

K E N D E L S E

1. Den Selvejende Almene Ældreboliginstitution Gratiegården
under stiftelse
2. Foreningen til fremskaffelse af Boliger til Enlige og Ældre
(advokat Kirsten Kristensen, København)

mod

Allerød Kommune
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Ved annonce indrykket i »Licitationen«, på Hifabs og på Allerød Kommunes hjemmeside i 2009 udbød Allerød Kommune »varetagelsen af bygherre- og driftsherrerollen i offentligt udbud« i forbindelse med en planlagt opførelse af bl.a. 60 plejeboliger. Som mulige tilbudsgivere er angivet »Selskaber, som både kan varetage opførelsen af det samlede byggeri...samt varetage den efterfølgende drift af plejeboligerne.«

Ved brev af 8. oktober 2009 indbød Allerød Kommune de selskaber, der havde rettet henvendelse på grundlag af annoncen, heriblandt klagerne, til »at deltage i konkurrencen om bygherre- og driftsherreopgaven i forbindelse med udformning og opførelse af 60 plejeboliger og kontorer for kommunens »Social og Sundhed« samt kontor- og genoptræningsfaciliteter på Poppelvej i Allerød«. Samtidig fremsendte Allerød Kommune tilbudsliste, konkurrencebetingelser, byggeprogram og udbudstidsplan.

Den 25. marts 2010 besluttede Allerød Kommune at »indlede et samarbejde med KAB om det videre forløb«, hvilket blev meddelt klagerne ved brev af 26. marts 2010. Det fremgår, at KAB havde indsendt tilbud på vegne Furesø Boligselskab, der er en almen boligorganisation.

Den 31. marts 2010 indgav klagerne, 1. Den Selvejende Almene Ældreboliginstitution Gratiegården under stiftelse og 2. Foreningen til fremskaffelse af Boliger til Enlige og Ældre, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Allerød Kommune. Klagerne fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerne har ikke formuleret præcise påstande. Det fremgår, at klagerne mener, at indklagede har begået »alvorlige fejl« ved bedømmelsen af de indkomne projekter, og at klagerne er af den opfattelse, at indklagede skal »nedsætte et nyt bedømmelsesudvalg«. Det fremgår endvidere, at klagerne forbeholder sig at kræve erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Sagens nærmere omstændigheder

Annoncen i »Licitationen« har følgende ordlyd:

»Allerød Kommune - Plejeboliger mm.

Allerød Kommune planlægger opførelsen af nedenstående på Poppelvej Allerød:

1. 60 plejeboliger med tilhørende fælles- og servicearealer
2. Kontorfaciliteter for Sundhed og Omsorg
3. Kontor- og genoptræningsfaciliteter for Genoptræningen

Planlægning og opførelse af de ovennævnte tre dele skal kunne gennemføres separat og uden indbyrdes afhængighed.

Bygningerne kan opføres i op til to etager.

Byggeriet planlægges opført på matrikel nr. 6 bl. Arealet anvendes i dag som fodboldbaner og fritidsareal.

Allerød Kommune udbyder hermed varetagelsen af bygherre- og driftsherrerollen i offentligt udbud.

Tilbudsgivere

Selskaber, som både kan varetage opførelsen af det samlede byggeri, dvs. plejeboliger, genoptrænings- og kontorfaciliteter samt varetage den efterfølgende drift af plejeboligerne, kan afgive tilbud på opgaven.

Konkurrenceforhold

Tilbuddet skal baseres på det af Allerød Kommune udarbejdede konkurrencemateriale.

Vedlagt tilbuddet skal der blandt andet fremsendes en skitse af byggeriet samt en beskrivelse af den planlagte projektorganisation.

Rekvirering af konkurrencemateriale

Konkurrencemateriale kan rekvireres ved skriftlig henvendelse til Allerød Kommune, ..., og forventes fremsendt fra fredag den 11. september 2009.

Tidsfrist

Tilbuddet om varetagelsen af bygherre- og driftsherrerollen skal være Allerød Kommune i hænde senest mandag den 2. november 2009, kl. 12.00.

Fremsendelse af tilbud

Tilbuddet skal mærkes:

Konkurrence om bygherre- og driftsherreopgave
Poppelvej

og skal fremsendes til Allerød Kommune...«

Parternes anbringender af afvisningspåstanden

Klagerne har gjort gældende, at udbuddet er omfattet af Udbudsdirektivet, jf. artikel 1, stk. 11, litra e, og dermed af kravene i direktivets artikel 66-74. Klagenævnet har derfor kompetence til at behandle klagen. Der er ikke tale om vederlagsfrihed, idet den bygherre, som får opgaven, vederlægges for sit arbejde ved en del af den anskaffelsessum for byggeriet, som godkendes af kommunen efter Almenboligloven. Anskaffelsessummen er grundlaget for den offentlige støtte til byggeriet i form af af indskud af indskudskapital, garantier mv. til byggeriets finansiering samt herefter en løbende indtjening i hele byggeriets levetid i form af leje mv. for at stille lokaler til rådighed for kommunen og varetage driften af byggeriet. Der leveres således under såvel etablering som drift tjenesteydelser til kommunen, og kommunen yder vederlag herfor.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er tale om udbud af en kontrakt, men alene om en konkurrence om, hvilket alment boligselskab der skal stå for at købe en grund af kommunen og på denne grund opføre og efterfølgende drive 60 plejeboliger for egen regning. Forholdet er ikke omfattet af EU's udbudsregler, Tilbudsloven eller Klagenævnets kompetence i øvrigt. Det almene boligselskab, som skulle vælges, skulle efterfølgende være ordregiver, idet rådgivning og bygge- og anlægsarbejder vil blive udbudt efter Udbudsdirektivet. Der er ikke tale om en projektkonkurrence som beskrevet i Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 11, litra e, idet deltagerne i konkurrencen ikke som hovedydelse skulle levere tjenesteydelser til indklagede. Indklagede har ikke været forpligtet til at afholde en bygherrekonkurrence, og en sådan er i øvrigt ikke omfattet af Klagenævnets kompetence. Den omstændighed, at indklagede valgte at gennemføre en bygherrekonkurrence, fører heller ikke til, at udbudsreglerne finder anvendelse. At klagerne muligvis har en kommerciel interesse i at vinde konkurrencen, bevirker ikke, at der er tale om et aftaleforhold, der kan sidestilles med kontrakter omfattet af EU's udbudsregler. Vinderen af konkurrencen er en almen boligorganisation, der efter Almenboligloven ikke begiver sig af med kommerciel aktivitet med profit for øje.

Kirsten Thorup og Lars Tolstrup udtaler:

Klagenævnet har i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, kompetence til bl.a. at behandle klager over ordregivere for overtrædelse af fælleskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter.

Den bygherrekonkurrence, som indklagede har foranstaltet, har ikke til formål at indgå en offentlig kontrakt i den betydning, som udtrykket anvendes i § 1, stk. 1. Bygherrekonkurrencen, som indklagede i øvrigt, efter at § 116 i lov om almene boliger ved lov nr. 490 af 12. juni 2009 var blevet ophævet, ikke var forpligtet til at gennemføre, havde således ikke til formål at beslutte, hvilken virksomhed der skulle være kontraktpart i en offentlig tjenesteydelseskontrakt, men beslutte, hvilket almennyttigt boligselskab, der efterfølgende skulle være ordregiver under et udbud omfattet af Klagenævnets kompetence.

Vi stemmer derfor for at afvise klagen.

Niels Henriksen udtaler:

Som sagen er oplyst, finder jeg ikke, at de anbringender, som indklagede har gjort gældende, med tilstrækkelig styrke taler for, at indklagede ikke var bundet af Udbudsdirektivet i forbindelse med det udbud, som blev foranstaltet. Jeg lægger navnlig vægt på, at konkurrencen vedrører såvel driftsherre- som bygherrerollen, herunder bygherrerollen for den del af byggeriet, som ikke er omfattet af almenboligloven, og den sammenblanding af disse roller, som udbudsmaterialet er udtryk for.

Jeg stemmer derfor for ikke at afvise klagen.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig