

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Helle Bøjen Larsen og Thomas Grønkær)

J.nr.: 2009-0020066

24. marts 2010

K E N D E L S E

Almenbo a.m.b.a.

(advokat Rolf B. Ledertoug, Glostrup)

mod

Den selvejende almene boligorganisation

Boligorganisationen Nygårdsparken

(juridisk konsulent Claus Pedersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009-050671 af 5. maj 2009 udbød den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om forvaltning af sine 505 lejemål. I udbudsbekendtgørelsen er angivet, at kontraktens varighed er 1. januar 2010 – 31. december 2014 med en option på forlængelse af kontrakten med yderligere 1 år.

Den 26. juni 2009 besluttede Boligorganisationen Nygårdsparken at prækvalificere de 6 virksomheder, herunder Almenbo a.m.b.a. og Domea s.m.b.a., der havde anmodet om prækvalifikation. Udbudsbetingelserne blev udsendt den 10. juli 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. august 2009 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 6. oktober 2009 besluttede Boligorganisationen Nygårdsparken at indgå kontrakt med Domea s.m.b.a. Kontrakt blev herefter indgået den 27. oktober 2009.

Den 20. august 2009 indgav klageren, Almenbo a.m.b.a. (»Almenbo«), klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken (»Boligorganisationen Nygårdsparken«). Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 28. september 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 1. marts 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at antage Boligselskabernes Landsforening som rådgiver i relation til udbuddet og efterfølgende tage foreningen Lejerbos tilbud i betragtning, uanset Boligselskabernes Landsforenings bestyrelsesformand også var direktør hos tilbudsgiveren Lejerbo, hvilket medførte forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriteriet 1. »Mulighed for kontakt med administrator« til underkriteriet B. »Serviceniveau«, uanset ingen andre tilbudsgivere end foreningen Lejerbo har et lokalkontor, der er beliggende nær den ejendom og de boliglejemål, udbuddet angår.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere det udbud, indklagede har iværksat ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009-050671 af 5. maj 2009.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Boligorganisationen Nygårdsparken har været andelshaver i Almenbo siden 2001, hvor Almenbo blev stiftet. Der har mellem parterne været indgået en flerårig administrationsaftale. Aftalen ophørte ved udgangen af 2008. Herefter varetog foreningen Lejerbo i henhold til en administrationsaftale af 17. juni 2008 med indklagede administrationen af indklagede. Klagenævnet har den 15. september 2009 afsagt kendelse vedrørende denne aftale, hvorved Klagenævnet konstaterede:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 15 c ved ikke forud for indgåelsen af kontrakt den 17. juni 2008 mellem indklagede og foreningen Lejerbo om varetagelse af »den daglige drift og administration af Nygårdsparken og de enkelte boligafdelinger og institutioner« at have offentliggjort en annonce i pressen eller i et elektronisk medie.«

Den udbudte tjenesteydelse er i udbudsbetingelserne beskrevet således:

»2.2 Den udbudte ydelse

Den udbudte opgave omfatter administrationen af boligorganisationens samlede virksomhed pr. 1/1 2010, herunder udlejning og opkrævning af husleje m.v., inspektion og tilsyn, regnskabsførelse for selskabet og dets afdeling. Endvidere sekretariatsfunktionen for bestyrelse og repræsentantskab, beboerkontakt samt administration af evt. nybyggeri, modernisering m.v.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier og vægtning:

- A. Pris. 50 – 60 %
- B. Serviceniveau. 30 – 40 %
- C. Kvalitetssikring. 10 %

I udbudsbetingelserne var fastsat følgende delkriterier til underkriteriet B. Serviceniveau:

- 1. »Mulighed for kontakt med administrator«
- 2. »Juridisk funktion«
- 3. »Samarbejde mellem organisationsbestyrelse og administrator«

4. »Forvaltningsrevision/forretningsgange«

I udbudsbetingelserne står der følgende om delkriteriet 1. »Mulighed for kontakt med administrator«:

»Udbyder lægger vægt på, at beboere og boligsøgende kan komme i kontakt med administrationen.

Der vil derfor blive lagt vægt på at beboerrelaterede opgaver kan løses lokalt ved personlig henvendelse til administrator, og at administrator i denne sammenhæng kan håndtere de mest almindeligt dagligt forekommende henvendelser i form af modtagelse af opsigelser, beboerklager m.v.

Ved vurderingen af tilbudt serviceniveau vil i denne sammenhæng indgå følgende forhold

- beliggenheden af administrators kontor/lokalkontor i forhold til boligorganisationens/afdelingens beliggenhed
- beliggenheden af administrators kontor/lokalkontor i forhold til adgang med offentlige transportmidler
- indretningen af administrators kontor/lokalkontor i forhold til beboer-/handicapvenlighed
- bemanningen af administrators kontor/lokalkontor
- hvilke opgaver der kan og påregnes løst lokalt/på administrators kontor
- åbningstider for personlig henvendelse. Fra udbyders side er det et krav, at der minimum er åbent 15 timer ugentligt, og at der en dag ugentligt er sen åbningstid

Udover mulighed for personlig henvendelse til administrator lægger udbyder vægt på, hvilke muligheder der i øvrigt er for kontakt med administrator, herunder

- mulighed for telefonisk kontakt. Tilbudsgiver bedes i denne sammenhæng angive telefontider, idet det fra udbyders side er et krav, at der er mulighed for daglig kontakt.
- mulighed for kontakt med administrator med elektronisk post. Tilbudsgiver bedes i denne sammenhæng oplyse forventede svartider, og hvorledes svartiderne søges tilsikret
- tilgængelighed via internet/intranet/extranet o.l. Tilbudsgiver bedes i denne sammenhæng oplyse, hvilke faciliteter organisationsbestyrelse, beboere og boligsøgende har i forbindelse hermed.

Udbyder vil i tilknytning hertil tillige lægge vægt på, at

tilbudsgiver kan tilbyde mulighed for oprettelse og vedligeholdelse af egen hjemmeside for udbyder.«

Direktør hos klageren, Bjarne Frølund, har til brug for behandlingen af sagen afgivet følgende redegørelse af 21. februar 2010.

»Som direktør i Almenbo a.m.b.a., hvor boligorganisationen Nygårdsparken har været andelshaver i perioden 2001 – 2008, har jeg deltaget på en lang række møder i Nygårdsparken og har derfor et indgående kendskab til situationen i Nygårdsparken, herunder hele forløbet omkring EU-udbuddet af administrationen af Nygårdsparken, som denne klagesag vedrører.

I forbindelse med sagens påstand 1 og 2 om BLs inhabilitet samt udarbejdelse af EU-udbudsmateriale »skræddersyet« til Lejerbo, skal undertegnede herved orientere nærmere om forløbet og mine iagttagelser undervejs.

I 2006 begyndte den tidligere afdelingsbestyrelse – som på daværende tidspunkt stort set var identisk med organisationsbestyrelsen i Nygårdsparken - målrettet at arbejde på at gennemføre en fusion med boligselskabet Brøndby Boligselskab.

På et ekstraordinært repræsentantskabsmøde i april 2007 havde man derfor indkaldt Boligselskabernes Landsforening (BL) som konsulent til at gennemgå forskellene på den daværende administration i Almenbo a.m.b.a. overfor hvordan det ville være at indgå i Brøndby Boligselskab, som blev administreret af Lejerbo.

Bjarne Zetterstrøm fra BL var til stede ved denne lejlighed, og det var også ham, der stod for hjælpen til afdelingsbestyrelsen/organisationsbestyrelsen, som skulle undersøge, hvordan man kunne organiseres fremover. Det blev på mødet besluttet at finde en anden administration end Almenbo a.m.b.a.

På et ekstraordinært repræsentantskabsmøde i juni 2007 blev det besluttet, at afdelingsbestyrelsen skulle indlede forhandlinger med Brøndby Boligselskab om en fusion.

Efterfølgende ydede BL konsulentbistand til afdelingsbestyrelsen, herunder ved at udarbejde en 1-årig samarbejdsaftale mellem Nygårdsparken og Brøndby Boligselskab og en 1-årig administrationsaftale mellem Nygårdsparken og Lejerbo – begge aftaler for 2009, hvor Nygårdsparken ikke længere var andelshaver i Almenbo a.m.b.a. Aftalerne skulle ses som en forløber til en eventuel fusion, som ville kræve tilslutning hos beboerne.

Dette arbejde skete uden at orientere det fulde repræsentantskab i Nygårdsparken, som først blev bekendt med aftalerne på et repræsentantskabsmøde i juni 2008. På dette møde deltog Lis Fonnesbech Wulff fra Lejerbo.

På mødet klagede flere repræsentantskabsmedlemmer over at blive præsenteret for aftalerne, som de ikke havde kendskab til var blevet udarbejdet af organisationsbestyrelsen / afdelingsbestyrelsen med BL som rådgiver.

Særskilt bemærkes det, at Almenbo a.m.b.a. efterfølgende indgav en klage til Klagenævnet for Udbud over at administrationsaftalen mellem Nygårdsparken og Lejerbo var blevet indgået uden at overholde annonceringspligten i Tilbudsloven. Ved kendelse af 15. september 2009 – journalnr. 2009 – 0018548 blev administrationsaftalen erklæret indgået »groft i strid med udbudsreglerne«.

På et ordinært afdelingsmøde den 16. september 2008 blev beboerne præsenteret for samarbejdsaftalen med Brøndby Boligselskab og administrationsaftalen med Lejerbo. Beboerne var meget utilfredse med dette pga. de økonomiske konsekvenser for huslejebudgettet. Som følge heraf blev afdelingsbestyrelsens beretning forkastet. På dette møde deltog Kurt Kristensen m.fl. fra Lejerbo. Kurt Kristensen var ligeledes dirigent.

På det efterfølgende ekstraordinære afdelingsmøde blev den daværende afdelingsbestyrelse mødt med en mistillidserklæring og en ny afdelingsbestyrelse blev valgt. Den nye afdelingsbestyrelse ønskede ikke at tiltræde administrationsaftalen med Lejerbo og forsøgte at få den stoppet – uden held.

Der var efterfølgende store uoverensstemmelser mellem den nye afdelingsbestyrelse (som også blev valgt til repræsentantskabet) og den tidligere afdelingsbestyrelse, som fortsat fastholdt at være medlemmer af organisationsbestyrelsen.

Disse uenigheder fremgår klart af alle efterfølgende referater fra såvel afdelingsmøder som repræsentantskabsmøder.

På de ekstraordinære afdelingsmøder afholdt den 28. oktober 2008 og den 1. december 2008 samt på de sideløbende organisationsbestyrelsesmøder og repræsentantskabsmøder fra 2. oktober 2008 til og med 1. december 2008 deltog Palle Adamsen (direktør Lejerbo / formand BL) på stort set alle møder.

Ved disse lejligheder optrådte Palle Adamsen officielt som direktør for Lejerbo med hensyn til den kommende administrationsaftale, der var underskrevet og gældende fra 1. januar 2009. Men for almindelige mødedeltagere – herunder undertegnede - var det indtrykket, at Palle Adamsen i lige så høj grad optrådte som formand for BL og dermed som »overordnet« for de øvrige BL repræsentanter, der optrådte som konsulent og juridisk vejleder for organisationsbestyrelsen.

Dette betød efter min mening, at det resultat, der kom ud af BL's rådgivning til organisationsbestyrelsen, i uhyggelig grad havde til formål at sikre, at BLs formand og Lejerbos direktør kunne være sikker på, at administrationsaftalen Lejerbo og Nygårdsparken imellem ikke blev ophævet eller forsøgt ophævet som følge af den modstand man blev mødt med fra beboerne og den nye afdelingsbestyrelse.

BL var dermed aktiv rådgiver for organisationsbestyrelsen i processen med at afvise klagerne og fastholde administrationsaftalen med Lejerbo.

Trods uenighederne med afdelingsbestyrelsen entrerede organisationsbestyrelsen på ny med BL som rådgiver i forhold til den fremtidige administration af Nygårdsparken efter udløbet af den 1-årige administrationsaftale med Lejerbo i 2009.

Organisationsbestyrelsen iværksatte således egenhændigt et EU-udbud om administrationen fra 2010 – 2014. Dette blev de øvrige medlemmer af repræsentantskabet først orienteret om på et informationsmøde i juni 2009. Her deltog BL også.

De 5 nye medlemmer af repræsentantskabet fik trods deres protester ingen mulighed for at være med i planlægningen og bedømmelsen af de indkomne bud. Der blev i den forbindelse henvist til, at organisationsbestyrelsen jo havde entreret med BL, der som konsulent skulle stå for dette inklusiv være behjælpelig med opstilling af kriterier for udvælgelse samt den endelige udvælgelse.

Det gav anledning til stor undren, at BL skulle være konsulent i forbindelse med gennemførelsen af EU-udbuddet, da det jo var kendt for alle, at BL's formand var direktør i Lejerbo, som på tidspunktet administrerede Nygårdsparken, og som offentligt tilkendegav at man gik efter at vinde EU-udbuddet, hvilket også var ønsket hos organisationsbestyrelsen.

Det er da også min klare opfattelse, at dette udbud var udformet så-

ledes at det var Lejerbo, som skulle sikres administrationsaftalen.

Dette ses ved de udarbejdede tildelingskriterier, hvor det angivne serviceniveau 30-40 % primært var baseret på placeringen af et lokalkontor – og kun Lejerbo havde et lokalkontor i Brøndby Boligselskab - som organisationsbestyrelsen stadig håbede at kunne fusionere med på et tidspunkt. Lokalkontoret ligger under ½ km. fra Nygårdsparken.

Uanset dette har jeg måttet erfare, at Lejerbos tilbud på administration af Nygårdsparken økonomisk var så højt, at Lejerbo ikke blev udvalgt.

Det er min klare opfattelse, at dette er et tegn på, at Lejerbos direktør / BLs formand, Palle Adamsen, fangede problematikken omkring hans dobbeltrolle i forhold til BL som konsulent og Lejerbo der ønskede en fortsat administration af Nygårdsparken. Jeg kan derfor kun opfatte dette som et udtryk for, at Palle Adamsen så risikoen for, at BL blev kendt inhabil som konsulent for organisationsbestyrelsen i denne EU-udbudsgave.

Fra et senere repræsentantskabsmøde fremgik det også af reaktionerne fra organisationsbestyrelsen, at der var meget stor skuffelse over Lejerbos tilbud, som ikke var som organisationsbestyrelsen havde regnet med. Henset til det tætte samarbejde mellem organisationsbestyrelsen og Lejerbo i forbindelse med administrationen i 2009 må det ellers antages at organisationsbestyrelsen har haft et rimeligt kendskab til hvilket prisniveau man kunne forvente fra Lejerbo.

Med hensyn til BLs argument om, at det ikke vil være hensigtsmæssigt at annullere EU-udbuddet, fordi der så blot skal afholdes et nyt EU-udbud om administration kan jeg oplyse, at dette ikke vil være tilfældet.

Således er der på nuværende tidspunkt flertal i Nygårdsparkens repræsentantskab for at genindtræde som andelshaver i Almenbo a.m.b.a. med omgående virkning. Dette vil efter min opfattelse ikke medføre, at det er påkrævet at gennemføre et nyt EU-udbud om administration.«

Forklaringer:

Værkmester Jan Axel Kollemorten, der har oplyst at være formand for indklagede, har forklaret, at Lejerbo ikke har haft indflydelse på udbuddet eller tilrettelæggelsen heraf. Boligorganisationernes Landsforening har ikke haft

nogen skjult dagsorden. Tildelingskriterierne er fastsat af indklagedes organisationsbestyrelsen. Det er ikke i udbudsbetingelserne fastsat, at tilbudsgiverne har pligt til at oprette et lokalkontor. Indklagede vurderede derimod det serviceniveau, der blev tilbudt. Prisen var det væsentligste element i tilbuddene. Tilbudsgiveren Fællesadministrationen oplyste, at man ville oprette et lokalkontor. Lejerbo havde i forvejen et lokalkontor i området.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at antage Boligselskabernes Landsforening som rådgiver i relation til udbuddet og efterfølgende tage Lejerbos tilbud i betragtning, selvom Boligselskabernes Landsforenings bestyrelsesformand ligeledes var direktør hos tilbudsgiveren Lejerbo, som derved fik en konkurrencemæssig fordel under udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede uanset personsammenfaldet ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2. Det må lægges til grund, at Lejerbo ikke har haft indflydelse på tilrettelæggelsen af udbuddet og ikke har haft konkurrencemæssig fordel af personsammenfaldet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriteriet 1. »Mulighed for kontakt med administrator« til underkriteriet B. »Serviceniveau«. Klageren har nærmere anført, at det er fastsat i udbudsbetingelserne, at der ved vurderingen af tilbuddene i relation til disse kriterier skal lægges vægt på beliggenheden af administrators lokalkontor. Ingen andre tilbudsgivere end Lejerbo har et lokalkontor beliggende nær den ejendom og de boliglejemål, som udbuddet angår. Indklagede har ved at udforme udbudsbetingelserne som sket givet Lejerbo en konkurrencemæssig fordel og herved handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte de

pågældende kriterier i udbudsbetingelserne. Indklagede har nærmere anført, at udbudsbetingelserne ikke er målrettet tilbudsgiveren Lejerbo, og at beliggenheden af administrators lokalkontor alene er et blandt flere momenter, der efter udbudsbetingelserne skal indgå i vurderingen af tilbuddene.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af overtrædelserne i påstand 1 og 2 skal annullere udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet ikke skal annullere udbuddet, idet indklagede ikke har overtrådt Udbudsdirektivet som påstået af klageren.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Boligselskabernes Landsforenings rådgivning til indklagede vedrørende udbuddet fandt sted såvel forud for som under udbuddet. Da rådgivningen fandt sted, var Palle Adamsen både bestyrelsesformand for rådgiveren Boligselskabernes Landsforening og direktør hos tilbudsgiveren Lejerbo. Indklagede tog Lejerbos tilbud i betragtning, men tildelte kontrakten til Domea s.m.b.a.

Under disse omstændigheder påhviler det indklagede at bevise, at Lejerbo ikke under den del af udbudsprocessen, der ligger forud for tildelingsbeslutningen, har haft en konkurrencemæssig fordel som følge af person-sammenfaldet. Indklagede har ikke løftet denne bevisbyrde.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Underkriteriet B. »Serviceniveau« og delkriteriet 1. »Mulighed for kontakt med administrator« er sagligt begrundede og egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det er ligeledes sagligt begrundet, når det i udbudsbetingelserne ad delkriteriet 1. »Mulighed for kontakt med administrator« er fastsat, at der ved evalueringen skal lægges vægt på bl.a. tilbuddenes oplysninger om beliggenheden af tilbudsgiverens kontor/lokalkontor.

Indklagede har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte det pågældende underkriterium og delkriterium.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Da overtrædelsen i påstand 1 ikke har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at antage Boligselskabernes Landsforening som rådgiver i relation til udbuddet og efterfølgende tage foreningen Lejerbos tilbud i betragtning, uanset Boligselskabernes Landsforenings bestyrelsesformand også var direktør hos tilbudsgiveren Lejerbo, hvilket medførte forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2 og 3.

Indklagede, den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken, skal betale 10.000 kr. i sagsomkostninger til klageren, Almenbo a.m.b.a.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig