

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Michael Jacobsen, Thomas Jensen)

J.nr.: 2007- 0010719

20. februar 2007

K E N D E L S E

Ejendomsaktieselskabet Bangs Gård
(selv)

mod

Esbjerg Kommune
(selv)

Den 12. oktober 2006 besluttede Esbjerg Kommune med henblik på, at kommunen kan indgå et lejemål vedrørende et nyt teater i Esbjerg, at »afholde en konkurrence om etablering af teaterlokaler med tilhørende faciliteter til udlejning og indeholdende forslag til fremtidige lejevilkår«. Det fremgår af betingelserne af 16. oktober 2006, som kommunen har udarbejdet, og som bærer betegnelsen »Teater i Esbjerg – Udbud vedrørende lejemål«, at »konkurrencen« omfatter 3 lejemål, hvoraf 2 er optioner, således til de udarbejdede projekter skal angive mulighed for alle 3 lejemål, der er beskrevet således:

»Hovedlejemål – lejemål mellem udlejer og Esbjerg Kommune (lejer). Hovedlejemålet, som er på deltid, vil blive fremlejet til forskellige brugere.

Lejemål, Den Nye Opera – lejemål mellem udlejer og Den Nye opera (option). Lejemålet er på fuld tid.

Lejemål, Esbjerg Teaterkreds – lejemål mellem udlejer og Esbjerg Teaterkreds (option). Lejemålet er på fuld tid.«

Det fremgår af betingelserne, at hovedlejemålet er en 30-årig lejekontrakt omfattende 145 dage pr. år med ret til option på leje i yderligere dage, og at udlejer i de perioder, hvor kommunen ikke råder over lokalerne, råder frit over lokalerne. Det fremgår af tilbudslisten, at tilbudsgiverne skal afgive et tilbud på en årlig leje excl. moms. Det er i betingelserne bestemt, at lejeaf-

talen skal være uopsigelig i 30 år. Der er endvidere i betingelserne fastsat følgende:

»7.1.1. Det lejede

.....

Følgende er gældende i forhold til lejemålet:

- Beløbsrammen er maksimalt kr. mio. 2,2 ekskl. moms.
- Tilbud, der er indenfor beløbsrammen, vil blive optaget til vurdering.
- Hvis samlige tilbud ikke kan overholde beløbsrammen, vil alle indkomne forslag blive evalueret for at udpege en vinder med henblik på kontraktforhandlinger.«

Det fremgår videre af betingelserne, at »konkurrencen afholdes som økonomisk mest fordelagtige tilbud i bunden licitation«.

Kommunen besluttede at anmode følgende om at afgive tilbud:

1. Udviklingsselskabet Esbjerg Dokhavn A/S
2. Ejendomsaktieselskabet Bangs Gård
3. Musikhuset Esbjerg
4. Intergruppen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. december 2006 havde nr. 3 og en tilbudsgiver betegnet som »Pedersen Gruppen« afgivet tilbud.

Det fremgår endelig af betingelserne, at tilbudsgiverne skal vedstå deres tilbud til 1. maj 2007, og at endelig udarbejdelse af lejeaftale skal ske i perioden 1. marts – 1. april 2007.

Den 11. januar 2007 modtog Klagenævnet en klage dateret 14. november 2006 fra Ejendomsaktieselskabet Bangs Gård over indklagede, Esbjerg Kommune. Klagenævnet modtog klagen fra Statsforvaltningen Syddanmark.

Ved skrivelse af 2. februar 2007 anmodede klageren Klagenævnet om i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, at beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 14. februar 2007 besluttede Klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har i sine processkrifter anført en række forhold, som efter klagerens opfattelse indebærer eller muligvis indebærer overtrædelser af EU-udbudsreglerne. Klagenævnet har imidlertid besluttet alene at behandle følgende spørgsmål:

Om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 12. oktober 2006 at beslutte at tilvejebringe grundlag for indgåelse af lejekontrakt om Esbjerg Teater, uden forinden at gennemføre et EU-udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende dette bygge- og anlægsarbejde, uagtet den pågældende kontrakts anslåede værdi oversteg tærskelværdien.

Indklagede har nedlagt påstand om, at indklagede ikke har overtrådt Udbudsdirektivet.

Indklagede har tilkendegivet, at indklagede vurderer det sådan, at den pågældende kontrakt efter Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra b, vedrører en offentligt bygge- og anlægskontrakt, men indklagede har gjort gældende, at kontraktens anslåede værdi excl. moms – nemlig udgifterne til at opføre teaterbygningen m.v. – af kommunen er anslået til ikke at overstige tærskelværdien på 39.277.401 kr.

Klagenævnet udtaler:

Ved den lejekontrakt, som indklagede ønsker at indgå, tilsigter indklagede at få rådighed over et bygge- og anlægsarbejde – i form af en teaterbygning – der svarer til de behov, som er præciseret af indklagede, og den pågældende lejekontrakt er derfor en offentlig bygge- og anlægskontrakt omfattet af Udbudsdirektivet, jf. Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra b.

Efter Udbudsdirektivets artikel 9, stk. 1, beregnes den anslåede værdi af en offentlig kontrakt på grundlag af det samlede beløb excl. moms, som den ordregivende myndighed må antages at komme til at betale for ydelsen. Det er i betingelserne fastsat, at den årlige leje ikke må overstige 2,2 mio. kr., og det fremgår af betingelserne, at lejemålet skal være uopsigeligt for indklagede i 30 år. Tages der udgangspunkt i disse tal – svarende til en samlet udgift for indklagede på 66 mio. kr. – overstiger den anslåede værdi af den pågældende lejekontrakt tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder på

39.277.401 kr. Den anslåede værdi af kontakten ligger således ikke under tærskelværdien, og indklagede har derfor handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at gennemføre et EU-udbud efter Udbudsdirektivet.

Som følge af beskaffenheden af den pågældende tilsidesættelse af EU-udbudsreglerne har Klagenævnet besluttet at annullere indklagedes beslutning om at gennemføre den pågældende konkurrence.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 12. oktober 2006 at beslutte at tilvejebringe grundlag for indgåelse af lejekontrakt om Esbjerg Teater, uden forinden at gennemføre EU-udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende dette bygge- og anlægsarbejde, uagtet den pågældende lejekontrakts anslåede værdi oversteg tærskelværdien.

Indklagedes beslutning af 12. oktober 2006 om at indgå et lejemål vedrørende et nyt teater i Esbjerg uden at gennemføre et EU-udbud efter Udbudsdirektivet annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Esbjerg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Ejendomsaktieselskabet Bangs Gård, betale 10.000 kr.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig