

Klagenævnet for Udbud

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

J.nr.: 2007-0013424

15. april 2008

K E N D E L S E

FSBbolig
(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 »Forretningsføreraf-tale/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 28. juni 2007 indgav klageren, FSBbolig, 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 indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligheds- og gennemsigtighedsprincip, idet indklagede ved bedømmelsen af tilbudene i relation til underkriteriet »De tilbudte priser« særskilt har lagt vægt på prisen pr. fraflytning ekskl. syn, selv om fraflytningsadministrationsomkostningerne skal indeholdes i grundbidraget til forretningsførerer.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat »Drift og leverings-sikkerhed« og »Sikring af kvalitet og service«, uanset at disse underkriterier er upræcise og uegnede til at vurdere tilbuddene i forhold til hinanden.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af den udbudte tjenesteydelse.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved efter tilbudsfristens udløb den 31. maj 2007, men før indklagede den 18. juni 2007 traf beslutning om indgåelse af kontrakt, at have forhandlet med de 5 tilbudsgivere.

Påstand 5

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

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.160.000 kr. med procesrente fra 27. juni 2007.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 5.

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) over-

for 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 f 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. Forretningsførers generelle administrationsvederlag:

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

7 Tillægsydelser:

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

7.1 Forretningsførers ydelser i forbindelse med bygningsvedligeholdelse:

...

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

7.2. Nybyggeri, moderniseringer og ombygningssager:

I det omfang det - når det ikke kræver et EU-udbud - aftales, at Forretningsføreren skal udbyde bygherreopgaver ved, eller at Forretningsføreren skal forestå, nybyggeri, ombygninger eller større moderniserings- eller forbedringsarbejder o.lign., omfatter forretningsførelsen i denne forbindelse bl.a. bygherrerådgivning og sædvanlig økonomisk og juridisk administration, herunder tilrettelæggelse og gennemførelse af udbud, kvalitetskontrol og tilsyn samt finansieringsmuligheder.

Der træffes i disse tilfælde særskilt aftale mellem Forretningsføreren og Organisationsbestyrelsen om arbejdets omfang, honorering m.v.

7.3. øvrige tillægsydelser

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

Ifølge det i udbudsbetingelserne omtalte prisblad skulle tilbudsgiverne bl.a. oplyse følgende priser:

»Generelt administrationsvederlag:

pr. lejemål pr. årkr.

Institutionenkr.

pr. værelse pr. årkr.

pr. erhvervslejemål pr. årkr.

pr. garage/carport pr. årkr.

Forretningsførers ydelser vedrørende
bygningsvedligeholdelse som beskrevet i
Forretningsføreraftalens pkt. 2.4.1

pr. lejemål pr. årkr.

Forretningsførers ydelser vedrørende
bygningsvedligeholdelse som beskrevet i
forretningsføreraftalens pkt. 2.4.2.

pr. lejemål pr. årkr.

Forretningsførers afregning til leverandørerne
af lejernes forbrug af varme, vand og antennegebyr.
Det bemærkes, at regnskabsudarbejdelse og
-aflæggelse vedrørende varme og vand foretages
af Clorius, og at Forretningsføreren foretager

opkrævning og viderebetaling af antennegebyrkr.

De anførte priser vedrørende forbrug gælder pr. lejemål, institution, værelse og erhvervslejemål.

Gebyr ved forkortet opsigelsesvarsel
(gebyret til Forretningsføreren, der ikke må
overstige det af beboerklagenævnet godkendte
beløb, betales af lejeren) Gebyr pr. gangkr.
...«

I forbindelse med udbuddet har tilbudsgiverne stillet en række spørgsmål til indklagede, der bl.a. har besvaret spørgsmål om tillægsydelser således:

»7 Tillægsydelser:

Vedrørende vederlaget for tillægsydelser henvises der til prisbladet. Prisbladet omhandler ikke tillægsydelser men alene priser for specialopgaver. Bruges tillægsydelser og specialopgaver i denne sammenhæng synonymt. Hvis ikke, hvad er tillægsopgaver

Svar:

Tillægsydelser og specialopgaver omhandler samme forhold.«

Spørgsmål og svar er sendt til alle tilbudsgivere.

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

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 FSB Bolig efter konkret vurdering er fundet blandt de dyreste.

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, men blandt andet ikke FSB Bolig, der også her er vurderet sammenligneligt med den valgte tilbudsgiver.

For så vidt angår sidste kriterium om eventuelt forbehold har alene 1 tilbudsgiver angivet forbehold, hvilket hverken har været gældende for FSB Bolig eller den valgte tilbudsgiver.

Ved en samlet vurdering er FSB Bolig således ikke fundet mest økonomisk fordelagtig. Kopi af vægtningskema vedlægges.

...«

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

Vægtningsskema					
Kriterium	Domea	PAR	FSB Bolig	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 underkriterium 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 udgangskaracteren 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.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at grundbidraget skal indeholde udlejnings- og fraflytningsadministration, og der kan ikke opkræves særskilt bidrag ved fraflytning. Denne opfattelse er i overensstemmelse med Socialministeriets vejledning om drift af almene boliger, og klagerens tilbud er afgivet i overensstemmelse med denne forståelse af reglerne.

Indklagede har gjort gældende, at klageren har misforstået det anførte om timepriser. Prisbladet omhandler specialopgaver, hvilket er meddelt alle tilbudsgivere., Almindelig fraflytningsadministration er ikke omfattet. Indklagede har ikke særskilt lagt vægt på prisen for specialopgaver i forbindelse med fraflytning.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at underkriterierne er så bredt formulerede, at det er umuligt klart at afgøre, hvad de nærmere angår. Dette illustreres ved, at alle tilbudsgivere er bedømt tilkarakteren 9 for underkriteriet »Drift og leveringssikkerhed«. Bedømmelsen af tilbudsgiverne i forhold til underkriteriet »Sikring af kvalitet og service« er også meget lige.

Indklagede har bestridt, at underkriterierne strider med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip. Underkriterierne er angivet som hovedpunkter som med vægtning i overensstemmelse med udbudsdirektivet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at beskrivelsen af den udbudte ydelse er mangelfuld og uegnet til at klarlægge, hvad en kontrakt med indklagede måtte indebære. Dette illustreres af, at der blev stillet indklagede mange spørgsmål i forbindelse med udbuddet. Selv om det må anerkendes, at der kan stilles afklarende spørgsmål under udbudsprocessen, er spørgsmålsstilling og besvarelsen i denne sag gået ud over det tilladelige.

Indklagede har gjort gældende, at beskrivelsen af tjensteydelsen har været tilstrækkelig. Beskrivelsen er udarbejdet på samme måde som i tidligere udbud, og indklagede har i et vist omfang måttet arbejde med estimer. Dette er imidlertid ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet, og forholdene har været ens for alle tilbudsgivere.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede i strid med forhandlingsprincippet har forhandlet konkrete spørgsmål med tilbudsgiverne. Dette illustreres af svaret den 22. juni 2007.

Indklagede har gjort gældende, at der der alene er gennemført afklarende møder med tilbudsgiverne den 12. juni 2007. Der har på intet tidspunkt fundet en forhandling sted, og dette kan ikke udledes af indklagedes skrivelse af 22. juni 2007.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne af de udbudsretlige regler har været så omfattende og alvorlige, 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

Indklagede har ikke ved bedømmelsen af buddene i relation til underkriteriet »de tilbudte priser« særskilt lagt vægt på prisen pr. fraflytning ekskl. syn.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter Klagenævnets vurdering er underkriterierne »Drift og leveringssikkerhed« og »Sikring af kvalitet og service« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« ikke uklare, hvorfor påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 3

Beskrivelsen af den udbudte ydelse skal indeholde sådanne informationer, der sætter tilbudsgiverne i stand til at overskue konsekvenserne af at afgive tilbud med henblik på eventuelt at indgå aftale herom, herunder den økonomiske risiko.

Efter Klagenævnets vurdering er beskrivelsen af den udbudte »Forretningsføreraftale/administrationskontrakt« tilstrækkelig og giver tilbudsgiverne den fornødne information om de med aftalen forbundne konsekvenser, hvorved bemærkes, at udbudsmaterialets beskrivelse af den udbudte ydelse har været gældende for alle tilbudsgivere, der således alle har haft den samme beskrivelse som grundlag for deres tilbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

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 5

Som følge af det under påstand 1-4 anførte tages påstand 5 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig