

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Ole Bajda Nielsen, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 2007-0013440

16. april 2008

K E N D E L S E

Boligkontoret Danmark
(selv)

mod

Lægeforeningens Boliger s.m.b.a
(advokat Svend Carstensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 30. marts 2007 udbød Lægeforeningens Boliger s.m.b.a. som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en tjenesteydelsesaftale vedrørende »Forretningsføreraftale/administrationskontrakt«, der i udbudsbetingelserne er beskrevet som administration m.v. af boligorganisationen og dens 2 afdelinger med i alt 432 lejemålsenheder, fordelt med 388 familieboliger, 1 institution, 7 enkeltværelser, 6 erhvervslejemål og 18 garager/carporte.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 10. maj 2007, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 31. maj 2007 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Domea
2. Postfunktionærernes Andels-boligforening (PAB)
3. FSBbolig
4. Dan-Ejendomme A/S
5. Boligkontoret Danmark

Den 18. juni 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Dan Ejendomme A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 1. juli 2007.

Den 29. juni 2007 indgav klageren, Boligkontoret Danmark, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Lægeforeningens Boliger s.m.b.a. Klagen har været behandlet på et møde den 9. november 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip ved under evalueringen af tilbuddene at have tildelt både tilbuddet fra Dan Ejendomme A/S og tilbuddet fra klageren 9 point vedrørende underkriteriet »Drift- og leveringssikkerhed« og 9 point vedrørende underkriteriet »Sikring af kvalitet og service«, uanset at klageren er markedsførende for så vidt angår kvalitets-sikring og forvaltningsrevision.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbuds-direktivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, idet indklagede ved bedømmelsen af tilbuddene har lagt vægt på den geografiske placering af tilbudsgivernes medarbejdere, selv om dette forhold ikke efter udbudsbetingelserne er et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip ved under evalueringen af tilbuddene at have tildelt klageren 8 point vedrørende underkriteriet »Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold« og de øvrige tilbudsgivere 10 point, uanset at også de øvrige tilbudsgivere har anført forbehold i deres tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip ved i forbindelse med bedømmelsen af klagerens tilbud i relation til underkriterium »Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold« ikke at have kapitaliseret klagerens forbehold.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved inden udløbet af tilbudsfristen på møder med de enkelte tilbudsgivere at have indledt forhandlinger med disse.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 18. juni 2007 om at indgå kontrakt med Dan Ejendomme A/S.

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

I udbudsbetingelserne af 10. maj 2007 er der bl.a. anført følgende vedrørende »9.1. Tildelingskriteriet«:

»Tilbud, der er afgivet af tilbudsgivere, hvis tekniske og økonomiske formåen vurderes som tilstrækkelig til, at tilbudsgiveren kan udføre den udbudte opgave tilfredsstillende, vil herefter blive vurderet ud fra kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud med anvendelse af følgende delkriterier:

- [1] De tilbudte priser (30 %)
- [2] Drift og leveringssikkerhed (10 %)
- [3] Sikring af kvalitet og service (25 %)
- [4] Tilbudsgivers organisatoriske- og personelmæssige forhold (25 %)
- [5] Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold (10 %).«

[Klagenævnets litrering.]

Den udbudte tjenesteydelse er i udbudsbetingelserne beskrevet således:

» 2 Den udbudte tjenesteydelse

...

Forretningsførerens opgaver omfatter alle sædvanlige ekspeditioner som led i forretningsførelsen af en almen boligorganisation, herunder udlejningsfunktionen, økonomifunktionen, drifts- og vedligeholdelsesfunktionen, beboerrådgivningen og sekretariatsfunktionen, herunder varetagelsen af forholdet til offentlige myndigheder, forsyningsselskaber, leverandører m.v. for boligorganisationen og dens afdelinger.

2.4 Drifts- vedligeholdelsesfunktionen:

2.4.1. Denne funktion omfatter Boligorganisationens samlede drifts- og vedligeholdelsesfunktion, herunder:

01. Arbejdsgiverfunktionen (ansættelses- og arbejdsforhold) overfor de ansatte varmemestre og ejendomsfunktionærer i øvrigt og andet teknisk personale, der er knyttet til Boligorganisationens afdelinger. Arbejdsgiverfunktionen omfatter tilsyn og overordnet ledelse, antagelse og afskedigelse af personale efter godkendelse af Organisationsbestyrelsen, arbejdsledelse, ledelse af sikkerheds- og sundhedsarbejdet i henhold til lovgivningen, efteruddannelse og samarbejde. Den omfatter endvidere indgåelse af lokaloverenskomst med de ansatte.

Ejendomsfunktionærer er p.t. ansat direkte i de enkelte afdelinger, ligesom Organisationsbestyrelsen p.t. alene har kompetence i ansættelses- og afskedigelsesmæssig henseende.

02. Bygningsgennemgang med registrering af stamdata.

03. Vejledning i forbindelse med tekniske installationer og andre bygningskomponenters vedligeholdelse.

04. Kontrol med forbruget på vedligeholdelseskonti. Kvartalsvis budgetkontrol med vedligeholdelseskonti og oversigt til afdelingsbestyrelsen. Gennemførelse af de på afdelingsmøderne planlagte periodiske vedligeholdelses- og forbedringsarbejder.

05. Kontrol med og godkendelse af ombygninger/ændringer i de enkelte lejemål efter reglerne om råderet og/eller efter beslutning i beboerdemokratiet. Medvirke til udarbejdelse af positivlister, herunder beslutningsoplæg til afdelingsmøder og Organisationsbestyrelsen.

06. Vedligeholdelse og kontrol af bygningsdata i organisationen og

i offentlige registre (BBR o.lign.).

07. Varetagelse af Energiledelsesordningen for Boligorganisationens lejemål. Opbygning af energiregnskaber (grønne regnskaber) for driften af Boligorganisationens afdelinger.

08. Organisationsbestyrelsen kan beslutte at lade moderniserings- og renoveringsarbejder udbyde/udføre ved eksterne rådgivere og entreprenørfirmaer.

Det bemærkes særligt, at udarbejdelse af 10-års vedligeholdelsesplaner med -budgetter og gennemførelse af årlige tilstandsvurderinger af ejendommene foretages af eksterne rådgivere og opfølges af Organisationsbestyrelsen.

2.4,2. I det omfang Organisationsbestyrelsen fremsætter begæring derom, skal Forretningsføreren udføre følgende funktioner:

01. Teknisk rådgivning på ejendomsinspektørniveau og bygherre-rådgivning i øvrigt i forbindelse med mindre moderniserings- og vedligeholdelsesarbejder og mindre renoveringsarbejder. Kvalitetskontrol med gennemførelsen heraf. Ved mindre arbejder forstås, at håndværkerudgifterne herved ikke overstiger et beløb i en størrelsesorden af kr. 1.000.000,00 excl. moms.

02. Indhentning af tilbud fra og bestilling af håndværkere til mindre vedligeholdelses- og forbedringsarbejder, forstået som ovenfor under pkt. 01, kontrol med udførelsen heraf samt regningskontrol. Valget af håndværkere sker i samarbejde med afdelingsbestyrelsen.

03. Overordnet tilsyn med håndværksarbejder i forbindelse med flyttesager.

Enhver ændring af drifts- og vedligeholdelsesfunktionens form, indhold og placering skal godkendes af Organisationsbestyrelsen.

...«

I udbudsbetingelserne er om vederlæggelsen af forretningsføreren anført følgende:

»6. Forretningsførerens generelle administrationsvederlag:

Forretningsføreren modtager et årligt generelt administrationsvederlag pr. lejemål i overensstemmelse med det vedhæftede prisblad. ...

7 Tillægsydelser:

Forretningsførerens vederlag for tillægsydelser udgør de beløb, der fremgår af det vedhæftede prisblad. ...

7.1 Forretningsførerens ydelser i forbindelse med bygningsvedligeholdelse:

...

For sine ydelser vedrørende bygningsvedligeholdelse modtager forretningsføreren et årligt vederlag pr. lejemål i henhold til det vedhæftede prisblad. ...

7.3. øvrige tillægsydelser

Forretningsførerens vederlag for øvrige tillægsydelser udgør de beløb, der fremgår af det vedhæftede prisblad.«

Det er oplyst, at der er afholdt møder med tilbudsgiverne den 12. juni 2007. Der er ikke enighed mellem parterne om karakteren af møderne.

Klageren og øvrige tilbudsgivere har i deres tilbud bemærkninger om deres tilbuds overensstemmelse med udbuddet:

Klageren har anført følgende:

» A. Boligkontoret Danmarks ydelse under »Generelt administrationsvederlag« omfatter ikke færdiggørelse af regnskab 2004, 2005 og 2006.

B. Det forudsættes, at der afleveres afstemt bogholderi på overtagelsesdagen, som er godkendt af Lægeforenings Boliger s.m.b.a.

C. Udgifter til konvertering af data til Boligkontoret Danmarks administrative system EG Bolig betales af Lægeforenings Boliger s.m.b.a.

D. Bestyrelsesudgifter, herunder bestyrelsesvederlag, mødeudgifter, kursusudgifter, studieture og repræsentation er ikke omfattet af ovenstående »Generelt administrationsvederlag«.

E. Udgifter til revision og anden ekstern bistand godkendt af organisationsbestyrelsen er ikke omfattet af ovenstående »Generelt administrationsvederlag«.

FSBbolig har anført følgende i sit tilbud:

» FSBbolig's tilbud på administration af Lægeforeningens boliger er afgivet med følgende forbehold:

1. På besvarelse af spørgsmål om antal af møder årligt udenfor normal arbejdstid er det angivet, at dette ikke kan oplyses præcist, idet det er et spørgsmål om behov. FSBbolig har ved afgivelse af nærværende tilbud lagt til grund, at der vil være ca. 12 møder årligt. Såfremt dette antal overskrides væsentligt, forbeholder FSBbolig sig ret til særskilt betaling for medvirken i disse møder i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver.

2. FSBbolig har udarbejdet forretningsgange og instrukser som styringsværktøj for administrationen. Når det i udbudsmaterialets bilag 3 er anført, at forretningsførerens forslag til arbejdsgange forelægges skriftligt til godkendelse i Organisationsbestyrelsen forudsættes det i nærværende tilbud, at det beror på nærmere aftale, hvilke forretningsgange m.v. der skal udarbejdes som supplement til FSBbolig's forretningsgange og instrukser.

3. Spørgsmål om antal råderetsager årligt har ikke kunnet besvares. Ud fra FSBbolig's erfaringsgrundlag er det skønnet, at Lægeforeningens to afdelinger tilsammen årligt vil have 10 råderetsager. Såfremt dette antal overskrides væsentligt, forbeholder FSBbolig sig ret til særskilt betaling for behandling af disse sager i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver.

4. Spørgsmål om antal incassosager årligt har udbyder ikke kunnet besvare. FSBbolig har ved nærværende tilbud forudsat, at antallet af inkassosager ikke overstiger det antal sager, som erfaringsmæssigt forekommer i en med Lægeforeningens 2 afdelinger sammenlignelig afdeling. Såfremt dette antal overskrides væsentligt, forbeholder FSBbolig sig ret til særskilt betaling for behandling af disse sager i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver. Retslig inkasso, efter første rykkerskrivelse, køber FSBbolig hos en ekstern advokat, hvorfor der ikke opkræves gebyr i FSBbolig. Omkostningen pålignes skyldneren.

5. Spørgsmål om antal opnoterede på venteliste samt antal nyopnoterede har udbyder ikke kunnet besvare. FSBbolig har ved nærværende tilbud forudsat, at antallet af opnoterede vil være ca. 1.000 personer og at antallet nyopnoterede vil være ca. 200 årligt. Såfremt disse tal overskrides væsentligt, forbeholder FSBbolig sig ret til særskilt betaling for opdatering af ventelister. FSB's opkrævningsgebyr er pr. 1. maj 2007 150 kr.

6. FSBbolig har ved nærværende tilbud forudsat, at regnskab for 2004, 2005 og 2006 er udfærdiget ved overtagelse af administrationsopgaven, eller senest inden påbegyndelse af udarbejdelse af regnskab 2007. Såfremt regnskaberne ikke er færdige, forbeholder FSBbolig sig ret til særskilt betaling for hel eller delvis deltagelse i udfærdigelsen i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver. Det forudsættes endvidere at regnskabsmateriale for indeværende regnskabsår overleveres fra tidligere forretningsførere så vi uden unødigt ulempe kan fortsætte regnskabsførelsen.

7. FSBbolig har ved nærværende tilbud forudsat at der afleveres materiale om de enkelte lejemål, herunder størrelse, beliggenhed, lejens sammensætning, diverse a'conto opkrævninger samt vedligeholdelses ordning med eventuelle saldi samt at dette materiale kan konverteres til FSBbolig's administrationssystem EG-bolig.

8. Såfremt der ønskes mulighed for løbende skift mellem programpakker og internetforbindelser, vil FSBbolig kræve særskilt betaling i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver for arbejdet hermed.

9. Det forudsættes, at gebyr nævnt i udbudsmaterialets bilag 3, forretningsføreraftalen, pkt. 2.1, underpunkt 06, omfatter gennemførelse af syn og de hermed forbundne opgaver. Såfremt der måtte forekomme tilfælde, hvor opgaverne er væsentligt mere omfattende, forbeholder FSBbolig sig ret til særskilt betaling for behandling af disse sager i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver.

10. Såfremt der skal laves straks-afregninger på varme og vand til fraflyttere kræver dette en ekstra aflæsning og efterfølgende beregning af graddage m.v. For dette arbejde vil FSBbolig kræve særskilt betaling i henhold til prisbladets angivelse af timepris for specialopgaver.«

Dan-Ejendomme A/S har anført følgende i sit tilbud:

»Dan-Ejendomme as har ingen forbehold overfor de stillede krav udbudsmaterialet, men vi skal knytte følgende kommentarer til implementeringen af opgaven.

Implementering

...

Vi forventer, at opgaven kan være fuldstændigt implementeret senest den 1. august 2007.

Vi vil ultimo juni 2007 sørge for, at der bliver omdelt en folder til beboerne med præsentation af Dan-Ejendomme as og oplysning om fremtidige kontaktpersoner.

Kritiske forhold

I forhold til juli måned er der særligt et par kritiske forhold, der bør diskuteres af hensyn til en smidig overlevering/fortsættelse af administrationen af Lægeforeningens Boliger s.m.b.a.

For at kunne opkræve huslejen for juli 2007 over betalingsservice, er det en forudsætning, at al information til brug for oprettelse af lejere, lejemål, huslejeoplysninger med mere er modtaget senest den 6. juni 2007, da huslejen allerede skal bogføres og sendes til opkrævning hos PBS i midten af juni.

Alternativt kan vi opkræve huslejen for juli 2007 manuelt med fi-kort. I så fald vil vi ultimo juni 2007 sende hver enkelt lejer et brev indeholdende et fi-kort, et velkomstbrev samt en folder med præsentation af Dan-Ejendomme as og oplysning om kontaktpersoner.

Hvis man skulle vælge at opkræve lejen med fi-kort, vil vi dog være nødsaget til at køre en mere lempelig rykkerprocedure i juli 2007 af hensyn til lejere, der har været på ferie i den periode, brevene er blevet omdelt.

