

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Helle Bøjen Larsen og Thomas Grønkær)

J.nr.: 2009-0018548

15. september 2009

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

(selv)

Den 17. juni 2008 indgik den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken (herefter »Boligorganisationen Nygårdsparken«) en 1-årig administrationsaftale med foreningen Lejerbo (herefter »Lejerbo«) om varetagelse af »den daglige drift og administration af Nygårdsparken og de enkelte boligafdelinger og institutioner«. Administrationsaftalen, som denne sag drejer sig om, vedrører 504 lejemål og trådte i kraft den 1. januar 2009. Aftalen er som tjenesteydelseskontrakt omfattet af Tilbudslovens Afsnit 2 (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter), jf. lovens § 15 a, stk. 1, nr. 2.

Den 14. januar 2009 indgav klageren, Almenbo a.m.b.a. (herefter »Almenbo«) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Boligorganisationen Nygårdsparken. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at 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.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. juni 2008 om at indgå kontrakt med foreningen Lejerbo.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.186.245 kr. med procesrente fra den 14. januar 2009.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 3 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 2.

Sagens nærmere omstændigheder:

Indklagede har været andelshaver i klageren siden 2001, hvor klageren blev stiftet. Der har mellem parterne været indgået en administrationsaftale, som efterfølgende blev afløst af administrationsaftalen af 17. juni 2008 mellem indklagede og Lejerbo.

Den 19. april 2007 afholdt indklagede et ekstraordinært repræsentantskabsmøde. I referatet for mødet står der bl.a.:

»Nygårdsparken er blevet renoveret og blandt andre renoveringer er ejendommens renovationssystem for højhusene fornyet og containergårde er etableret for lavhusene.

Afdelingsbestyrelsen har i den forbindelse ønsket besparelser enten i form af mindre mandskab eller ved, at mandskabet påtager sig flere opgaver, hvilket ikke er blevet opfyldt.

...

Ni stemte for én stemte imod. Repræsentantskabet besluttede dermed skift af administrationsselskab.«

Det fremgår af referatet, at det på repræsentantskabsmødet også blev drøftet at fusionere »med en eksisterende boligorganisation (fx Brøndby Boligselskab)«.

Den 19. juni 2007 afholdt indklagede endnu et ekstraordinært repræsentantskabsmøde. I referatet for mødet står der bl.a.:

»Det er afdelingsbestyrelsens ønske, at repræsentantskabet stemmer om, at afdelingsbestyrelsen indleder forhandlinger om en fusion med Brøndby Boligselskab.

Resultatet af disse forhandlinger forelægges for repræsentantskabet. Såfremt disse forhandlinger ikke falder ud til repræsentantskabets tilfredshed, vil der være en ny situation.

Herefter gik mødet til afstemning, hvor 9 stemmeberettigede var mødt frem.

Med 7 stemmer for, 1 imod og 1 blank besluttede repræsentantskabet, at afdelingsbestyrelsen indleder forhandlinger om en fusion med Brøndby Boligselskab. Såfremt resultatet ikke falder ud til repræsentantskabets tilfredshed, vil der være en ny situation.«

I indklagedes brev af 11. september 2007 til klageren står der:

»Vedr. udtræden af andelsselskab

På det ekstraordinære repræsentantskabsmøde den 19 april 2007 har Boligorganisationen Nygårdsparken besluttet at udtræde af Andelsselskabet Almenbo.

På den baggrund skal vi hermed opsiges medlemskabet af Almenbo.

Vi er klar over, at denne opsigelse ifølge andelsselskabets vedtægter først kan få virkning fra 1januar 2009. Vi er imidlertid interesserede i at forhandle om udtræden fra et tidligere tidspunkt.«

I referatet for et »kombineret bestyrelses- og repræsentantskabsmøde«, der den 20. november 2007 blev afholdt hos indklagede, står der bl.a.

»ad 5 Fusion

Bjarne Frølund opfattede det udsendte notat som et foreløbigt oplæg, som krævede videre bearbejdning specielt af punkterne 2, 5, 6, 7 og 8.

Boligorganisationen Nygårdsparken indgår i fusionen i henhold til BLs notat af 12. november 2007.«

Der blev herefter udarbejdet udkast til fusionsaftale mellem indklagede og den almene selvejende boligorganisation Brøndby Boligselskab (herefter »Brøndby Boligselskab«), men fusionen blev ikke vedtaget. Derimod indgik indklagede og Brøndby Boligselskab den 17. juni 2008 en samarbejdsaftale. I administrationsaftalen af samme dato mellem indklagede og Lejerbo der står bl.a.:

»§ 1

I henhold til § 10 i Nygårdsparkens vedtægter overtager Lejerbo administrationen af Nygårdsparkens ejendomme både under opførelse og drift i samarbejde med Nygårdsparkens bestyrelse.

...

§ 2

Lejerbo varetager i henhold til lovgivningen den daglige drift og administration af Nygårdsparken og de enkelte boligafdelinger og institutioner, alt under iagttagelse af reglerne om beboerdemokrati.«

Den anslåede værdi af administrationsaftalen er 1.411.980 kr.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt Tilbudslovens § 15 c, idet indklagede ikke har iagttaget bestemmelsens krav om annoncering. I relation til indklagedes anbringende om, at indklagede overvejede at fusionere med Brøndby Boligselskab, der havde indgået administrationsaftale med Lejerbo, og at det derfor var nødvendigt, at også indklagede indgik en administrationsaftale med Lejerbo, har klageren anført, at betingelserne i Udbudsdirektivets artikel 31 ikke var opfyldt, jf. Tilbudslovens § 15 c, stk. 2, og at annonceringspligten ikke kunne fraviges i medfør af lovens § 15 c, stk. 3. Subsidiært har klageren gjort gældende, at fusionsplanerne ikke havde opbakning blandt indklagedes beboere, hvorfor det ikke var nødvendigt, at indklagede indgik administrationsaftalen. Aftalen var heller ikke en nødvendig forudsætning for, at et samarbejde mellem indklagede og Brøndby Boligselskab kunne afprøves.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt Tilbudslovens § 15 c. Indklagede havde planer om at fusionere med Brøndby Boligselskab, og de to boligorganisationer indgik i forbindelse hermed en samarbejdsaftale. Brøndby Boligselskab havde i forvejen indgået en administrationsaftale med Lejerbo. Det var på denne baggrund nødvendigt, at indklagede indgik en tilsvarende administrationsaftale med Lejerbo. Det var kun Lejerbo, der i den konkrete situation kunne levere administrationsydelserne til indklagede. Det er uden betydning, at fusionen ikke blev gennemført. Betingelserne i Udbudsdirektivets artikel 31 er på denne baggrund opfyldt, og indklagede havde derfor ikke pligt til at annoncere, jf. Tilbudslovens § 15 c, stk. 2. Subsidiært har indklagede gjort gældende, at betingelserne i § 15 c, stk. 3, for at fravige annonceringspligten var opfyldt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af overtrædelsen i påstand 1 skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Lejerbo.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Lejerbo ikke skal annulleres, da indklagede ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 15 c.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet lægger efter oplysningerne om kontraktens anslåede værdi til grund, at den tjenesteydelseskontrakt, indklagede den 17. juni 2008 indgik med Lejerbo, er omfattet af Tilbudslovens Afsnit 2, jf. lovens § 15 a, stk. 1, nr. 2. Indklagede havde derfor efter Tilbudslovens § 15 c, stk. 1, som udgangspunkt forud for indhentning af tilbud og tildeling af ordre pligt til at offentliggøre en annonce i pressen eller i et elektronisk medie.

Annonceringspligten gælder efter § 15 c, stk. 2, ikke i de tilfælde, der fremgår af Udbudsdirektivets artikel 31, hvorefter en ordregivende myndighed under visse betingelser kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Efter artikel 31, stk. 1, b, kan en ordregivende myndighed anvende den nævnte fremgangsmåde, når kontrakten af tekniske grunde kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør. Indklagede har ikke godtgjort, at denne betingelse er opfyldt med hensyn til den administrationsaftale, indklagede indgik med Lejerbo.

Efter artikel 31, stk. 1, c, kan forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse undlades, hvis følgende betingelser er opfyldt:

»c) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til artikel 30. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.«

Under de foreliggende omstændigheder, hvor indklagede valgte at samarbejde med Brøndby Boligselskab og ligeledes valgte at indgå administrationsaftalen med Lejerbo, er betingelserne i artikel 31, stk. 1, c ikke opfyldt. Indklagede og Brøndby Boligselskab havde mulighed for at planlægge og gennemføre et samarbejde således, at annonceringspligten i § 15 c blev overholdt.

Da betingelserne i Tilbudslovens § 15 c, stk. 3, heller ikke er opfyldt, har indklagede været forpligtet til at foretage annoncering efter § 15 c, stk. 1.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har forud for sin beslutning om at indgå administrationsaftalen med Lejerbo groft handlet i strid med udbudsreglerne som anført ad påstand 1.

Ved den vurdering, Klagenævnet herefter skal foretage af, om der skal ske annullation, har Klagenævnet navnlig lagt vægt på, at klageren efter det oplyste den 17. juni 2008 blev bekendt med administrationsaftalen og med samarbejdsaftalen mellem indklagede og Brøndby Boligselskab af samme

dato. Klagenævnet lægger endvidere vægt på, at klageren først den 14. januar 2009 indgav klage til Klagenævnet. Endelig lægger Klagenævnet vægt på oplysningerne om karakteren og omfanget af den 1-årige administrationsaftale, der trådte i kraft den 1. januar 2009.

Det er på denne baggrund Klagenævnets vurdering, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Lejerbo.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

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.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2.

Indklagede, den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken, skal i sagsomkostninger til klageren, Almenbo a.m.b.a., betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig