

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Erik Haldbæk, Niels Henriksen)

J.nr.: 02.84.529

17. juli 2002

K E N D E L S E

Lyngby-Taarbæk Kommune
(advokat Simon Evers Hjelmberg
ved advokatfuldmægtig Henrik Holtse, København)

mod

Den selvejende almene boligorganisation Carlshøj
(advokat Uffe Thorlacius, Kgs. Lyngby)

Den 20. juni 2001 besluttede repræsentantskabet i Den selvejende almene boligorganisation Carlshøj, at der ikke skulle iværksættes EU-udbud med henblik på indgåelse af kontrakt om tjenesteydelsen Administrationen af boligorganisationens B-afdelinger (B-7 - B-15 og B-X). Ved skrivelse 2. juli 2001 forespurgte boligorganisationen herefter 8 virksomheder inden for boligadministrationsområdet, om de var interesseret i at udføre opgaven, og boligadministrationen anmodede på grundlag heraf den 27. august 2001 de 8 virksomheder om at afgive tilbud. Anmodningen var vedlagt udkast til kontraktvilkår. 4 af virksomhederne afgav tilbud, og i september 2001 besluttede boligorganisationen at indgå kontrakt med Datea A/S om denne administration med virkning fra den 1. november 2001. Kontrakt blev herefter indgået den 17. september 2001. Kontrakten var ikke tidsbegrænset og med et opsigelsesvarsel på 6 måneder. Kontrakten blev indgået på de kontraktvilkår, som havde været udsendt til de 8 virksomheder.

Den 22. februar 2002 indgav klageren, Lyngby-Taarbæk Kommune, klage over indklagede, Den selvejende almene boligorganisation Carlshøj, til Klagenævnet. Klagen har været behandlet på et møde den 14. juni 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved den 19. september 2001 at beslutte at indgå kontrakt med Datea A/S om tjenesteydelsen administrationen af boligorganisationens B-afdelinger (B-7 – B-15 og B-X) uden forinden at gennemføre EU-udbud, uagtet værdien af den samlede tjenesteydelse, der omfatter

1. administrationen af A-afdelingerne (A-1 - A-3),
 2. administrationen af B-afdelingerne (B-7 - B-15 og B-X),
 3. administrationen af D-afdelingerne,
 4. administrationen af varmecentralen (afdeling BV) og
 5. administrationen af ventelisterne,
- oversteg tærskelværdien.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved den 19. september 2001 at beslutte at indgå kontrakt med Datea A/S om tjenesteydelsen administrationen af B-afdelingerne (B-7 – B-15 og B-X), uden forinden at gennemføre EU-udbud, uagtet værdien af tjenesteydelsen oversteg tærskelværdien.

Påstand 3 (subsidiær påstand i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ved den 19. september 2001 at beslutte at indgå kontrakt med Datea A/S har handlet i strid med EU-udbudsrettens lighedsgrundsætning, idet tilbudet fra denne virksomhed ikke var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 19. september 2001 om at indgå kontrakt med Datea A/S.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede inden for en af Klagenævnet fastsat frist at træffe beslutning om at foretage EU-udbud vedrørende administrationen af B-afdelingerne (B-7 - B-15 og B-X).

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

Indklagede er efter den selvejende institutions vedtægter af 2. juni 1997 en boligorganisation, som har til formål at opføre, udleje, administrere, vedligeholde og modernisere støttet boligbyggeri i overensstemmelse med reglerne i lov om almene boliger m.v.

Indklagede består af følgende afdelinger m.v.:

1. A-afdelingerne (A-1 - A-3) er 3 selvstændige boligblokke med selvstændigt matr. nr. beliggende i Lyngby. Afdelingerne har en selvstændig afdelingsbestyrelse og har selvstændigt regnskab.
2. B-afdelingerne (B-7 - B-15 og BX) er 3 selvstændige boligblokke med selvstændigt matr. nr. beliggende i Lyngby. Afdelingerne har en selvstændig afdelingsbestyrelse og har selvstændigt regnskab. BX-afdelingen er et ubebygget areal, som ejes af B-afdelingerne i fællesskab.
3. D-afdelingerne er boligblokke beliggende i Virum. Afdelingerne har en selvstændig afdelingsbestyrelse og har selvstændigt regnskab.
4. Varmecentralen (afdeling BV), der er beliggende på et selvstændigt matr. nr. i Lyngby, er en selvstændig afdeling med selvstændigt regnskab. Varmecentralen er et kraftvarmeværk, der leverer strøm til NESAs og som leverer varmt vand og varme til A-afdelingerne og B-afdelingerne samt til Funktionærernes Boligforening, som er et selvstændigt boligselskab. Varmecentralen har ikke nogen afdelingsbestyrelse.
5. Ventelisterne. Arbejdet består i at udlevere ansøgningsskemaer til potentielle ansøgere, modtage de udfyldte ansøgningsskemaer, indtaste ansøgerens data i det oprettede venteliste EDB-program, oplyse ansøgere om deres placering på ventelisterne, oplyse administrationen om, hvilke ansøgere der står først på listerne til ledige lejligheder, samt opkræve 200 kr. for hver ny ansøger og 100 kr. årligt for ansøgere, der ønsker at forblive på ventelisten. Arbejdets omfang og indtægterne ved arbejdet er afhængig af antallet af ansøgere, idet arbejdet alene honoreres med de indbetalte beløb på henholdsvis 200 kr. og 100 kr.

Parterne har tilkendegivet, at indklagede er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet, jf. artikel 1, litra b, idet den selvejende institutions drift er undergivet tilsyn fra Lyngby-Tårnbæk Kommune, jf. herved lovekendtgørelse nr. 427 af 28. maj 2001 om almene boliger samt støttede private andelsboliger m.v. § 164 og § 165 og bekendtgørelse nr. 1103 af 13. december 2000 § 107. Lyngby-Tårnbæk Kommune er på baggrund af det anførte klageberettiget efter lov om Klagenævnet for udbud § 4, stk. 1, nr. 1.

Administrationen af indklagedes B-afdelinger har siden 1979 været varetaget af advokat Uffe Thorlacius, Kgs. Lyngby, der tillige har varetaget administrationen af ventelisterne vedrørende både A-afdelingerne og B-afdelingerne samt administrationen af varmecentralen. Administrationen af indklagedes A-afdelinger (A-1 – A-6) og D-afdelinger har i en årrække været varetaget af advokat Flemming Theil, København.

Ved skrivelse af 7. august 2000 meddelte advokat Uffe Thorlacius indklagede, at han opsagde administrationsaftalen med indklagede for så vidt angår B-afdelingerne til ophør den 1. november 2001. Ved skrivelse af 15. november 2000 meddelte klageren i sin egenskab af tilsynsførende med de almene boligorganisationer advokat Uffe Thorlacius, at han fortsat kunne forestå administrationen af varmecentralen og det ubebyggede areal (afdeling B-X). Kommunen meddelte endvidere, at der – hvis ventelisteadministrationen for alle afdelingerne skulle forblive hos den, der administrerer B-afdelingerne – skulle gennemføres et samlet EU-udbud vedrørende administrationen af B-afdelingerne (B-7 - B-15) og den samlede ventelisteadministration. Kommunen meddelte endelig, at der – hvis ventelisteadministrationen for alle afdelingerne blev overført til advokat Flemming Theil – ikke skulle gennemføres EU-udbud vedrørende administrationen af B-afdelingerne (B-7 - B-15).

Det er oplyst, at advokat Uffe Thorlacius i 1999 havde en månedlig indkomst ved administrationen på ca. 26.510 kr. svarende til 1.272.500 kr. for en 4 års periode, samt at hans månedlige indkomst vedrørende ventelisterne for både A-afdelingerne og B-afdelingerne var ca. 5.775 kr. svarende til 227.200 kr. for en 4 års periode.

Ad påstand 1

Klageren har på grundlag af budgettallene for 2001 i indklagedes regnskab for 2000 opgjort værdien af den samlede tjenesteydelse således:

	Årlig værdi	Værdien for 48 måneder
1. A- afdelingerne og		
3. D-afdelingerne	395.000 kr.	
2. B- afdelingerne	420.000 kr.	
i alt	815.000 kr.	3.260.000 kr.
4. Varmecentralen	32.500 kr.	130.000 kr.
5. Ventelisterne	60.000 kr.	240.000 kr.
	907.500 kr.	3.630.000 kr.

Ad påstand 2

Klageren har ligeledes på grundlag af budgettallet for 2001 opgjort værdien af tjenesteydelsen administrationen af B-afdelingerne alene således:

	Årlig værdi	Værdien for 48 måneder
B-afdelingerne	420.000 kr.	1.680.000 kr.

Parternes anbringender:Ad påstand 1

Klageren har ikke gjort gældende, at indklagede var forpligtet til at udbyde den samlede tjenesteydelse (punkt 1-5), men har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at den samlede administration hos indklagede er én tjenesteydelse, og at indklagede ved vurderingen af, om hele denne tjenesteydelse eller nogen del heraf er omfattet af pligten efter Tjenesteydelsesdirektivet til at gennemføre EU-udbud, skal anvende den samlede værdi for hele tjenesteydelsen. Dette indebærer, at indklagede, selvom indklagede alene har ønsket at indgå kontrakt om et eller flere af punkterne 1-5, skal tage udgangspunkt i værdien af den samlede tjenesteydelse (punkt 1 - 5), og da værdien af den samlede tjenesteydelse overstiger tærskelværdien efter Tjenesteydelsesdirektivet, har indklagede været forpligtet til at gennemføre EU-udbud forud for indgåelsen af kontrakt om administrationen af B-afdelingerne –

også uanset om værdien af denne tjenesteydelse isoleret bedømt ikke måtte overstige tærskelværdien.

Indklagede har gjort gældende, at administrationen af varmecentralen og administrationen af ventelisterne er selvstændige tjenesteydelser, og altså ikke tjenesteydelser, der er integrerede dele af administrationen af indklagedes afdelinger, og at værdien af disse tjenesteydelser derfor ikke skal tages i betragtning, når det skal vurderes, om administrationen af afdelingerne overskrider tærskelværdien. Indklagede har således været berettiget til fortsat at lade administrationen af varmecentralen forestå af advokat Uffe Thorlacius og berettiget til at lade administrationen af ventelisterne forestå af advokat Flemming Theil. Indklagede har endvidere gjort gældende, at administrationen af indklagedes afdelinger A, B og D, selvom administrationen af disse afdelinger efter deres beskaffenhed er ensartede tjenesteydelser eller i det væsentlige ensartede tjenesteydelser, er selvstændige tjenesteydelser, som indklagede efter en saglig vurdering kan vælge enten at få udført ved indgåelse af flere kontrakter eller at få udført på grundlag af en samlet kontrakt. Indklagede skal, når dette valg er truffet, vurdere værdien af hver af de kontrakter, der ønskes indgået, med henblik på at tage stilling til, om tærskelværdien er overskredet. Indklagede har således været berettiget til at vælge at lade administrationen af A-afdelingerne og D-afdelingerne forblive hos advokat Flemming Theil og at lade administrationen af B-afdelingerne forestå af en ny kontraktspart.

Indklagede har i anden række specielt vedrørende administrationen af ventelisterne gjort gældende, at ventelisteadministrationen, også selvom den antages at være en del af administrationen af indklagedes afdelinger, ikke kan medregnes ved beregningen af tjenesteydelsens værdi, fordi den alene medfører honorar, hvis der er ansøgninger om optagelse på ventelisterne, eller hvis der er anmodninger om fortsat at være optaget på ventelisterne.

Ad påstand 2

Klageren har til støtte for denne subsidiære påstand gjort gældende, at værdien af tjenesteydelsen administrationen af B-afdelingerne overstiger tærskelværdien, og at indklagede som følge heraf har haft pligt til at gennemføre EU-udbud forud for indgåelsen af kontrakt om denne tjenesteydelse.

Indklagede har heroverfor i første række gjort gældende, at den omhandlede tjenesteydelses værdi ikke overstiger tærskelværdien for Tjenesteydelsesdirektivet, der i 2000 var på 200.000 ECU svarende til 1.603.159 kr. Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede havde grundlag for at fastslå, at tjenesteydelsens værdi ikke oversteg tærskelværdien, og indklagede har herved henvist til følgende:

1. I et underhåndsbud af 1. december 2000 fra ejendomsadministrations-selskabet Dan-ejendomme A/S, som indklagede har indhentet, var prisen 330.270 kr. årligt svarende til 1.321.080 kr. for den 4 års kontraktperiode (48 måneder).
2. 2 af de 4 tilbud, som indklagede modtog på grundlag af opfordringen af 27. august 2001 – herunder tilbudet fra Datea A/S – lå under tærskelværdien.
3. Prisen efter den kontrakt af 17. september 2001, som indklagede har indgået med Datea A/S for perioden 1. november 2001 – 31. oktober 2005, er samlet for den 4 årige kontraktperiode 1.578.741 kr.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at den omstændighed, at der vedrørende en tjenesteydelse kan være en vis tvivl, om tjenesteydelsens værdi overstiger tærskelværdien, ikke indebærer at det er en overtrædelse af EU-udbudsbetingelserne at undlade at gennemføre EU-udbud, selvom det efterfølgende måtte vise sig, at tærskelværdien var overskredet.

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Datea A/S ikke var det økonomisk mest fordelagtige, og at indklagede ved at beslutte at indgå kontrakt med Datea A/S, som synes at have en vis forbindelse med den tidligere administrator, advokat Uffe Thorlacius, har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Datea A/S ikke alene havde den laveste pris, men også samlet bedømt var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip ved at beslutte at indgå kontakt med denne virksomhed.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Når der skal tages stilling til, om der efter Tjenesteydelsesdirektivet skal gennemføres EU-udbud med henblik på indgåelse af kontrakt om en tjenesteydelse, skal udbyderen vurdere, om værdien af tjenesteydelsen overstiger tærskelværdien efter Tjenesteydelsesdirektivet. Ved denne vurdering er det som udgangspunkt alene værdien af den tjenesteydelse, der skal indgås kontrakt om, der er afgørende. Klageren har som anført ikke gjort gældende, at indklagede var forpligtet til at udbyde den samlede tjenesteydelse (punkt 1-5) og uberettiget til alene at udbyde administrationen af B-afdelingerne (punkt 2). Klagenævnet er enig heri, da der i Tjenesteydelsesdirektivets regler om tærskelværdien ikke kan indfortolkes en pligt for offentlige udbydere til at udbyde tjenesteydelser, som der ikke ønskes indgået kontrakt (ny kontrakt) om.

Klageren har imidlertid gjort gældende, at den samlede administration hos indklagede udgør én tjenesteydelse, og at der derfor uanset indklagedes opdeling i afdelinger ikke ved vurderingen af, om tærskelværdien er overskredet, i overensstemmelse med det anførte udgangspunkt skal ses på værdien af den tjenesteydelse, der ønskes indgået kontrakt om, men at der derimod skal ses på værdien af den samlede tjenesteydelse (punkt 1-5), selvom der alene ønskes indgået kontrakt om en del af den samlede tjenesteydelse (punkt 2).

Efter sin beskaffenhed er tjenesteydelsen administration af ventelisterne en selvstændig tjenesteydelse, der ikke har nogen nødvendig funktionel sammenhæng med administrationen af afdelingerne, og indklagede har derfor været berettiget til at indgå kontrakt om denne tjenesteydelse helt uafhængigt af kontrakterne vedrørende administrationen af afdelingerne. Det følger endvidere af det anførte, at indklagede allerede som følge heraf heller ikke har været forpligtet til at tage værdien af denne tjenesteydelse i betragtning ved vurderingen af, om der skulle gennemføres EU-udbud vedrørende administrationen af B-afdelingerne.

De 4 afdelinger hos indklagede – A-afdelingerne, B-afdelingerne, D-afdelingerne og varmecentralen – har selvstændigt regnskab og har bortset fra varmecentralen selvstændige bestyrelser. Den tjenesteydelse, som ind-

klagede har indgået kontrakt om, vedrører endvidere alene den ene af de 4 afdelinger – nemlig B-afdelingerne – og det er alene denne afdeling, som skal betale for tjenesteydelsen. Der er endelig alene bestyrelsen for B-afdelingerne, der træffer afgørelse om, hvem der skal indgås kontrakt med. Under disse omstændigheder er der ikke efter Tjenesteydelsesdirektivets regler om tærskelværdien nogen forpligtelse for indklagede til ved vurderingen af, om der forud for indgåelse af en kontrakt om administrationen af B-afdelingerne skal gennemføres EU-udbud, at tage hensyn også til værdien af administrationen af A-afdelingerne, D-afdelingerne og varmecentralen.

Klagenævnet tager således ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 2

Efter Tjenesteydelsesdirektivet har det påhvilet indklagede at foretage en vurdering af, om værdien af administrationen af B-afdelingerne, som der skulle indgås en ny kontrakt om, eksklusiv moms oversteg tærskelværdien. Indklagede har ikke herved – som anført af klageren – været forpligtet til at anvende budgettallet for den pågældende tjenesteydelse for 2001 anført i indklagedes regnskab for 2000. Klagenævnet her herved lagt vægt på, at forskelligartede men fuldt saglige hensyn kan begrunde, at en virksomhed i et regnskab vælger at ansætte et budgettal højt, henholdsvis vælger at ansætte et budgettal lavt, og at budgettal derfor ikke nødvendigvis er egnede som grundlag for det skøn over værdien af tjenesteydelsen, som skal foretages. Indklagede valgte at indhente nogle tilbud på den pågældende tjenesteydelse byggende på den fastlæggelse af omfanget af den tjenesteydelse og de kontraktsvilkår i øvrigt, som indklagede ville medtage i en eventuel kontrakt indgået uden afholdelse af EU-udbud, og indklagede foretog herefter en vurdering af, om værdien af tjenesteydelsen måtte antages ikke at overstige tærskelværdien. Efter en gennemgang af de pågældende dokumenter suppleret med indklagedes oplysninger om denne fremgangsmåde har Klagenævnet intet grundlag for at fastslå, at indklagede ved konstateringen af, at tærskelværdien ikke var overskredet, har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet. Klagenævnet tager derfor heller ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det, der er anført under påstand 1 og påstand 2, at indklagede har været berettiget til at indgå kontrakt om administrationen af B-afdelingerne uden at gennemføre EU-udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet. Dette indebærer, at indklagede har været berettiget til at gennemføre en anden udbudsprocedure end de udbudsprocedurer, der er fastlagt i Tjenesteydelsesdirektivet, og at indklagede har kunnet fastsætte udbudsbetingelser, som er forskellige fra de udbudsbetingelser, som kan fastsættes efter udbudsreglerne i Tjenesteydelsesdirektivet. Klageren har under sin procedure for Klagenævnet fremhævet en række punkter ved indklagedes udbud, som strider mod Tjenesteydelsesdirektivets regler, f.eks. at indklagede i udbudsbetingelserne forbeholdt sig frit at vælge mellem de indkomne tilbud og forbeholdt sig at indlede forhandlinger med enhver af tilbudsgiverne, uanset om disse er lavestbydende eller ej. Fastsættelsen af udbudsbetingelser af dette indhold – som ville indebære en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, hvis dette fandt anvendelse – indebærer imidlertid ikke automatisk en overtrædelse af EU-udbudsrettens ligebehandlingsgrundsætning, og Klagenævnet har efter de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet om indklagedes udbud, ikke noget grundlag for at fastslå, at indklagede ved at gennemføre udbudet som sket eller ved at beslutte at indgå kontrakt med Datea A/S om administrationen af B-afdelingerne har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig