application Service Provision".

44. "Administrativ Styring" består af fire moduler: Økonomi, Løn & Personale, Indkøb & Logistik og Projekt & Ressource, der tilsammen understøtter hele den kommunale administration. Løn & Personale udgør KMD's lønsystem. Systemerne i "Administrativ Styring" er bygget op modulært, så man kan tilkøbe de enkelte moduler, efterhånden som behovet opstår.

3.3 ANDRE LEVERANDØRER AF LØNSYSTEMER TIL DET OFFENTLIGE

45. Ud over KMD leverede Silkeborg Data og Accenture som de eneste øvrige leverandører også lønsystemer til kommuner og regioner i perioden 2004-2009.⁸ Efter at have leveret lønsystemer til danske amter i en årrække begyndte Silkeborg Data i 2001 også at markedsføre konceptet Silkeborg Løn over for danske kommuner. I perioden 2004-2009 har Silkeborg Data således leveret lønsystemer til amter, regioner og kommuner.
46. Accenture leverede lønsystem til Københavns Kommune indtil 2006. Siden da har Accenture ikke leveret lønsystemer til hverken kommuner eller regioner.
47. Staten anvender Statens Lønsystem (SLS), som er ejet af Økonomistyrelsen/Finansministeriet.⁹ Driften af systemet varetages af CSC Danmark A/S. Lønsystemet SLS anvendes kun af statslige institutioner og kan ikke sælges til andre kunder end statslige institutioner.

3.4 MARKEDSUNDERSØGELSER OM LØNSYSTEMER TIL KOMMUNER OG REGIONER

48. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i denne sag foretaget flere markedsundersøgelser for at undersøge vilkårene for levering af lønsystemer til kommuner og regioner. Styrelsen har bl.a. undersøgt, om lønsystemer adskiller sig funktionelt fra andre administrative it-systemer, samt om de lønsystemer, der anvendes i kommuner og regioner, adskiller sig fra lønsystemer, der anvendes af andre kundegrupper.
49. Endvidere har styrelsen undersøgt potentielle leverandørers mulighed for at etablere sig som leverandør af lønsystemer til kommuner og regioner, herunder omfanget af de tilpasningsomkostninger, der er nødvendige for at tilpasse et lønsystem, så det kan anvendes i en kommune eller region.

⁸ Silkeborg Data er en it-virksomhed, der leverer løn- og personaleadministrative it-systemer til blandt andre kommuner og regioner. Silkeborg data begyndte i 1968 at udvikle lønsystemer til danske sygehuse, og fra 1992 beskæftigede virksomheden sig alene med løn- og personalesystemer til den offentlige sektor i Danmark. I perioden 1972-1984 havde Silkeborg Data en samarbejdsaftale med KMD. Silkeborg Datas lønsystem Silkeborg Løn er en såkaldt Best of Breed løsning, dvs. en løsning kun understøtter processer vedrørende løn, i modsætning til KMD's Opus-løsning, der er en samlet ERP-løsning. Derudover er Silkeborg Løn egenudviklet, mens KMD OPUS er baseret på en SAP-plattform. Silkeborg Løn er ligesom KMD Opus en ASP-løsning, hvor kunden køber brugsret til it-systemet samt support og drift af dette, hvor hele driften varetages af leverandøren på egne maskiner og i egne lokaler.

⁹ Virksomheden CSC Danmark A/S forestår for drift og applikationsforvaltning af systemet. CSC kan således ikke tilbyde systemet til eventuelle andre kunder. Alle statsinstitutioner anvender SLS.

50. Endelig har styrelsen undersøgt kommuner og regioners kundepræferencer og købemønstre, herunder de krav der stilles til lønsystemer i udbudsmateriale.
51. Det fremgår af styrelsens undersøgelse, at KMD i perioden 2007-2009 leverede lønsystem til omkring [80-100] kommuner, mens Silkeborg Data leverede til omkring [0-20] kommuner, jf. tabel 1. Ud af KMD's kommunekontrakter er [70-90] indgået uden udbud, mens [10-20] er indgået efter udbud. Silkeborg Datas kommunekontrakter er alle indgået efter udbud. KMD har leveret lønsystem til [0-5] regioner, mens Silkeborg Data har leveret til [0-5] regioner. Kontrakterne med regionerne er alle indgået efter udbud.
52. Endvidere ses det af tabel 1, at KMD i perioden 2007-2009 har haft langt de fleste kommuner som kunder. Silkeborg Data har primært leveret lønsystemer til regioner, mens antallet af kommunekunder har været lavt.

Tabel 1: Antal kommune- og regionskunder på lønsystem (2007-2009)

	2007	2008	2009
KMD – kunder i alt	[90-100]	[90-100]	[90-100]
- heraf kommunekunder	[90-100]	[90-100]	[90-100]
- heraf regionskunder	[0-5]	[0-5]	[0-5]
Silkeborg Data – kunder i alt	[0-15]	[0-15]	[0-15]
- heraf kommunekunder	[0-10]	[0-10]	[0-10]
- heraf regionskunder	[0-5]	[0-5]	[0-5]
Kunder i alt	[...]	[...]	[...]

[...]

53. Den kontraktmæssige værdi af KMD's salg af lønsystemer til kommuner og regioner udgjorde [125-205] mio. kr. i 2009, jf. tabel 2. Tilsvarende udgjorde værdien af Silkeborg Datas salg af lønsystemer [75-125] mio. kr.

Tabel 2: Salg af lønsystemer til kommuner og regioner i 2007-2009

	2007	2008	2009
Kontraktmæssig værdi i mio. kr.			
KMD's kommunekunder	[125-200]	[125-200]	[125-200]
KMD's regionskunder	[0-5]	[0-5]	[0-5]
KMD – i alt	[125-205]	[125-205]	[125-205]
Silkeborg Datas kommunekunder	[0-25]	[0-25]	[0-25]
Silkeborg Datas regionskunder	[75-100]	[75-100]	[75-100]
Silkeborg Data – i alt	[75-125]	[75-125]	[75-125]

54. Styrelsens markedsundersøgelser viste bl.a., at konkurrencen mellem aktørerne på dette marked primært udspiller sig, når kommuner og regioner afholder udbud. Markedsundersøgelserne viste således, at KMD's eneste konkurrent, Silkeborg Data, kun har overtaget sine [0-25] kommunekunder fra KMD, når kommunerne har afholdt udbud.
55. Markedsundersøgelserne viste også, at [80-100] pct. af samtlige kommuners og regioners lønsystemkontrakter har en værdi på over 1,5 mio. kr. (hvilket er tærskelværdien i udbudsreglerne). Dette betyder, at langt de fleste kommuner og regioner i Danmark anvender lønsystemer, der er så dyre, at de er forpligtet til at afholde udbud inden anskaffelse heraf.
56. Det fremgår ligeledes af markedsundersøgelserne, at der blev afholdt relativt få udbud af lønsystemer blandt kommuner i perioden 2004-2009 (ca. 6 udbud årligt).¹⁰ Dertil kom, at mange kommuner i udbudsmaterialet stillede krav om, at tilbudsgivere skulle have leveret et tilsvarende lønsystem til en anden kommune eller region.
57. Markedsundersøgelserne viste endvidere, at nye leverandører måtte afholde både væsentlige initiale omkostninger, samt tilegne sig specifikke kompetencer om kommunernes og regionernes overenskomster for at kunne indtræde på et evt. marked for salg af lønsystemer til kommuner og regioner.
58. Derudover viste markedsundersøgelserne, at kommunernes kontrakter om lønsystemer typisk indgås for en periode på 4 år, inkl. option på forlængelse i to år. Disse forholdsvis lange kontrakter har, kombineret med de relativt få

¹⁰ I perioden 2004-2007 (før kommunalreformen) var der 271 kommuner. Efter kommunalreformen var der 98 kommuner.

afholdte udbud, medført, at leverandørskifte har været sjældne i den undersøgte periode.

59. Endelig viste markedsundersøgelserne, at KMD og Silkeborg Data i perioden 2004-2009 reelt var de eneste aktører på et evt. marked for salg af lønsystemer til kommuner og regioner.¹¹ Ifølge styrelsens undersøgelser modtog kommuner og regioner ikke tilbud om lønsystemer fra andre leverandører end KMD og Silkeborg Data i denne periode.

3.5 BESKRIVELSE AF KMD'S STRATEGI OM AT TILSKYNDE KOMMUNER TIL AT UNDLADE AT AFHOLDE UDBUD Gennem brug af ØKONOMISKE INCITAMENTER

60. I dette afsnit beskrives KMD's strategi om at tilskynde kommuner til at indgå it-kontrakter med KMD uden forudgående udbud gennem brug af økonomiske incitamenter. Dette beskrives på baggrund af dokumenter fundet på kontrolundersøgelsen samt et antal kontrakter, som KMD har indgået med kommunerne Vordingborg, Tønder, Rudersdal og Skive om køb af lønsystemer.
61. Dokumenterne viser, at kommunerne Vordingborg, Tønder, Rudersdal og Skive påtænkte at konkurrenceudsætte indkøbet af et lønsystem ved at gennemføre et udbud, samt at KMD tilbød disse 4 kommuner at indgå nye kontrakter (eller forlænge eksisterende) om KMD's lønsystem i stedet for at afholde udbud. Det kan konstateres, at de 4 kommuner efterfølgende indgik de pågældende kontrakter om KMD's lønsystem uden at afholde udbud. I alle fire tilfælde overstiger værdien af de pågældende kontrakter tærskelværdien i udbudsreglerne på 1,5 mio. kr.
62. KMD's bevæggrund for at hindre konkurrenceudsættelser via udbud af lønsystemer synes at være, at KMD forventede at tabe disse udbud. Dette understreges i flere dokumenter fundet på kontrolundersøgelsen, hvori KMD bl.a. skriver: "*... vi ved også at vi generelt har der svært i udbudssituationen...*"¹², samt "*... Da vi p.t. er specielt sårbare på løn- og økonomi måtte det [udbuddet] forhindres...*"¹³ samt "*... Risikofaktorer: _1 Udbud er den største fare. Vi har svært ved at vinde udbud på disse sager. Pris er for høj...*"¹⁴.

¹¹ Accenture udgik af markedet i 2006, hvor leverandørens aftale med Københavns Kommune blev opsagt hvorefter KMD vandt Københavns Kommune som følge af en udbudsproces.

¹² jf. pkt. 7 og pkt.109.

¹³ Jf. pkt..4 og pkt. 63.

¹⁴ jf. pkt. 111.

3.5.1 KMD's strategi ift. Vordingborg kommune

63. Følgende KU-dokument beskriver, at Vordingborg kommune overvejede at gå i udbud på flere områder i 2009, herunder udbud på løn- og økonomisystemområdet. Det fremgår endvidere, at KMD gav et økonomisk incitament i form af en 3-årig fastprisaftale, samt en rabat på [x] mio. kr., der var en eftergivelse af kommunens gæld for overskridelse af den tidligere a conto aftale, for at få kommunen til at indgå kontrakt med KMD uden forudgående udbud:

E-mail sendt 23. januar 2009 fra kundechef i KMD [NAVN] til områdedirektør i KMD [NAVN]. Emnefeltet i e-mailen er "Redegørelse for rabat":¹⁵

"...Vordingborg: I forbindelse med a conto betalingsaftale for 2009 blev jeg konfronteret med, at kommunen overvejede at gå i udbud på flere områder i 2009. Da vi p.t. er specielt sårbare på løn- og økonomi måtte det forhindres, hvor jeg fremlagde forslag om indgåelse af en 3 årig fastprisaftale med en rabattering gående på, at overskridelsen på a conto aftalen for 2008 blev kompenseret kommunen. Til gengæld fik vi hensigtserklæring på OPUS Administrativ styring¹⁶ med projektaftale inden 01.05.2009. Rabatten på [x] mio. kr. svarer til kr. [x.] kr. pr. år i aftaleperioden...."

64. KMD og Vordingborg kommune havde i 2008 en a conto betalingsaftale for kommunens samlede forbrug af KMD's forskellige it-løsninger, herunder både administrative it-løsninger såsom økonomi- og lønsystemer, men også de it-løsninger, hvor KMD er eneleverandør (dvs. de it-løsninger som kommunerne bruger til udbetaling af sociale ydelser).
65. Når en kommune har en a conto betalingsaftale for 2008 med KMD betyder det, at kommunen i løbet af året 2008 indbetalte et beløb til KMD, der skulle dække kommunens forventede forbrug af KMD's it-ydelser for året 2008. Inkluderet i a conto betalingsaftalen er både betaling for it-løsninger, hvor KMD er eneleverandør og it-løsninger, hvor KMD møder konkurrence.
66. I starten af året 2009 skulle der foretages en opgørelse, der sammenstillede kommunens faktiske forbrug af KMD's ydelser i 2008 med det forventede forbrug. Hvis kommunens faktiske forbrug oversteg betalingsaftalens beløb skulle kommunen betale differencen for merforbrug til KMD. Omvendt skulle KMD betale et beløb til kommunen, hvis det faktiske forbrug var lavere end beløbet på betalingsaftalen. I modsætning til a conto aftaler har visse

¹⁵ [...].

¹⁶ Administrativ styring er fælles betegnelse for KMD Opus Løn, KMD Opus økonomi og KMD Debitor.

kommuner fastprisaftaler, hvor der ikke sker afregning for merforbrug eller for mindre forbrug i forhold til det forventede.

67. I slutningen af 2008 forventede Vordingborg kommune og KMD, at kommunen ville overskride beløbet på a conto betalingsaftalen for 2008 med ca. [x] mio. kr., som kommunen derfor skulle betale til KMD.
68. Denne overskridelse af a conto aftalen på ca. [x] mio. kr. tilbød KMD at eftergive, hvis kommunen til gengæld ville underskrive en hensigtserklæring om at indgå aftale med KMD om KMD's produkt "OPUS Administrativ styring", i stedet for at gå i udbud. Produktet "OPUS Administrativ styring" omfatter bl.a. KMD's økonomi- og lønsystem.
69. Den forventede overskridelse af betalingsaftalen på [x] mio. kr. opgjordes i en efterfølgende KMD-intern e-mail mere præcist til [x] mio. kr. Dette beløb anmodes KMD's salgsdirektør [NAVN] om at godkende som en rabat, der er givet til Vordingborg kommune i 2008:

E-mail sendt 28. januar 2009 fra afdelingsleder i KMD [NAVN] til KMD's salgsdirektør [NAVN].¹⁷

Emnefeltet er "Redegørelse for rabat":

"...Hej [NAVN]

Jeg havde en kort snak med [NAVN] i går om rabatter afgivet i 2008, hvor der mangler en formel godkendelse fra dig..."

...

"...Vordingborg kommune [x] mio. kr. – Kompensation ved eftergivelse af efterregulering af 2008 betalingsaftale for indgåelse af 3-årig fastprisaftale..."

...

70. KMD og Vordingborg kommune indgik efterfølgende de i e-mailen omtalte aftaler, dvs. hhv. en 3-årig fastprisaftale,¹⁸ med en rabat, samt en hensigtserklæring om kommunens køb af KMD OPUS til administrativ styring.
71. Fastprisaftalen omfatter kommunens betaling for 23 af KMD's ydelser, heriblandt KMD's lønsystem og de it-løsninger hvor KMD er eneleverandør¹⁹.

¹⁷ [...].

¹⁸ [...].

Den samlede betaling udgør årligt [x] mio. kr. i årene 2009, 2010, 2011. Betaling for økonomi- og lønsystemmoduler udgør samlet [x] mio. kr. årligt.²⁰

72. Der er foreløbigt opgjort en øvre og en nedre grænse for rabatprocenten. Ved opgørelsen af den nedre grænse sættes rabatten på [x] mio. kr. ift. den samlede kontraktsum (dvs. kommunens årlige betaling iht. fastprisaftalen i 3 år). I så fald udgør rabatten [0-5] pct.²¹ Den øvre grænse beregnes ved at sætte rabatten på [x] mio. kr. ift. værdien af økonomi- og lønsystemmoduler, som kommunen overvejede at bringe i udbud (jf. citatet i e-mailen ovenfor)²². I så fald bliver rabatten ca. [5-10] pct.²³
73. Hensigtserklæringen indeholder kommunens løfte om indenfor 4 måneder at indgå kontrakt om køb af KMD OPUS til Administrativ styring, der bl.a. indeholder KMD's lønsystem.²⁴

3.5.2 KMD's strategi ift. Tønder kommune

74. Styrelsen fandt på kontrolundersøgelsen følgende interne e-mail, der viser, at KMD forsøgte at få Tønder kommune til at "droppe udbudstanken":

E-mail sendt 10. september 2007 fra KMD's kundechef [NAVN] til alle kundechefer i KMD's Kundecenter Syd:²⁵

"... hermed materialet omkring fast aftale for 3 år[...] Materialet kan danne grundlag for at få kommunerne til at droppe udbudstanken og spare disse mange udgifter og indgå en længere aftale med KMD. Materialet bedes behandlet meget fortroligt. Jeg forsøger at få Tønder med på denne tanke. Vh [NAVN]"

75. I foråret 2008 forhandlede Tønder kommune og KMD om indgåelse af en ny partneraftale, da parternes tidligere partneraftale var ved at udløbe. En partneraftale er en aftale, der typisk vedrører konkrete it-projekter, som en kommune og KMD ønsker at udføre i fællesskab. I forhandlingerne indgik en

¹⁹ Samtlige løsninger er "Arbejdsmarkedsydelse", "Arkivering", "Beskæftigelse", "Betaling", "Boligstøtte", "Borger- og virksomhedsservice", "Børn og Unge", "E-Handel og logistik", "Ejendom", "Energi", "Familieydelse", "Finansiel Styring", "Foranstaltninger", "Forretningsstyring", "Hjælpemidler", "Individuelle aftaler", "Løn og Personale", "Outsourcing", "Pensioner", "Person- og virksomhedsoplysninger", "Sagsbehandlingsstøtte", "Sikkerhed" og "Tekniske produkter".

²⁰ [...].

²¹ [...].

²² [...].

²³ [...].

²⁴ Hensigtserklæringen er underskrevet 19. december 2008, og det fremgår, at parterne er enige om, at "...inden 31. marts 2009 indgås projektaftale med tilhørende løsningsaftaler om levering og implementering af KMD Opus til Administrativ Styring incl. lønfornyelsen til idriftsættelse senest 01.01.2012". Endvidere forpligter parterne sig til "... ikke at forhandle til anden side, så længe der pågår forhandlinger om en aftales indhold, og i øvrigt underrette den anden part, hvis sådanne forhandlinger til anden side agtes påbegyndt" jf. [...]

²⁵ [...].

lang række it-systemer herunder KMD's lønsystem. Parterne indgik herefter en aftale om implementering af KMD OPUS til Administrativ Styring, hvoraf det fremgår, at *"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/funktionaliteter til Løn- og Personalestyring..."*²⁶.

76. Styrelsen fandt på kontrolundersøgelsen hos KMD nedenfor citerede KUDokument benævnt *"Kundeplan for Tønder Kommune"*. Det fremgår af kundeplanen, at KMD vurderede, at Tønder Kommune ikke ønskede at gå i udbud, men at kommunen gerne ville indgå en fastprisaftale for årene 2009-2011. Tønder kommune havde på daværende tidspunkt en a conto betalingsaftale. Endvidere fremgår, at der er *"en særdeles positiv holdning til KMD på kommunaldirektørniveau"*:

"Kundeplan med bilag for Tønder Kommune" (revideret 15. maj 2008)²⁷

"...Kommunen er en nøglekunde med KMD, og anvender stort set alle KMD's produkter.

De har i mange år haft en partneraftale med KMD, og denne er i øjeblikket ved at blive genforhandlet, med forventet underskrift maj 2008.

Tønder Kommune ønsker ikke at gå i udbud, men vil gerne indgå en fastprisaftale for årene 2009 til 2011.

2008 skal være et basis år for beregning af den kommende fastprisaftale...

...

"...KMD skal i forbindelse med denne fastprisaftale sikre, at alle KMD's produkter bliver en del af denne fastprisaftale, dette reguleres via allongen til aftalen ..."

...

"...Direktionsniveau

Der er ligeledes en særdeles positiv holdning til KMD på kommunaldirektørniveau.

Samarbejdet gennem allianceaftalen/Partneraftalen har gjort at KMD er med ved alle beslutninger, og bliver hørt i alle sager som har relation til IT..."

...

²⁶ Jf. citat fra afgørelsen fra Klagenævnets afgørelse Tabulex mod Tønder Kommune (december 2009) (s. 10). Endvidere forklarer Tønder Kommunes kommunaldirektør [NAVN] i klagenævnets afgørelse (s. 13), at "allongen til partneraftalen omfatter en række administrationssystemer bl.a. løn".

²⁷ [...].

"... de kunne aldrig træffe beslutninger omkring IT, uden at KMD bliver spurgt, og der skal betydelige grunde til at der træffes et valg som ikke er til fordel for KMD..."

77. På et møde den 12. juni 2008 skulle Tønder kommunes ledelse (chefgruppen) og kommunaldirektøren tage stilling til, om man ville indgå den nye partneraftale samt den nye fastprisaftale, som KMD havde tilbudt kommunen, eller om der skulle afholdes udbud. Aftalerne angik bl.a. KMD Opus, der indeholder KMD's lønsystem.
78. Nedenfor ses et uddrag af mødereferatet fra mødet 12. juni i 2008 i Tønder kommunes ledelse. Det fremgår af mødereferatet, at kommunen vurderede, at der var store fordele ved at indgå partneraftalen og fastprisaftalen, og at det var en økonomisk gevinst:

"Godkendelse af Partnerskabsaftale mellem Tønder og KMD A/S for perioden 1. januar 2008-31.december 2011"²⁸

"...Baggrund/sagsfremstilling..."

...

"...Kommunaldirektøren og IT-chefen har i foråret 2008 forhandlet oplæg til partneraftale med KMD gældende for perioden 1.1.2008-31.12.2011..."

"...Den ny Partneraftale indeholder udover ... også en fastprisaftale på de KMD-fagsystemer Tønder Kommune anvender. Fastprisaftalen løber i perioden 1.1.2009-31.12.2011..."

...

"...Bilag..."

"...Notat vedrørende Ny partneraftale med KMD for perioden 1.1.2008-31.12.2011..."

"...Vurdering:"

Det vurderes, at indgåelse af ny partneraftale for en 4-årig periode – inkl. fastprisaftale på 3 år – samlet set giver Tønder Kommune store fordele. Udover økonomisk gevinst sikrer partneraftalen stabilitet og ro til at implementere Tønder Kommunes IT-strategi..."

...

²⁸ [...].

"...Alternativt skal Tønder Kommune gå i udbud på dele af eller alle de it-fagsystemer som leveres af KMD...."

...

"...Gennemførelse af EU-udbud kræver stor indsigt og kompetence af de medarbejdere som skal gennemføre udbuddet og er meget ressourcekrævende. Kompetencer til at gennemføre EU-udbud på IT-systemer vurderes pt. ikke at være tilstede i fagforvaltninger og stabe. Det er planen at disse kompetencer skal opbygges i Tønder Kommune i partneraftalens løbetid således, at Tønder Kommune er gearet til at gennemføre EU-udbud på de vigtigste KMD-fagsystemer pr. 1. januar 2012..."

"...**Indstilling:**

Kommunaldirektøren indstiller, at fornyelse af partnerskabsaftalen med KMD tages til efterretning.

Chefgruppens beslutning den 12. juni 2008..."

79. Til brug for beslutningen havde Tønder kommune udarbejdet et notat, der gav et overblik over de produkter, der ville indgå i aftalerne samt hvilke "økonomiske fordele/besparelser", der var for kommunen ved at indgå den nye partneraftale og fastprisaftale med KMD.

Uddrag af "Internt notat udarbejdet af Tønder Kommune, "Notat vedrørende ny partneraftale med Tønder Kommune og KMD A/S for perioden 1. januar 2008 – 31. december 2011,"²⁹

"...Lønberegningsmodulet i lønsystemet udskiftes med OPUS-Løn. Implementeringen vil ske i 2008. Driftsomkostningerne ved OPUS-Løn vil være udgiftsneutrale i forhold til nuværende udgift til KMD-løn..."

...

"...Sammenstilling af økonomi samt afledte interne økonomiske besparelser/fordele. – (opgjort pr. år)

Årligt beløb indbetalt af KMD til partneraftalen [x mio.]
kr.

Årlig rabat ved indgåelse af fastprisaftale [0-10] % [x mio] kr.

IT-løsning til folkeskoler og skoleforvaltning – [x] mill.kr.. over 3 år [x mio] kr.

Skift til KMD-SAG-EDH –

²⁹ [...].

- Besparelse anslået til [x] mill.kr. på anskaffelses- og implementeringsudg	[x mio.kr.] kr.
- Driftsafvikles hos KMD – besparelse på lokal driftsafvikling anslået til [x mio.] kr.	
Skift til Opus økonomi – besparelse anslået til kr.	[x]
<u>Skift til Opus lønberegner – besparelse anslået til kr.</u>	[x]
Beregnet årlig besparelse/effekt ved indgåelse Af partneraftale og fastprisaftale med KMD	[x mio.] kr. =====
En beregnet besparelse over 4 år på [x mio.] kr. ud af en omsætning på ca. [x] mill.kr. (i 2008 priser)..."	

80. Der er tale om kommunens interne vurdering af "besparelserne" foretaget i et forhandlingsforløb med KMD. KMD har over for styrelsen oplyst, at aftalerne på skoleområdet og fsva. KMD sag EDH-systemet ikke blev indgået med kommunen. Der ser derfor bort fra de rabatter, der i aftaleudkastet var knyttet til disse to systemer. Det er således alene rabatten på [0-10] pct. og KMD's bidrag til partneraftalen på [x] mio. kr., der blev indgået aftale om.³⁰
81. Fsva. bidraget på [x] mio. kr. til partneraftalen har KMD oplyst, at der er tale om "en omkostningsmæssig begrundet rabat der modsvarer af den ydelse som Tønder kommune erlægger under partneraftalen. Tønder kommune stiller løbende medarbejdere samt knowhow til rådighed generelt til udbygning af konceptet omkring den effektive kommune". Det er dermed tvivlsomt om der er tale om en egentlig rabat.
82. Hvis bidraget på [x] mio. kr. vurderes som værende en rabat er den samlede rabat således [x] mio. kr.³¹ Sættes de [x] mio. kr. ift. den samlede betaling som Tønder kommune betaler til KMD iht. betalingsaftalen, dvs. ca. [x] mio. kr. i år 2008. I så fald bliver rabatprocenten ca. [5-15] pct.³². Indregnes KMD's

³⁰ Jf. allonge til partneraftalen [...]. Det skal dog nævnes, at det ikke fremgår af sagens materiale om fastprisaftalen for 2009-2011 hvori rabatten på [0-10] % skulle indgå blev indgået. Det fremgår således af Klagenævns sagen (afgjort 12. december 2009), at fastprisaftalen ikke blev indgået.

³¹ [...].

³² [...].

bidrag til partneraftalen ikke, bliver "rabatprocenten" de oprindelige [0-10] pct.

83. Hvis rabatten opgøres til [x] mio. kr. og sættes ift. de økonomi- og lønsystemmoduler, der fremgår af betalingsaftalen udgør rabatprocenten [25-35] pct.³³ Indregnes KMD's bidrag til partneraftalen ikke i denne beregning, bliver rabatprocenten ca. [15-25] pct.
84. KMD og Tønder Kommune indgik efterfølgende den nævnte aftale om OPUS til Administrativ Styring, uden at Tønder kommune afholdt udbud.
85. En konkurrerende it-virksomhed på skoleområdet klagede efterfølgende³⁴ til Klagenævnet for Udbud over, at Tønder Kommune ikke havde afholdt udbud inden indgåelse af kontrakterne med KMD. Klagenævnet afgjorde, at Tønder kommune havde overtrådt udbudsregler ved at indgå aftalerne med KMD.³⁵
86. Klagen til Klagenævnet medførte, at aftalen på skoleområdet ikke blev indgået med Tønder Kommune jf. nedenstående KMD-interne e-mail:

KMD-intern e-mail af 9. januar 2009 fra [NAVN], Juridisk Konsulent KMD, til kundechef [NAVN], KMD³⁶

"...Det forhold, at der er indgivet en klage til Klagenævnet for Udbud vedrørende det manglende udbud af kontrakten på skole-området gør, at KMD ikke kan indgå den partneraftale på skoleområdet, som ligger i udkast. KMD skal i stedet på det kraftigste opfordre Tønder til at gennemføre et udbud på kontrakten..."

KMD-Intern e-mail af 6. januar 2009 fra [NAVN], Juridisk Konsulent KMD til [NAVN]³⁷

"...Hvis klagen fortsætter ved Klagenævnet, og Tabulex får medhold i deres klage er det JUR's vurdering at Klagenævnet vil annullere tildelingsbeslutningen ... hvis Tønder får et hak i tuden, vil de formentlig have et langt mere formalistisk syn på håndteringen af udbudspligten ved tildeling af kommende aftaler om it-løsninger..."

³³ [...].

³⁴ 1 december 2008.

³⁵ Klagenævnets afgørelse af 11. december 2009.

(http://www.klfu.dk/graphics/Klagenævnet_for_Udbud/kendelser/2009/tabulexmodtonderkomm.pdf)

³⁶ [...].

³⁷ [...].

3.5.3 KMD's strategi ift. Skive Kommune

87. Ifølge nedenstående KMD-interne mail ville Skive Kommune i efteråret 2008 have afholdt udbud på økonomi, løn og debitorområdet. Endvidere fremgår, at KMD havde 4 forhandlingsmøder med kommunen, førend kommunen "turde lave aftalen uden udbud".

Mail sendt 14. november 2008 fra KMD's områdedirektør [NAVN] til a) [NAVN] (KMD servicedirektør), b) [NAVN] (KMD salgsdirektør) samt c) [NAVN] (KMD direktør). Emnefeltet "VS: Skive – Opus projektaftale"³⁸

"...Skive ville have været i udbud her i efteråret på økonomi, løn og debitor, og med det in mente, så synes jeg at vi har lavet en rigtig god sag. Vi har haft 4 forhandlingsmøder, og vi har haft Kommunaldirektør [NAVN] inde over for at få [NAVN] til at turde lave aftalen uden udbud..."

88. Baggrunden for denne KMD-interne mail er, at KMD og Skive kommune ca. en måned inden³⁹ havde underskrevet en fastprisaftale, der skulle gælde for årene 2010, 2011 og 2012. Fastprisaftalen angik betaling for kommunens samlede forbrug af KMD's ydelser, herunder bl.a. administrative it-systemer og de it-systemer, hvor KMD er eneleverandør.⁴⁰ Det fremgår af fastprisaftalen, at kommunens betaling for økonomi- og lønsystemmoduler udgør samlet ca. [x] mio. kr. årligt.⁴¹
89. Fastprisaftalen indeholder en betingelse om, at Skive kommune tillige skulle indgå aftale med KMD om implementering af KMD's produkt "Administrativ Styring inkl. lønfornyelse", som indeholder KMD's økonomi- og lønsystem. Betingelsen fremgår af nedenstående uddrag af bilag 3 til fastprisaftalen:

"...Bilag 3 til fastprisaftalen:⁴²

"Denne aftale er betinget af at nedenstående aftaler indgås:

Samlet projektaftale på Administrativ Styring inkl. lønfornyelse og overgang til OPUS Økonomi underskrives inden 31.12.2008..."

³⁸ [...].

³⁹ (17. september 2008) [...].

⁴⁰ Samtlige løsninger er "Arbejdsmarkedsydelse", "Arkivering", "Beskæftigelse", "Betaling", "Boligstøtte", "Borger- og virksomhedsservice", "Børn og Unge", "E-Handel og logistik", "Ejendom", "Energi", "Familieydelse", "Finansiell Styring", "Foranstaltninger", "Forretningsstyring", "Hjælpemidler", "Løn og Personale", "Miljø", "Outsourcing", "Pensioner", "Person- og virksomhedsoplysninger", "Sagsbehandlingsstøtte", "Sikkerhed" og "Support og Service", "Tandpleje", "Tekniske produkter".

⁴¹ [...].

⁴² [...].

90. Skive Kommune og KMD indgik aftalen "Projekt aftale KMD OPUS til Administrativ styring" den 21. november 2008.⁴³ "Lønfornyelsen" er et tilføjelsesprogram til lønsystemet, og er samtidig et program der sikrer, at de kommuner der har både OPUS Økonomi og OPUS-løn får et fuldt sammenhængende økonomi- og lønsystem.
91. KMD opnåede således med denne betingelse i fastprisaftalen, at Skive Kommune tillige indgik aftale om KMD's produkt Administrativ Styring, der indeholder KMD's økonomi- og lønsystem, og at kommunen dermed beholdt KMD som leverandør af kommunens økonomi- og lønsystem i stedet for, at kommunen konkurrenceudsatte sit økonomi- og lønsystem via det påtænkte udbud som omtales i mailen af 14. november 2008.⁴⁴
92. Fastprisaftalen indeholder bl.a. et økonomiske incitament for Skive kommune, i form af en option på forlængelse af aftalen med 1 år (fra 2012 til 2013), som, hvis den blev udnyttet, ville udløse et prisnedslag (i 2013) på ca. [x] mio. kr. på kommunens samlede forventede betaling til KMD i 2013 på [x] mio. kr. Dette prisnedslag på ca. [x] mio. kr. kan opgøres ift. hele den samlede betaling kommunen skal betale til KMD iht. fastprisaftalen. I så fald er rabatprocenten [0-5] pct.⁴⁵ Såfremt prisnedslaget kun sættes ift. økonomi- og lønsystemmodulerne, som det af mailen fremgår at kommunen ville bringe i udbud⁴⁶ fås en rabatprocent på [5-15] pct.⁴⁷
93. Skive Kommune afholdt efter forhandlingerne med KMD ikke udbud af økonomi- og lønsystemet, men indgik i stedet aftalen KMD.

3.5.4 KMD's strategi ift. Rudersdal Kommune

94. Styrelsen fandt på kontrolundersøgelsen to interne dokumenter hos en KMD kundechef, der begge omhandler KMD's aftaler med Rudersdal kommune.
95. Det fremgår af det første dokument, at Rudersdal Kommune i 2007 fik "en attraktiv betalingsaftale", fordi kommunen "truede med at gå i udbud på specielt Løn- og Økonomiområdet":

"Status på betalingsaftalen vedr. Rudersdal Kommune.

Den 20. november 2007 indgik Rudersdal Kommune en 3-årig Betalingsaftale med KMD. Aftalen gjaldt for årene 2008, 2009 og 2010.

⁴³ [...].

⁴⁴ Jf. pkt. 87 - [...].

⁴⁵ [...].

⁴⁶ [...].

⁴⁷ [...].

Kunden fik en attraktiv betalingsaftale, idet de truede med at gå i udbud på specielt Løn- og Økonomiområdet. Aftalen skulle så til gengæld indeholde en udviklingspulje på [x] mio. kr., idet kommunen dermed kunne overbevise KMD om, at de gerne ville udvikle organisationen i samarbejde med KMD...⁴⁸

96. Det fremgår af det andet dokument nedenfor, der blev fundet hos den samme kundechef, hvad der var attraktivt ved den betalingsaftale, som Rudersdal kommune indgik med KMD den 20. november 2007.
97. I dokumentet, som er benævnt *"Oplæg til ny betalingsaftale for Rudersdal Kommune"*, har KMD sammenlignet den endelige betalingsaftale med to tidligere forslag til betalingsaftale. De to forslag til ny betalingsaftale for Rudersdal kommune benævnes hhv. "Forslag 1" og "Forslag 2".
98. De aftalevilkår, der fremgår af kolonnen "Endelig betalingsaftale" svarer til de vilkår, der indgår i den betalingsaftale, som KMD og kommunen underskrev 20. november 2007. Det er derfor muligt at sammenligne betalingsaftalen med de tidligere forslag, og deraf kan det udledes, hvorfor den endelige betalingsaftale var mere attraktiv end de første to forslag.⁴⁹

<i>"Oplæg til ny Betalingsaftale for Rudersdal Kommune"</i>		
<i>"Forslag 1"</i>	<i>"Forslag 2"</i>	<i>"Endelig betalingsaftale"</i>
<i>"1-årig betalingsaftale 2008"</i>	<i>3-årig betalingsaftale 2008-2010"</i>	<i>"3-årig betalingsaftale 2008-2010"</i>
<i>"Omsætning i betalingsaftale [x mio]"</i>	<i>"Fastprisaftale på [x mio.] kr. årligt + a conto data, e-boks og On Demand på [x mio.] kr. årligt"</i>	<i>"Fastprisaftale på [x mio.] kr. årligt + a conto uddata, e-boks og On Demand på [x mio.] kr. årligt"</i>
<i>"Der er ingen udviklingspulje"</i>	<i>"Udviklingspulje på [x mio. kr. "</i>	<i>"Udviklingspulje på [x mio.] kr. "</i>
...

⁴⁸ [...].

⁴⁹ [...].

<i>"A conto aftale"</i>	<i>"fastprisaftale"</i>	<i>"Fastprisaftalen" gælder alle de systemer, som på tidspunktet for aftalens indgåelse er registreret i Betalingsaftalen"</i>
...	...	<i>"KMD yder som en del af aftalen en rabat på [5-15]% af etableringsomkostningerne i.f.m. implementeringen af nye systemer"</i>
...	...	<i>"Aftalen underskrives senest den 15. november 2007"</i>

99. Som det ses har hvert af de to forslag og den endelige betalingsaftale forskellige aftalevilkår. Bl.a. er kommunens årlige betaling til KMD lavere i "Endelig betalingsaftale" end i de to første forslag. Den årlige betaling i "Endelig betalingsaftale" er ca. [x] mio. kr. pr. år. lavere end "Forslag 1".⁵⁰ Det fremgår dog ikke af dokumentet, at dette beløb er en rabat.
100. Endvidere ses, at KMD i "Endelig betalingsaftale" yder en rabat på [5-15] % af etableringsomkostningerne i forbindelse med implementering af nye systemer. Denne rabat fremgår ikke af "Forslag 1" og "Forslag 2".
101. Til gengæld er der i "Endelig betalingsaftale" angivet en udviklingspulje, der forpligter kommunen til at købe yderligere KMD-ydelser for [x] mio. kr., hvorimod der i "Forslag 1" ikke er en "udviklingspulje", og i "Forslag 2" er en udviklingspulje på [x] mio. kr. Det er kommunen selv der indbetaler til puljen.
102. Generelt om udviklingspuljer har KMD oplyst, at de er en mulighed for kunden (kommunen) til i sit budget at afsætte midler til forudsete og uforudsete projekter, konsulentudgifter, implementeringsudgifter mv., der ikke nødvendigvis er præcist fastlagt på det tidspunkt, hvor aftalen med KMD indgås. Der er ifølge KMD 3 slags puljer; 1) puljer hvor kun kunden (kommunen) indbetaler et beløb, 2) puljer hvor kun KMD indbetaler et beløb og 3) puljer hvor begge parter indbetaler et beløb. Med hensyn til KMDs bidrag til puljer har KMD til styrelsen oplyst, at "Normalt er der ikke tale om en rabat, når KMD bidrager til en udviklingspulje. Der er derimod tale om betaling for den modydelse, kommunen leverer under udviklingspuljen. Der

⁵⁰ [...]

kan dog være særlige tilfælde, hvor en del af KMD's bidrag er en rabat og/eller kompensationsbeløb”.

103. Parterne havde i marts 2007 indgået en aftale om OPUS Personale, som udgør en del af KMD's lønsystem. Styrelsen har i juni 2010 vurderet, at denne aftale ikke var udbudspligtig.⁵¹ Styrelsen vurderer, at aftaleforløbet omkring indgåelse af den ”attraktive betalingsaftale” i november 2007 adskiller sig fra forløbet omkring indgåelse af aftalen om OPUS Personale i marts 2007. Dette skyldes dels den tidsmæssige forskydning på et halvt år og dels, at kommunen truede med et udbud på både ”Løn og Økonomi”-området.⁵²
104. Den 20. november 2007 indgik Rudersdal Kommune og KMD den fastprisaftale, der omtales ovenfor i pkt. 95, uden at Rudersdal Kommune forinden havde afholdt udbud.⁵³ Fastprisaftalen er gældende for perioden 1. januar 2008 til 31. december 2010. Aftalen er uopsigelig for begge parter i aftaleperioden. Den samlede årlige betaling for aftalens ydelser udgør årligt [x] mio. kr.⁵⁴ samt betaling på [x] mio. kr. for køb af ”data, e-boks og On Demand.” Betalingen for økonomi- og lønsystemmodulerne udgør [x] mio. kr. årligt.⁵⁵
105. Hvis det lægges til grund, at forskellen mellem beløbet på ”Forslag 1” og den faktisk indgåede betalingsaftale udgør en form for ”rabat” kan denne opgøres til årligt ca. [x] mio. kr.⁵⁶ Sættes dette beløb ift. til kommunens samlede betaling til KMD iht. betalingsaftalen på årligt [x] mio. kr.⁵⁷ udgør rabatprocenten ca. [5-10] pct. En evt. indregning af den rabat, der ydes på etablerings omkostninger på [5-15] pct., vil ikke ændre denne opgørelse nævneværdigt.⁵⁸

⁵¹ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse i juni 2010.

⁵² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse fra juni 2010 af de 34 kommuner omfattede en undersøgelse af Rudersdal Kommunes indgåelse af en aftale indgået i marts 2007 om KMD's produkt ”KMD OPUS Personale”. Aftalen var en forlængelse af en aftale parterne havde indgået i 2003. Konklusionen var, at kommunen ikke havde overtrådt udbudsreglerne ved indgåelse af aftalen i marts 2007. Dette skyldes, at den oprindelige aftale, der blev indgået i 2003 ikke overskred tærskelværdien i udbudsreglerne på indgåelsestidspunktet, og at kommunen gerne måtte forlænge denne aftale i marts 2007, så længe vilkårene i aftalen ikke blev ændret væsentligt i forbindelse med kontraktindgåelsen i marts 2007. Rudersdal Kommune oplyste i undersøgelsen, at aftalen om ”KMD OPUS personale” alene erstattede en mindre del systemet KMD Basisløn.
(www.kfst.dk/service-menu/publikationer/publikationsarkiv/publikationer-2010/konkurrencestyrelsens-redegoerelse-om-34-kommuners-indkoeb-af-kmd-opus/)

⁵³ [...].

⁵⁴ [...].

⁵⁵ [...].

⁵⁶ [...].

⁵⁷ [...].

⁵⁸ Det fremgår af Skive-eksemplet, at etableringsomkostninger f.eks. KMD OPUS er en engangsudgift på ca. [x] mio. kr. Dvs. at en rabat herpå er ca. [x] kr. hvilket er uden betydning ift. kommunens samlede årlige betaling til KMD.

106. Sættes beløbet på [x] mio. kr. ift. til den årlige betaling for kun økonomi- og lønsystemmodulerne⁵⁹ som angivet på betalingsaftalen, kan rabatprocenten opgøres til ca. [15-25] pct.⁶⁰
107. Det er dog uklart, om forskellen mellem forslag 1 og den endeligt indgåede betalingsaftale kan siges at være en "rabat". Det fremgår, at Rudersdal påtænkte udbud på "specielt Løn- og Økonomiområdet", dvs. muligvis flere områder end Løn- og Økonomiområderne. Hvis flere af de produkter KMD møder konkurrence på indregnes i eksemplet bliver "rabatten" således lavere.
108. Det bemærkes endelig, at hvis kommunens forpligtelse til at købe for [x] mio. kr. iht. puljen indregnes i kommunens årlige betaling til KMD skal kommunen betale [x] mio. kr.⁶¹ årligt til KMD hvilket er mere end betalingen iht. "Forslag 1" på [x] mio.

3.5.5 Dokumenter vedr. KMD's håndtering af forestående lønuddud i andre kommuner

109. Det fremgår af andre dokumenter fundet på kontrolundersøgelsen, at KMD (primo 2009) på ledelsesniveau gjorde sig overvejelser om mulige forestående udbud i andre kommuner, samt hvordan KMD på forskellige måde ville kunne undgå disse udbud:

Vedhæftet bilag til email sendt 30. marts 2009 fra KMD's områdedirektør [NAVN] til [NAVN] og cc til salgsdirektør [NAVN], hvoraf bl.a. fremgår:⁶²

"... Rapportering til bestyrelsen, marts måned 2009

*3.a. Direktionens rapportering
Udvikling/begivenheder siden seneste møde*

Kommunemarkedet

Kommunerne er fortsat presset på økonomi, og vi oplever pt. et stigende ønske om at gå i EU-udbud, specielt på områderne Økonomi, Løn og Arbejdsmarked..."

...

"...På kommunemarkedet er de fleste kontrakter uden aftalt udløb, men større del af kunderne indgår betalingsaftaler med KMD hvor der for en given periode laves

Værdien af etableringsomkostninger opgøres ikke specifikt i materialet vedr. Rudersdal, men antages at være af marginal betydning set ift. kommunens samlede betaling til KMD.

⁵⁹ [...].

⁶⁰ [...].

⁶¹ [...].

⁶² [...].

en betalingsaftale/partneraftale, det er i væsentliggrad disse typer af aftaler man genforhandler.

Der er fortsat fokus på, at få lavet nye totalaftaler med kunderne indeholdende en overgang fra KMD ØS til KMD OPUS Økonomi. Det kan betyde, at flere af salgsmulighederne på KMD OPUS nedenfor vil blive indeholdt i en kommende totalaftale, hvis kunderne vil være med til det.

Følgende kontrakter er til genforhandling inden for den kommende 12 mdr. periode..."

...

"... Viborg Kommunes totalaftale udløber ikke i 2009, men først ved udgangen af 2010. Imidlertid er genforhandling et led i at undgå udbud på økonomi, løn og debitor nu, hvor vi i givet fald står til at miste lønsystemet fra 1.1.2011..."

...

"... Randers Kommunes totalaftale udløber ikke 2009, men først ved udgangen af 2010. Kommunen ønsker at gå i totaludbud nu af hensyn til overholdelse af udbudspligt. Vi arbejder i stedet på at forlænge eksisterende totalaftale med senere overgang til SKI 02.19 kontrakt..."

"... Vejen kommune har Fujitsus økonomisystem og en ny partneraftale vil være en samlet aftale indeholdende en fencing af KMD's løn og debtorsystem..."

...

"... Der vil i næste rapportering optræde flere genforhandlinger eller rettere nye fastprisaftaler som erstatning for de nuværende a conto betalingsaftaler..."

...

"... Mange kunder er pt. på vej i udbud med deres økonomi- og lønsystemer (KMD OPUS) ..."

...

"... Vi er i dialog med Slagelse Kommune om at tilkøbe KMD OPUS under deres totalaftale. Aftalen omfatter overgang til løsninger på områderne Økonomi, Løn, Betaling og evt. indkøb..."

"... Billund er i udbud på økonomi, løn og debitor med KL som konsulenter. De er nuværende kunder og positive overfor KMD, men vi ved også at vi generelt har der svært i udbudssituationen på grund af pris og færdiggørelsesgraden på KMD OPUS."

..."

"... Vi har møde med Middelfart Kommune torsdag den 2. april, hvor vi anbefaler kunden at udskyde udbud og afvente SKI 02.19, da vi ikke forventer at byde på opgaven. Vi tilbyder samtidig kunden en fastprisaftale..."

110. I dokumentet oplister en ledende medarbejder i KMD de kommuner, hvis kontrakter udløber indenfor de næste 12 måneder, og det beskrives, hvordan KMD vil forhandle med flere af disse kommuner, for at få dem til at indgå kontrakt med KMD uden forudgående udbud. Det bemærkes, at tilbud om fastprisaftaler som erstatning for kommunernes a conto aftaler, indgår som incitament for at overtale kommunerne i flere af de omtalte forhandlinger.
111. Af et andet internt dokument benævnt "salgsstrategireview" vedrørende Lolland Kommune fremgår, bl.a.:

Internt KMD "salgsstrategireview" af 4. marts 2009 vedr. OPUS administrativ styring⁶³ vedr. Lolland kommune:⁶⁴

"... Lolland anvender i dag KMD øs og KMD opus Løn. Vi vil gerne have dem over på KMD OPUS administrativ styring. Det forventes, at Lolland træffer beslutning om enten udbud eller lader sig konvertere over via en samarbejdsaftale..."

...

"... Den største udfordring, er at overgå til Opus_uden udbud.... Kommunen kan med KMD OPUS få en sammenhængende løsning. Sagen vil handle om administrativ styring altså OPUS økonomi, Løn og e-handel. Den årlige kontraktsum er på de gamle systemer er på ca. [x] mill. Kr..."

...

"... Kommunen er ikke fikseret på udbud, men vil gerne følge reglerne. En samarbejdsaftale i forlængelse af en fastprisaftale på 3-4 år vil gøre en stor forskel..."

...

"... Risikofaktorer: _1 Udbud er den største fare_ Vi har svært ved at vinde udbud på disse sager. Pris er for høj..."

...

⁶³ Administrativ styring er fælles betegnelse for KMD Opus Løn, KMD Opus Økonomi og KMD Debitor.

⁶⁴ [...].

"... vi prøver at få lavet en samarbejdsaftale med kommunen som kan undgå udbud, hvis vi kommer på SKI. Vi vil også have mulighed for at håndtere noget af dette via betalingsaftalen. De har i dag en alm. betalingsaftale. Kunne konverteret til fastprisaftale. Kommunaldirektør og den øvrige direktion bearbejdes til at indgå denne aftale..."

112. Af en mail sendt internt i KMD efter et udbud afholdt af Lemvig Kommune fremgår bl.a.:

"...Udbudet var kendt for os i god tid inden det blev annonceret, og KMD havde i høj grad mulighed (og benyttede også denne) for at præge udbudsmaterialet. Bl.a. lykkedes det at sikre, at lønsystemet ikke blev omfattet af udbuddet..."

...

"... Fremover – når vi ved, at der kommer et udbud – kan det være til vores egen fordel at give kunden et vink om, at de nok kan forvente et tilbud fra den og den, så kan vi måske også diskret guide dem til at tage referencer..."⁶⁵

3.6 HØRINGSSVAR

113. KMD har d. 13. marts 2012 fremsendt deres høringsvar på det udkast til rådsnotat, der blev sendt i høring hos KMD den 7. marts 2012.^{66 67}
114. KMD anfører overordnet, at KMD ikke er enig i, at der skal tages udgangspunkt i et hypotetisk marked for lønsystemer til kommuner og regioner, hvilket KMD også har anført tidligere under sagens behandling.
115. Som behandlet i afsnittene 3.4 og 4.1 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen taget udgangspunkt i, at der i perioden 2004-2009 kunne afgrænses et særskilt marked for lønsystemer til kommuner og regioner. Styrelsen har dog ikke taget endelig stilling til, om der kan afgrænses et sådant marked, eftersom det i sagen konkluderes, at der ikke gribes ind overfor KMD's strategi efter konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.
116. KMD er endvidere ikke enig i, at KMD haft en strategi om at begrænse udbud. KMD skriver bl.a.:

⁶⁵ [...].

⁶⁶ [...].

⁶⁷ [...].

"En virksomheds strategi er en langsigtet planlægning, som udmeldes af virksomhedens direktion med henblik på, at virksomhedens medarbejdere efterlever denne for at nå et overordnet mål.

I denne sag er der ikke belæg for at konkludere, at KMD har haft en strategi om at få kommuner til at undgå at indgå it-kontrakter uden udbud. Styrelsens dokumentation vedrører fire kommuner og en periode over mere end fem år. Afgørelsen bør afspejle, at der er tale om fire konkrete tilfælde over en lang årrække. Det fremgår endvidere af sagens faktum, at Tønder Kommune selv besluttede ikke at anvende udbudsproceduren, hvilket Klagenævnet for udbud efterfølgende traf afgørelse om i henhold til udbudsreglerne. Endelig fremgår det af faktum, at også de tre resterende kommuner selv valgte ikke at anvende udbud.

Det er således ukorrekt, når styrelsen gentagende gange anfører, at der er "dokumenteret og efterlevet strategi".

KMD skal derfor henstille, af afgørelsens ordlyd gennemgående ændres til at vedrøre KMD's "adfærd" i forhold til fire konkrete kundeaftaler. Det er disse fire kundeaftaler, som er dokumenteret i afgørelsesudkastet, og som er efterlevet."

117. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at det fremgår af materialet, at KMD gjorde sig overvejelser om, hvordan mulige forestående udbud kunne undgås i andre kommuner end de fire konkrete tilfælde, som sagen angår. Således fremgår af [...] (omtalt i afsnit 3.5.5), at KMD planlagde at tilskynde yderligere 7 navngivne kommuner til at undlade udbud. Det [...] fremlagte dokument er KMD's direktions afrapportering til KMD's bestyrelse om de planlagte tiltag. Det fremgår således af de fremlagte dokumenter, at KMD's øverste ledelse har været involveret i overvejelserne om, hvordan man kunne tilskynde navngivne kommuner til at indgå it-kontrakter med KMD uden udbud. Styrelsen finder det på baggrund af de på kontrolundersøgelsen fundne dokumenter, særligt de i sagen citerede passager, dokumenteret, at KMD har haft og efterlevet en strategi om at tilskynde kommuner til at indgå kontrakt med KMD uden forudgående udbud.
118. KMD anmoder i sit høringssvar om, at styrelsen anonymiserer alle kunde- og personnavne i afgørelsen. KMD anfører, at disse personer og kunder som følge af denne sag risikerer at blive "urimeligt udstillet og genstand for en debat, som er grundløs." Der er således ifølge KMD betydelig risiko for, at styrelsens gengivelse af personoplysninger har indgribende skadevirkninger for de pågældende personer og kunder. Dette står ifølge KMD i kontrast til, at oplysningerne ikke tjener noget sagligt formål.

119. KMD anfører endvidere, at medarbejdernes navne er omfattet af persondataloven, og at personoplysninger derfor skal behandles i overensstemmelse med god databehandlingskik, hvorefter behandling skal være relevant, tilstrækkelig (nødvendig) og proportional. Ifølge KMD tjener personoplysningerne i denne sag ikke noget formål, idet behandlingen af oplysningerne hverken er relevant, nødvendig eller i øvrigt proportional, og derfor bør oplysningerne ifølge KMD udgå.
120. Det følger af konkurrencelovens § 13, at Konkurrencerådets afgørelser skal offentliggøres. Dette sker for at sikre gennemsigtighed om Konkurrencerådets arbejde og sikre offentlighedens indsigt i dets afgørelser. Dog kan oplysninger om drifts- og forretningshemmeligheder udelades, hvis det vurderes, at det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, som oplysningen angår. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at hverken kundenavne, personnavne eller titler i denne sag udgør drifts- eller forretningshemmeligheder. Oplysningerne skal derfor som udgangspunkt offentliggøres.
121. Styrelsen finder endvidere, at der er en væsentlig offentlig interesse i at få indsigt i, hvilke kommuner sagen omhandler. Hertil kommer, der er tale om allerede offentliggjorte oplysninger, idet de 3 kommuner Rudersdal, Tønder og Skive indgår i og er nævnt med navn i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse af 34 kommuners aftaler med KMD om KMD OPUS.⁶⁸ Endvidere var Tønder Kommune genstand for sagen i Klagenævnet for Udbud, som nævnes i sagen.
122. I relation til navnene på de implicerede medarbejdere vurderer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at en offentliggørelse heraf ikke er nødvendig for at sikre gennemsigtighed og offentlighedens indsigt i Rådets afgørelse. Personnavne vil derfor blive anonymiseret i den offentliggjorte version af denne afgørelse.

⁶⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens redegørelse om 34 kommuners aftaler med KMD om it-produktet "KMD OPUS", der bl.a. indeholder KMDs lønsystem. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog i undersøgelsen offentliggjort i juni 2010, at 29 ud af de 34 undersøgte kommuner havde overtrådt reglerne i EU's udbudsdirektiv. (www.kfst.dk/service-menu/publikationer/publikationsarkiv/publikationer-2010/konkurrencestyrelsens-redegoerelse-om-34-kommuners-indkoeb-af-kmd-opus/)

4 VURDERING

4.1 VURDERING AF MARKEDSAFGRÆNSNING OG DOMINANS HVIS MARKEDET KAN AFGRÆNSES TIL LØNSYSTEMER TIL KOMMUNER OG REGIONER

123. På baggrund af de ovenfor nævnte markedsundersøgelser⁶⁹ er der ud fra en vurdering af udbuds- og efterspørgselssubstitution arbejdet med en hypotese om, at der i perioden 2004-2009 kunne afgrænses et særskilt marked for lønsystemer til kommuner og regioner, og at dette marked kunne afgrænses i forhold til evt. markeder for lønsystemer til andre kundegrupper såsom staten og private virksomheder. Det har endvidere været hypotesen, på baggrund af markedsundersøgelserne, at markedet kunne afgrænses geografisk til Danmark.
124. Eftersom det konkluderes, at der ikke er grundlag for at gribe ind overfor KMD's dokumenterede og efterlevede strategi efter konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102, er der imidlertid ikke taget endelig stilling til, om der kan afgrænses et særskilt marked for lønsystemer til kommuner og regioner i Danmark.
125. Såfremt der kan afgrænses et marked for lønsystemer til kommuner og regioner ville KMD i perioden 2007-2009⁷⁰ på dette marked have haft en markedsandel på [55-75] pct., jf. tabel 3. Dette er beregnet med udgangspunkt i den kontraktmæssige værdi af samtlige de lønsystemkontrakter, som KMD og Silkeborg Data har indgået med de 98 kommuner og 5 regioner i perioden.
126. Silkeborg Data, som udgjorde KMD's eneste konkurrent i perioden 2007-2009⁷¹, havde en markedsandel på [25-45] pct. i samme periode, jf. tabel 3.

⁶⁹ Jf. ovenfor afsnit 3.4.

⁷⁰ På grund af Kommunalreformen, som trådte i kraft 2007, har det alene været muligt at fremskaffe oplysninger om kunder og omsætning i perioden 2007-2009.

⁷¹ Det er styrelsens vurdering, at KMD's markedsandel har været mindst lige så stor i perioden 2004-2006. Dette vurderes på baggrund af følgende forhold. I perioden 2004-2006 var der ifølge styrelsens oplysninger i alt tre leverandører af lønsystemer til kommuner og regioner, KMD, Silkeborg Data og Accenture. Accenture leverede lønsystem til Københavns Kommune indtil 2006, og havde ingen andre kommunekunder. Silkeborg Data har anført, at Silkeborg Data i begyndelsen af perioden 2004-2009 kun havde to kommunekunder. KMD har som den tredje leverandør af lønsystemer til kommuner og regioner således leveret til de resterende kunder, hvorfor KMD's markedsandel ikke har været meget anderledes i forhold til perioden 2007-2009, uanset om der tages udgangspunkt i antal kommuner og regioner eller kontraktmæssig værdi.

Tabel 1: Salg af lønsystemer til kommuner og regioner i 2007-2009

Kontraktmæssig værdi i mio. kr.	2007	2008	2009
KMD – i alt	[125-205] [55-75pct.]	[125-205] [55-75pct.]	[125-205] [55-75 pct.]
Silkeborg Data – i alt	[75-125] [25-45 pct.]	[75-125] [25-45 pct.]	[75-125] [25-45 pct.]

127. KMD havde således en stærk position på et evt. marked for lønsystemer til kommuner og regioner. Hertil kommer en række forhold som trækker yderligere i samme retning.
128. KMD har i hele perioden haft et tæt samarbejde med kommunerne dels i kraft af at være ejet af kommunerne og dels i kraft af, at KMD igennem en lang årrække har leveret it-systemer til næsten samtlige kommuner, herunder som eneleverandør af visse it-systemer. Som følge heraf har KMD ligeledes oparbejdet specifikke kompetencer med hensyn til kommuners og regioners overenskomster og lokalaftaler, samt produktionserfaring både hvad angår lønsystemer og andre it-systemer.
129. Det kan endvidere sluttet ud fra markedsundersøgelserne, at nye leverandører måtte afholde både væsentlige initiale omkostninger, samt tilegne sig specifikke kompetencer om kommunernes og regionernes overenskomster for at kunne indtræde på et evt. marked for salg af lønsystemer til kommuner og regioner.
130. Disse faktorer gjorde det vanskeligt for potentielle konkurrenter at påbegynde salg af lønsystemer til kommuner og regioner. Dertil kommer, at mange kommuner i de relativt få udbud, der blev afholdt i perioden, betingede, at tilbudsgiver tidligere skulle have leveret et tilsvarende lønsystem til en anden kommune.
131. Konkurrencepresset fra andre aktører har været særdeles begrænset i perioden 2004-2009. Udover Silkeborg Data er Accenture eneste leverandør, som i perioden 2004-2009 også har været aktiv på et evt. marked for salg af lønsystemer til kommuner og regioner.⁷² I perioden 2006-2009 var KMD og Silkeborg Data således de eneste aktører, der afgav tilbud til kommuner (i de få udbud der blev afholdt) og der var således ingen forsøg på salg af lønsystemer til kommuner og regioner fra andre leverandører.

⁷² Accenture udgik dog af markedet i 2006, hvor leverandørens aftale med Københavns Kommune blev opsagt hvorefter KMD vandt Københavns Kommune som følge af en udbudsproces.

132. Hvis det relevante marked kan afgrænses til salg af lønsystemer til kommuner og regioner, er det den umiddelbare vurdering, at KMD ville være dominerende på et sådan marked.
133. Eftersom det konkluderes, at der ikke er grundlag for at gribe ind efter konkurrencelovens § 11 eller art 102 overfor KMD's dokumenterede og efterlevede strategi om at tilskynde de 4 kommuner til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud, tages der dog ikke endelig stilling til om KMD i perioden var dominerende.

4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

134. Efter Rådsforordning nr. 1/2003⁷³ artikel 3, stk. 1, skal det undersøges, om en evt. konkurrencebegrænsende adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende konkurrencereglerne i TEUF. Det skal derfor undersøges, om KMD's evt. konkurrencebegrænsende adfærd mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.
135. Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" er neutralt forstået på den måde, at det ikke er en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en evt. konkurrencebegrænsende adfærd fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.⁷⁴ Ifølge Kommissionens meddelelse pkt. 44 fremgår at *"aftaler og adfærd falder ikke ind under artikel 81 og 82 [102], hvis de kun påvirker markedet ubetydeligt, henset til de implicerede virksomheders svage stilling på markedet for de relevante produkter. Mærkbarhed kan navnlig vurderes ud fra de relevante virksomheders position og størrelse på markedet for de berørte produkter."*
136. Hvis en virksomhed har en dominerende stilling, der omfatter hele en medlemsstats område, og virksomheden misbruger denne stilling ved at holde konkurrenter ude fra markedet, vil misbruget normalt påvirke handelen mellem medlemsstater.⁷⁵ Det skyldes, at en sådan ekskluderende adfærd generelt vil gøre det vanskeligere for konkurrenter fra andre medlemsstater at indtræde på markedet end hvis den ekskluderende

⁷³ Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, (2004/C 101/07).

⁷⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82.

⁷⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, punkt 93.

adfærd ikke havde været iværksat. Derfor kan samhandelsmønstrene påvirkes.⁷⁶

137. Hvis det konstateres, at KMD har en dominerende stilling på de dansk marked for lønsystemer til kommuner og regioner, vil denne stilling omfatte hele Danmark og dermed hele en medlemsstats område. Såfremt det endvidere konstateres, at KMD's strategi om at tilskynde kommuner til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud udgør et ekskluderende misbrug, vil der være tale om en adfærd, der er egnet til at udelukke eller begrænse konkurrenters adfærd på markedet.⁷⁷
138. KMD og Silkeborg Data er de eneste virksomheder, der leverer lønsystemer til kommuner og regioner i Danmark. Såfremt der kan afgrænses et marked for salg af lønsystemer til kommuner og regioner vil disse to virksomheder dække hele markedet med markedsandele på hhv. [55-75] pct. og [25-45] pct. jf. tabel 1 ovenfor pkt. 126. Af tabel 1 fremgår endvidere, at de to virksomheders samlede omsætning i 2009 ved salg af lønsystemer til kommuner og regioner var ca. [200-330] mio. kr.
139. Da KMD efter en foreløbig vurdering har en dominerende stilling på hele det danske marked vedr. salg af lønsystemer til kommuner og regioner og da KMD's strategi vedrører hele det danske marked, bliver det vanskeligere at trænge ind på det danske marked og dermed påvirkes samhandlen mærkbart. Endvidere er kontrakterne i denne sag omfattet af EU-udbudsreglerne som har til formål at sikre tilbud fra andre virksomheder beliggende i andre EU-lande.
140. Vurderingen af om KMD's strategi udgør et misbrug af dominerende stilling, skal derfor som udgangspunkt foretages på baggrund af både konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

4.3 VURDERING AF KMD'S STRATEGI OM TIL AT TILSKYNDE KOMMUNER TIL AT UNDLADE UDBUD

141. Det vurderes, at de på kontrolundersøgelsen fundne dokumenter, særligt de citerede passager, dokumenterer, at KMD har efterlevet en strategi om at tilskynde kommunerne Vordingborg, Tønder, Skive og Rudersdal til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud. Endvidere findes det dokumenteret, at KMD har anvendt en række økonomiske incitamenter i form af rabatter,

⁷⁶ Jf. Domstolens dom i sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, hvor Domstolen fastslog, at det system af loyalitetsrabatter, som Michelin anvendte, hindrede konkurrenter fra andre medlemsstater i at få adgang til markedet og derfor påvirkede samhandelen mellem medlemsstater.

⁷⁷ Det fremgår samhandelsmeddelelsen pkt. 96, at der "[v]ed vurderingen af mærkbarhed må der tages hensyn til, at selve tilstedeværelsen af en dominerende virksomhed på hele en medlemsstats område kan antage at gøre det vanskeligere at trænge ind på markedet. Ethvert misbrug, der gør det vanskeligere at trænge ind på det nationale marked, anses for at kunne påvirke handelen mærkbart."

fastprisaftaler mv. som led i at tilskynde de pågældende fire kommuner til at indgå kontrakter med KMD i stedet for at konkurrenceudsætte indkøbet via et udbud.

142. Det fremgår af kendelsen fra Klagenævnet for Udbud vedr. Tønder Kommune⁷⁸ samt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse af 34 kommuners aftaler med KMD om KMD OPUS,⁷⁹ at de i denne sag omhandlede kontrakter fsva. Tønder og Skive kommuner om KMD OPUS, der indeholder KMDs lønsystem, var udbudspligtige.
143. Det vil i dette afsnit blive vurderet, om KMD's dokumenterede og efterlevede strategi om at tilskynde kommuner til at indgå it-kontrakter med KMD uden forudgående udbud, udgør misbrug i sig selv (per se).
144. Det kan ifølge retspraksis udgøre misbrug efter § 11 og TEUF artikel 102, hvis en dominerende virksomhed udviser en *"adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser."*⁸⁰
145. Det er endvidere i retspraksis fast antaget, at en virksomhed, der har en dominerende stilling, *"har en særlig forpligtelse til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet."*^{81 82}

⁷⁸ Klagenævnets afgørelse af 11. december 2009

(www.klfu.dk/graphics/Klagenaevnet_for_Udbud/kendelser/2009/tabulexmodtonderkomm.pdf).

⁷⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens redegørelse om 34 kommuners aftaler med KMD om it-produktet "KMD OPUS", der bl.a. indeholder KMDs lønsystem. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog i undersøgelsen offentliggjort i juni 2010, at 29 ud af de 34 undersøgte kommuner havde overtrådt reglerne i EU's udbudsdirektiv. (www.kfst.dk/service-menu/publikationer/publikationsarkiv/publikationer-2010/konkurrencestyrelsens-redegoerelse-om-34-kommuners-indkoeb-af-kmd-opus/).

⁸⁰ Jf. Domstolens dom i sag 85/76, *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, præmis 91, Dette er blevet stadfæstet adskillige gange siden, jf. bl.a. Rettens dom i sag T-65/98, *Van den Berg*, præmis 157. Dette fremgår også af dansk praksis, jf. bl.a. KANs kendelse af 16.3.2006 *Toyota A/S*, samt KANs kendelse af 1.11.2006 *TV2's årsrabat*. *"For at der kan foreligge misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11, stk.1, skal der være anvendt andre midler end i den normale konkurrence – unormal forretningsadfærd – som påvirker konkurrencen negativt."*

⁸¹ Jf. f.eks. Domstolens dom i sag 322/81, *Michelin mod Kommissionen*, præmis 57, og tilsvarende Rettens dom i sag T-203/01, *Michelin mod Kommissionen*, præmis 212, og Rettens dom i sag T-65/98, *Van den Bergh Foods*, præmis 158. Se endvidere Kommissionens vejledning vedrørende artikel 82 [102] (2009/C 45/05) pkt. 1 og 9. Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at § 11 skal fortolkes på tilsvarende måde, jf. FT 1999/2000, tillæg A 6813, v. sp.

⁸² Af Wannado-sagen fremgår endvidere, at *"det følger af arten af de forpligtelser, der pålægges ved artikel 82 EF, at virksomheder i dominerende stilling under særlige omstændigheder kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende."*, jf. Rettens dom i sag T-340/03, *France Télécom mod Kommissionen*, præmis 186.

146. Denne særlige forpligtelse kan efter praksis føre til, at *"virksomheder i dominerende stilling under særlige omstændigheder kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende"*.⁸³
147. EU-Kommissionen har i sin vejledning vedrørende artikel 82 [102]⁸⁴ angivet de kriterier, som Kommissionen anvender ved vurderingen af, om virksomheders adfærd udgør misbrug af dominerende stilling.
148. Kommissionen vurderer indledningsvis en række generelle faktorer såsom: den dominerende virksomheds stilling på markedet, forholdene på det relevante marked, konkurrenternes stilling på markedet, kundernes stilling, omfanget af det påståede misbrug, mulige beviser på faktisk afskærmning samt direkte beviser på en ekskluderende strategi.⁸⁵
149. I relation til prisbaseret ekskluderende adfærd anbefaler Kommissionen herudover en vurdering af effekterne af den pågældende adfærd. Det fremgår af vejledningen, at Kommissionen normalt kun vil gribe ind, hvis den pågældende adfærd kan skade en konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed:

*"Kommissionen vil normalt kun gribe ind med det formål at forhindre konkurrenceskadelig adfærd, hvis den pågældende adfærd har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed..."*⁸⁶

150. For at vurdere om det er sandsynligt, at den pågældende adfærd vil kunne afskærme markedet for en hypotetisk konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, vil Kommissionen undersøge økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, og den vil navnlig undersøge, om den dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end dens omkostninger:

"For at fastslå, om det er sandsynligt at den pågældende adfærd vil kunne afskærme markedet, for selv en hypotetisk konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, vil Kommissionen undersøge økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, og

⁸³ Jf. Rettens dom i sag T-340/03, France Télécom mod Kommissionen, præmis 186.

⁸⁴ Kommissionens vejledning vedrørende artikel 82 [102] (2009/C 45/05).

⁸⁵ Kommissionens vejledning (2009/C 45/05) pkt. 20.

⁸⁶ Pkt. 23.

den vil navnlig undersøge, om den dominerende virksomhed anvender priser der er lavere end dens omkostninger...”⁸⁷

151. Der kan dog være særlige undtagelsestilfælde, hvor det ikke er nødvendigt, at Kommissionen foretager en detaljeret vurdering, inden den konkluderer, at den pågældende adfærd vil kunne skade forbrugerne og dermed udgør misbrug. Hvis det viser sig at adfærdens *”...udelukkende hindrer konkurrencen og ikke medfører effektivitetsgevinster, kan det konkluderes, at den har konkurrencebegrænsende virkninger. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis den dominerende virksomhed forhindrer sine kunder i at prøve konkurrenternes produkter eller giver dem økonomiske incitamenter til ikke at prøve dem, eller betaler en distributør eller en kunde for at forsinke markedsføringen af en konkurrents produkt”*.⁸⁸
152. Det vurderes i det følgende, om KMD’s dokumenterede og efterlevede strategi om at tilskynde kommuner til at indgå it-kontrakter med KMD uden forudgående udbud kan siges at udgøre et sådant undtagelsestilfælde, at adfærdens i sig selv kan karakteriseres som misbrug.
153. Efter ordlyden finder undtagelsesbestemmelsen anvendelse i tilfælde, hvor en adfærd udelukkende hindrer konkurrencen og ikke medfører nogen effektivitetsgevinster.
154. Kommissionens afgørelse i Intel-sagen⁸⁹ er et eksempel på en sådan adfærd. Kommissionen fandt, at virksomheden Intel havde misbrugt sin dominerende stilling ved bl.a. at have betalt en række forhandlere for ikke at markedsføre konkurrenternes produkter. Kommissionen vurderede, at denne adfærd var en *”naked restriction”*, der ikke på nogen måde kunne begrundes legitimt.⁹⁰
155. I dansk retspraksis findes et enkelt eksempel i en sag mod Arla, hvor Retten i Århus⁹¹ statuerede, at Arla havde misbrugt sin dominerende stilling ved at give et markedsføringstilskud til supermarkedet Metro under forudsætning af, at Metro skulle ophøre samhandlen med en af Arlas mindre konkurrenter (Hirtshals Andelsmejeri). Retten udtalte, at *”En handling hvorved en dominerende virksomhed presser en anden virksomhed ud som leverandør,*

⁸⁷ Jf. pkt. 25. Endvidere fremgår af pkt. 25 *”Dette forudsætter, at der foreligger tilstrækkeligt pålidelige data. Kommissionen vil benytte den dominerende virksomheds egne omkostningsoplysninger, hvis de foreligger. Er dette ikke tilfældet, kan Kommissionen beslutte at benytte konkurrenternes omkostningsoplysninger eller andre tilsvarende pålidelige data.”*

⁸⁸ Jf. pkt. 22.

⁸⁹ Kommissionens beslutning 13. maj 2009 (COMP/C-3 /37.990 - Intel).

⁹⁰ Intel (COMP/C-3 /37.990 - Intel) pkt. 1680 *”Furthermore, there is no link between the conducts and any criterion which could potentially be a legitimate objective justification, and the Commission cannot therefore discern any economic justification in the conducts.”*

⁹¹ Dom afsagt den 10. februar 2006 af Retten i Århus, 8. afdeling. Sagen er ikke anket.

er egnet til at begrænse den fri konkurrence og er derfor misbrug af dominerende stilling. Der er ikke grundlag for at indlægge en begrænsning om, at dette skal have en given betydning på markedet”.

156. Der er ikke umiddelbart i retspraksis eksempler på at en dominerende virksomhed har forsøgt at overtale en udbudspligtig medkontrahent til at indgå kontrakt uden forudgående udbud.
157. At en virksomhed – herunder en dominerende virksomhed – har en strategi om at forsøge at påvirke køberne til at købe flest mulige af virksomhedens produkter er sædvanligt og kan ikke i sig selv anses som en strategi om at eliminere konkurrencen. Tilsvarende er det normalt, at virksomheder giver rabatter og andre økonomiske incitamentter til køberne for at skaffe flest mulige salg.
158. Spørgsmålet i denne sag er imidlertid, om det forhold, at KMD's adfærd er udført på et marked, hvor køberne er undergivet en særlig udbudspligt, og hvor KMD's forfølgelse af strategien har haft som konsekvens, at køberne har undladt at opfylde udbudspligten, i sig selv kan føre til, at adfærden kan karakteriseres som misbrug.
159. Hensynet bag udbudsreglerne er blandt andet at sikre åbne og lige konkurrencevilkår for konkurrerende virksomheder, der ønsker at sælge udbudspligtige ydelser (herunder lønsystemer) til offentlige myndigheder. Derfor må det lægges til grund, at konkurrenters adgang til at sælge it-ydelser til kommuner besværliggøres, når kommuner ikke afholder udbud men i stedet indgår kontrakter direkte med KMD. Omvendt har udbudspligten alene til formål at sikre, at kommunerne afsøger markedet og vælger den leverandør, der kan levere den samlet set mest konkurrencedygtige løsning. Havde kommunerne gennemført et udbud kunne KMD give samme eller større rabatter til kommunerne, så længe den test der er beskrevet i Kommissionens vejledning ikke viser at lige så effektive konkurrenter afskærmes.
160. I det omfang KMD's adfærd ikke udelukker kommunerne fra at overholde udbudsreglerne, kan de manglende udbud ikke tilskrives KMD, og det er derfor spørgsmålet, om KMD's strategi om at tilskynde og overtale kommuner til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud i sig selv kan karakteriseres som misbrug.
161. KMD's adfærd i denne sag adskiller sig fra den dominerende virksomheds adfærd i de ovenfor nævnte sager ved, at KMD ikke har betinget de givne rabatter og indgåelse af fastprisaftaler af, at kommunerne ophørte samhandlen med en konkurrent. KMD har således ikke betalt kommunerne for at afbryde verserende samhandelsforhold med en konkurrent, og der er

således ikke tale om, at KMD i de konkrete tilfælde har presset en aktuel leverandør til kommunerne ud.

162. Der er i praksis andre eksempler på, at konkurrencebegrænsninger kan opstå som følge af interaktion mellem private virksomheder og offentlige myndigheder. I AstraZeneca-sagen⁹² havde den private virksomhed AstraZeneca givet vildledende og fejlagtige oplysninger til nationale patentmyndigheder for bl.a. at få myndighederne til at forlænge virksomhedens patenter for på den måde at opnå eksklusivitet og afskærme markedet. Den konkurrencebegrænsning, der opstod pga. den offentlige myndigheds beslutning om at forlænge patenterne, skyldtes således den private virksomheds adfærd.
163. Domstolen lagde ved konstateringen af misbrug afgørende vægt på, at myndighedens beslutning om at forlænge patenterne byggede på (og dermed var afhængig af) de fejlagtige oplysninger, som den fik fra den private virksomhed. Domstolen udtalte, at der kun var tale om misbrug, hvis de fejlagtige oplysninger, den private virksomhed gav til patentmyndighederne, rent faktisk ville kunne få den offentlige myndighed til at træffe en fejlagtig afgørelse.⁹³ Dvs. at konkurrencebegrænsninger, der opstår som følge af offentlige myndigheders beslutninger, der ikke er afhængige af private virksomheders afgivne oplysninger, som udgangspunkt kun kan tilregnes den offentlige myndighed selv.
164. I nærværende sag har kommunerne ikke været afhængige af (evt. korrekte) oplysninger fra KMD for at kunne træffe beslutning om, hvorvidt de skulle afholde udbud eller ej. Tværtimod findes, at det fremgår af sagens materiale, de 4 kommuner har været klar over at kommunerne har været bekendt med indholdet af udbudsreglerne, og at de selv har truffet valget om at undlade udbud inden indgåelse af kontrakten med KMD.⁹⁴
165. Selvom konsekvensen af de manglende udbud har været, at det har været sværere for KMD's konkurrenter at få adgang til at sælge lønsystemer til kommunerne, så kan dette således ikke medføre, at KMD's dokumenterede

⁹² T-321/05.

⁹³ T-321/05 Præmis 377: "Moreover, and as the Commission observes, in order to achieve its aim, conduct aimed at excluding competitors frequently requires cooperation from third parties, whether from public authorities or market players, since, in practice, such conduct is rarely capable of having a direct effect on the competitive position of competitors. Thus, the success of a practice of excluding competitors by setting up barriers to entry of a regulatory nature through unlawfully obtaining exclusive rights necessarily depends on the reaction of public authorities, or even that of national courts if proceedings have been brought by competitors in order to have those rights invalidated. None the less, representations designed to obtain exclusive rights unlawfully constitute an abuse only if it is established that, in view of the objective context in which they are made, those representations are actually liable to lead the public authorities to grant the exclusive right applied for" (styrelsens fremhævnning).

⁹⁴ Ifølge materialet ovenfor har KMD og Skive 4 forhandlingsmøder om hvorvidt kommunen skal i udbud, Rudersdal kommune "truer" KMD med udbud, Tønder overvejer fordele og ulemper ved udbud, og Vordingborg overvejede (ifølge KMD) udbud.

og efterlevede strategi om at tilskynde kommuner til at indgå kontrakt med KMD uden forudgående udbud udgør misbrug. Udbudspligten gælder alene i relation til offentlige indkøbere, herunder kommuner, og har alene til formål at sikre at kommunerne afsøger markedet og vælger den leverandør, der kan levere den samlet set mest konkurrencedygtige løsning.

166. At kommunerne skal overholde udbudsreglerne ved indkøb af it-ydelser er tidligere blevet understreget i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undersøgelse af 34 kommuners indgåelse af aftaler med KMD om "KMD OPUS", der bl.a. indeholder KMD's lønsystem. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog i denne undersøgelse, der blev offentliggjort i juni 2010, at 29 ud af 34 undersøgte kommuner havde overtrådt EU's udbudsdirektiv. Blandt disse 29 kommuner var kommunerne Tønder og Skive.
167. Endvidere fastslog Klagenævnet for Udbud i december 2009, at Tønder kommune havde overtrådt udbudsreglerne ved indgåelse af aftale med KMD om køb af produktet "KMD OPUS".
168. På den baggrund findes samlet set, at KMD's strategi om at tilskynde de 4 kommuner til at indgå it-kontrakter med KMD uden forudgående udbud ikke i sig selv (per se) udgør et misbrug i medfør af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.
169. Dette underbygges af, at det alene er kommunerne der har ansvaret for at overholde udbudsreglerne og det derfor alene er kommunerne, der kan sanktioneres for at overtræde udbudspligten.⁹⁵ Hvis aftaler indgås i strid med udbudsreglerne, kan disse nu erklæres "uden virkning", og ordregiver kan pålægges en økonomisk sanktion. Dette medfører, at private virksomheder, herunder KMD's konkurrenter fremover vil have et væsentligt forøget incitament til at påse og påtale, at de aftaler der indgås med offentlige myndigheder ikke er strid med udbudsreglerne.
170. Når der ikke er tale om en adfærd, der udgør en per se overtrædelse, anbefaler Kommissionen en undersøgelse af økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, bl.a. for at vurdere, om den dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end dens omkostninger og dermed kan afskærme en lige så effektiv konkurrent, jf. Kommissionens vejledning pkt. 23-25.
171. I forhold til to af de fire kommuner (Vordingborg og Skive) skønnes det umiddelbart, at rabatprocenterne ikke overstiger ca. [5-15] pct. og

⁹⁵ Lov nr. 492 af 12/05/2010 der trådte i kraft 1. juli 2010, hvilket er efter den undersøgte periode i denne sag (2004-2009).

formentlig er lavere. Når de særlige markedsforhold, der gør sig gældende i denne sag, tages i betragtning, er det næppe sandsynligt, at rabatterne har en sådan størrelse, at de kan afskærme lige så effektive konkurrenter, jf. vejledningens pkt. 23-25.

172. I forhold til de andre to kommuner (Tønder og Rudersdal), hvor der indgår bestemmelser om såkaldte udviklingspuljer i betalingsaftalerne, findes det vanskeligere med stor præcision at opgøre et interval for rabatprocenterne.
173. Indregnes KMD's betaling til en udviklingspulje ikke ved opgørelsen af rabatprocenten i Tønder Kommune, skønnes et interval for rabatprocenten på [0-10] til [15-25] pct. afhængigt af om rabatten sættes i forhold til den samlede kontraktsum eller kun en mindre del heraf svarende til kontraktværdien af lønsystem, finansiel styring samt debitor/kreditor moduler. Inddrages yderligere moduler/programmer fra betalingsaftalen – herunder andre konkurrenceudsatte – bliver rabatten lavere end det øvre skøn.
174. Vedr. Rudersdal Kommune skønnes et interval for rabatprocenten på [0-10] til [15-25] pct. afhængigt af om rabatten sættes i forhold til den samlede kontraktsum eller kun en mindre del heraf svarende til kontraktværdien af lønsystem, finansiel styring samt debitor/kreditor moduler. Inddrages yderligere moduler/programmer fra betalingsaftalen – herunder andre konkurrenceudsatte – bliver rabatten lavere end det øvre skøn. I skønnet for Rudersdal kommune er endvidere ikke indregnet en forpligtigelse for kommunen til at købe tjenester og ydelser hos KMD på yderligere [x] mio. kr. årligt gennem kommunalt betalte bidrag til en udviklingspulje.
175. Når de store usikkerheder med at opgøre rabatterne i disse to kommuner i kombination med de særlige markedsforhold, tages i betragtning, er det næppe sandsynligt, at KMD's rabatter mv. til disse to kommuner har en sådan størrelse, at de kan afskærme lige så effektive konkurrenter, jf. vejledningens pkt. 23-25.
176. Der er dog ikke foretaget en tilbundsgående undersøgelse af problemstillingen herunder den test Kommissionen anbefaler baseret på virksomhedernes økonomiske data og salgspriser som nævnes ovenfor. Dette skyldes, at man ikke ønsker at anvende de betydelige yderligere myndighedsressourcer, der vil være nødvendige for at undersøge og træffe en sådan afgørelse jf. § konkurrencelovens 14, stk. 1, 4.

5 SAMLET KONKLUSION

177. Det meddeles KMD A/S, at Konkurrencerådet ikke finder grundlag for at anse KMD A/S' strategi om at tilskynde de 4 kommuner til at indgå it-kontrakter uden forudgående udbud for at være en per se overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.
178. Det meddeles KMD A/S, at Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 4. pkt., har besluttet ikke at undersøge, hvorvidt de enkelte økonomiske incitamerter (rabatter mv.) som KMD har givet de 4 kommuner har en sådan størrelse at de kan udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF art. 102.