Det er vigtigt for Dan-Ejendomme as at modtage alle oplysninger hurtigst muligt, således at alt kan være konverteret til vores administrationssystem den 1. juli 2007, når vi overtager administrationen, og beboerne begynder at kontakte os.

Endelig er det vigtigt, at vi modtager en liste over samarbejdspartnere - det være sig leverandører, offentlige instanser med mere, så vi allerede i juni måned kan nå at sende oplysninger om administratorskift ud til både leverandører og beboere.«

Domea har med sit tilbud anført følgende:

» Domea tilbyder at udføre administrationsopgaven i overensstemmelse med det udbudte koncept til forretningsføreraftale og det vedlagte pris-skema, idet vi bemærker, at prisudregningerne er baseret på oplysningerne på forsiden af de udleverede regnskaber for hhv. afd. 1 og 2 for året 2003.

Til tilbuddet knytter sig en bemærkning om, at Domea efter behov og dagsorden er indstillet på at deltage med 1 eller 2 repræsentanter i møder

med bestyrelsesorganer. Endvidere, at gebyrer, der opkræves for arbejde i forbindelse med forretningsføreraftalens punkt 2.1 tilfalder den, der udfører arbejdet. Derudover bemærker vi, at de til opgaven knyttede data uproblematisk forventes at kunne overføres til vore administrations-systemer.«

PAB har anført, at man ikke har forbehold i forhold til udkastet til forretningsføreraftale.

I anledning af indklagedes meddelelse af 18. juni 2007 om valg af forretningsfører, anmodede klageren ved skrivelse af 20. juni 2007 til indklagede om nærmere oplysninger om baggrunden herfor. Indklagede besvarende denne henvendelse ved en skrivelse af 22. juni 2007. Det hedder heri bl.a.:

»...

Prisfastsættelsen af de tilbudte priser er sket efter de afgivne tilbud og på udbudsmaterialets vilkår, hvor Boligkontoret Danmark efter konkret vurdering er fundet billigst.

For så vidt angår drift- og leveringssikkerhed er oplysningerne i de enkelte tilbud samt ved mødet vurderet således, at de enkelte tilbudsgivere har kunnet præstere ydelser med tilnærmelsesvist ens sikkerhed.

Det samme gør sig gældende vedrørende sikring af kvalitet og service, idet samtlige tilbudsgiveres oplysninger har været af en sådan art, at en differentiering efter konkret vurdering har været indenfor snævre grænser.

Tilbudsgivernes meddelelser og oplysninger om de organisatoriske og personalemæssige forhold har alene differentieret i forhold til blandt andet placering af de tilknyttede medarbejdere, hvor afstanden har været vurderet med lidt lavere score for enkelte af tilbudsgiverne, blandt andet Boligkontoret Danmark.

For så vidt angår sidste kriterium er forbehold vurderet til en lavere score.

Ved en samlet vurdering er Boligkontoret Danmark således ikke fundet mest økonomisk fordelagtig. Kopi af vægtningsskema vedlægges.

...«

Af det omtalte vægtningsskema fremgår, at tilbudsgiverne er vægtet således:

Vægtningsskema					
Kriterium	Domea	PAR	FSB Bo- lig	Dan- Ejendomme	Boligkontoret DK
1	6	7	8	9	10
2	9	9	9	9	9
3	8	8	8	9	9
4	9	8	9	9	8
5	10	10	10	10	8
Vægtet	7,95	8,00	8,55	9,10	8,95

Indklagede har oplyst, at bedømmelsen af de indkomne tilbud er foregået således for så vidt angår kriterium 1-4, at tilbud, der svarede til det forventelige, svarende til aftalen med den hidtidige administrator - Kuben - fik karakteren 9, mens tilbud, der var bedre end det forventelige, fik karakteren 10. Tilbud, der ikke svarede til forventningerne fik et fradrag i udgangskarakteren 9 med 1-5 og kunne således få karakterer fra 4 til 8. For så vidt angår underkriterium 5 om forbehold har indklagede oplyst, at tilbud uden forbehold fik karakteren 10, mens tilbud med forbehold kunne få et fradrag fra denne karakter med 1-5 afhængig af forbeholdet.

Indklagede har oplyst, at indklagede har afholdt afklarende møder med tilbudsgiverne. Herefter havde alene Boligkontoret Danmark forbehold, mens de øvrige tilbudsgiveres bemærkninger blev opfattet som præciseringer.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren i sit tilbud har dokumenteret målsætninger og forretningsgange og dermed demonstreret sin førende position på markedet.

Indklagede har gjort gældende, at bedømmelsen af klageren for så vidt angår underkriterierne »Drift og leveringssikkerhed« og »Sikring af kvalitet og service« er sket ved et skøn, som ikke bør tilsidesættes af Klagenævnet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den geografiske placering af tilbudsgivernes medarbejdere ikke er et tildelingskriterium efter udbudsmaterialet. Indklagede har derfor været uberettiget til, som sket, at lægge vægt på dette forhold.

Indklagede har gjort gældende, at det har været berettiget at tillægge medarbejdernes geografiske placering betydning ved bedømmelsen af tilbuddene, idet dette forhold omfasttes af underkriteriet »Tilbudsgivers organisatoriske- og personalemæssige forhold«.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at fire af tilbudsgiverne har taget forbehold i deres tilbud, og det strider mod gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, at kun klageren er blevet tildelt en lavere bedømmelse end karakteren 10, som de øvrige tilbudsgivere har fået. Forbeholdene burde være blevet kapitaliseret, og alle tilbudsgiverne burde være blevet tildelt samme karakter i forhold til underkriterium 5.

Indklagede har gjort gældende, at klagers forbehold var anderledes end de øvriges tilbudsgiveres bemærkninger. Klageren har således i sit tilbud – i modsætning til de øvrige tilbudsgivere - anført, at konverteringen af data til Boligkontoret Danmarks administrative system var en ekstra ydelse også selv om der ikke måtte være særlige problematiske forhold ved konverteringen. Det har derfor været korrekt at bedømme klageren lavere end de øvrige tilbudsgivere i forhold til underkriteriet »Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold«.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det følger af det EU-retlige gennemsigtigheds- og lighedsprincip, at indklagede har haft pligt til at kapitalisere klagerens forbehold.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke har påhvilet indklagede en sådan pligt, når der netop er taget hensyn til spørgsmål om eventuelle forbehold i underkriteriet »Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold«.

Hvis klagerens forbehold var blevet kapitaliseret som påstået, ville klageren i øvrigt ikke kunne have opnået karakteren 10 vedrørende underkriteriet om pris.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede på møderne den 12. juni 2007 har ført forhandlinger med tilbudsgiverne i strid med forhandlingsforbudet, hvorved de øvrige tilbudsgiveres forbehold har skiftet karakter til præciseringer.

Indklagede har bestridt at have forhandlet med tilbudsgiverne. Klageren var denne eneste af tilbudsgiverne, der forsøgte at forhandle ved at forsøge at kapitalisere sine forbehold.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at de konstaterede overtrædelser af de udbudsretlige regler betyder, at Klagenævnet bør annullere indklagedes afgørelse af 18. juni 2007 om at indgå forretningsføreraftale med Dan Ejendomme A/S.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er sket overtrædelser af udbudsretten, og der derfor ikke er grundlag for en annulation af indklagedes afgørelse om at indgå forretningsføreraftale.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn over og bedømmelse af klagerens og Dan Ejendomme A/S' tilbud i relation til underkriteriet »Drift- og leveringssikkerhed« og »Sikring af kvalitet og service«.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Af indklagedes skrivelse af 22. juni 2007 til klageren fremgår, at oplysninger om den geografiske placering af tilbudsgivernes medarbejdere har indgået i indklagedes bedømmelse af tilbudene, og at dette forhold konkret har afspejlet sig i en lavere bedømmelse af bl.a. klageren.

Den geografiske placering af tilbudsgivernes medarbejdere er ikke udtrykkeligt anført i udbudsmaterialet som forhold af betydning for bedømmelsen, og forholdet kan ikke anses for omfattet af underkriteriet »Tilbudsgivers organisatoriske- og personalemæssige forhold«.

Indklagede har ved at tillægge forhold, der ikke er angivet i udbudsbetingelsernes angivelser af underkriterier, betydning, handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Under hensyn til det ad påstand 4 anførte finder Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til påstand 3.

Ad påstand 4

En udbyder kan frit vælge, om tilbud, der indeholder forbehold vedrørende ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, skal tages i betragtning, med mindre forbeholdene er helt bagatelagtige. Udbyderen har, hvis et tilbud med forbehold tages i betragtning, i henhold til EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip pligt til sagligt og korrekt at prissætte forbeholdet. Det er herved en forudsætning for, at tilbuddet kan tages i betragtning, at forbeholdet kan prissættes, jf. herved Klagenævnets kendelse af 26. november 2004 (E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen).

Foruden klageren havde 3 af de øvrige tilbudsgivere forbehold i deres tilbud. Det fremgår af det af indklagede oplyste og af evalueringsskemaet, at disse tilbudsgivers forbehold ikke blev bedømt som forbehold, men som præciseringer. Indklagede har reelt herved vurderet, at forbeholdene ikke

belastede de i tilbuddene anførte priser. Herved har indklagede i princippet i overensstemmelse med det ovenfor anførte prissat forbeholdene, således at disse har indgået i evalueringen af tilbudene for så vidt angår underkriteriet »De tilbudte priser«. Klagenævnet har ikke fundet grundlag for at tilsidesætte denne prissætning.

For så vidt angår klagerens forbehold har indklagede ikke prissat disse, men karaktergivet dem efter udbudsbetingelsernes 5. underkriterium »Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold (10 %).« Herved har indklagede, der har valgt at tage klagerens tilbud i betragtning, tilsidesat det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, der som anført har som forudsætning, at forbehold skal prissættes, hvis tilbuddet med forbehold skal kunne tages i betragtning.

På baggrund af det anførte om EU-udbudsrettens regler om »forbehold« kan Klagenævnet konstatere, at det fastsatte underkriterium »Indhold og omfang af tilbudsgiverens eventuelle forbehold« ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og at det derfor er i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, nr. 1.

Med denne præcisering tages påstanden til følge.

Ad påstand 5

Der er ikke oplysninger i sagen, der giver grundlag for at fastslå, at indklagede i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud har forhandlet med de enkelte tilbudsgivere.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Indklagede har som anført ad påstand 4 handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip ved i forbindelse med bedømmelsen af klagerens tilbud ikke at have kapitaliseret klagerens forbehold.

Underkriteriet »Indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold« vægter blot 10 % i den samlede bedømmelse, der i øvrigt indeholder bety-

delige skønselementer. Når henses hertil og til, at indklagede kunne have afvist klagerens tilbud, samt at den tilsidesættelse af udbudsdirektivets artikel 2, der er beskrevet ad påstand 2, ikke skønnes afgørende for udbuddets endelige resultat, finder Klagenævnet ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå forretningsføreraftale med Dan Ejendomme A/S.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, idet indklagede ved bedømmelsen af tilbuddene har lagt vægt på den geografiske placering af tilbudsgivernes medarbejdere, selv om dette forhold ikke efter udbudsbetingelserne er et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip ved i forbindelse med bedømmelsen af klagerens tilbud ikke at have kapitaliseret klagerens forbehold.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1,3, 5 og 6.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig