

K E N D E L S E

1. MT Højgaard A/S
og
2. Skanska Danmark A/S
(advokat Christian Johansen, København)

mod

Fonden for Frederiksborgcentret - Hillerød
(advokat Casper Hauberg Grønnegaard, København)

Den 22. oktober 2004 iværksatte Fonden for Frederiksborgcentret- Hillerød en begrænset licitation vedrørende udvidelse af det eksisterende Frederiksborgcenter med nyt halkompleks på ca. 7.750 m². Tildelingskriteriet var fastsat til det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. november 2004 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. MT Højgaard A/S
2. Skanska Danmark A/S
3. Carlo Lorentzen A/S

Omkring årsskiftet 2004/2005 besluttede Fonden for Frederiksborgcentret-Hillerød at indgå kontrakt med Carlo Lorentzen A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 16. marts 2005.

Den 30. januar 2006 indgav klagerne, 1. MT Højgaard A/S og 2. Skanska Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Fonden for Frederiksborgcentret-Hillerød. Klagen har været behandlet på et møde den 18. august 2006.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Carlo Lorentzen A/S uden forinden at gennemføre EU-udbud.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at beslutte at indgå kontrakt med Carlo Lorentzen A/S uden forinden at gennemføre licitation i overensstemmelse med reglerne i Tilbudsloven.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede til hver af klagerne at betale 250.000 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har ligeledes efter sin endelige påstand vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse for påstand 3.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 og 2.

Sagens nærmere omstændigheder:

Om indklagede og ejerforholdet til den oprindelige bygning

Indklagede, der er stiftet den 1. januar 2001, har status som en erhvervsdrivende fond. Da fonden har et almennyttigt formål, og da Hillerød Kommune efter vedtægterne og den indgåede drifts- og samarbejdsaftale fører et omfattende tilsyn, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 28. december 2000 meddelt Hillerød Kommune, at fonden er undtaget fra Lov om Erhvervsdrivende Fonde i henhold til lovens § 1, stk. 5. Fonden er således ikke registreret som erhvervsdrivende fond i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens register og er fritaget for at betale skat.

Af indklagedes vedtægter fremgår:

»

§ 1

Navn

Fondens navn er »Fonden for Frederiksborgcentret - Hillerød«

.....

§ 4

Formål

Stk. 1

Formålet med fonden er på basis af en drifts- og samarbejdsaftale med Hillerød Kommune under hensyn til almennyttige interesser at drive, vedligeholde og udvikle Frederiksborgcenter-området, som nærmere defineret i omtalte drifts- og samarbejdsaftales § 3.

Stk. 2

Fonden skal igennem driften søge at fremme følgende formål

- Tilgodese Hillerød Kommunes sportslige, kulturelle og generelle erhvervsmæssige interesser, blandt andet ved udlån/ udlejning til sport, ungdomsarbejde, møder, udstillinger, konferencer mv.
- Sikre en effektiv ressourceanvendelse og en optimal udnyttelse af faciliteterne
- Arbejde for at udvide faciliteterne i området i samarbejde med Hillerød Kommune, for eksempel foretage til- og nybygning.

...

§ 6

Økonomisk grundlag for driften

Det økonomiske grundlag for driften tilvejebringes ved tilskud fra Hillerød Kommune, ved udlejning samt ved overskud fra arrangementer mv. Tilskuddet fra Hillerød Kommune udgør langt den største indtægtskilde.

§ 7

Udpegning og valg af bestyrelsesmedlemmer

Stk. 1

Fonden ledes af en bestyrelse på 6 personer. Dog således, at bestyrelsen udvides med i eller flere medlemmer, såfremt der i medfør af Aktieselskabsloven vælges medarbejderrepræsentanter.

Stk. 2

Hillerød Byråd udpeger blandt Byrådets medlemmer

- 2 medlemmer, heraf skal den ene være borgmesteren

Stk. 3

Hillerød Erhvervsråd udpeger

- 3 medlemmer, heraf skal de to have idrætsmæssig baggrund

Stk. 4

Brugerne vælger

- 1 medlem samt en suppleant

...

§ 12

Tilsyn

Hillerød Kommune fører tilsyn med fonden, herunder med at driften fremmer det i denne vedtægt fastsatte formål, jf. drifts- og samarbejdsaftalens § 8.

§ 13

Budget og regnskab

Fondens regnskabsår følger kalenderåret. Procedure og frister for budget og regnskab fastlægges nærmere i drifts- og samarbejdsaftalen.

...

Regnskabet revideres af den til enhver tid af Hillerød Kommune antagne revisor

...

§ 15

Vedtægtsændring og opløsning

Stk. 1

Vedtagelse af vedtægtsændring og af Fondens opløsning kræver 2/3 flertal i bestyrelsen og skal efterfølgende godkendes af Hillerød Byråd.

Stk. 2

I tilfælde af Fondens opløsning er Hillerød Kommune forpligtet til at overtage Fondens aktiver vederlagsfrit mod samtidig at overtage samtlige gældsforpligtelser og anvende eventuel egenkapital i overensstemmelse med Fondens formål.

§ 16

Ikrafttræden

Denne vedtægt træder i kraft 1/1 2001 efter godkendelse af Hillerød Byråd.«

I den nævnte drifts- og samarbejdsaftale, der blev indgået mellem Hillerød Kommune og indklagede (i aftalen benævnt »Frederikborgcentret-Hillerød«) i forbindelse med fondens stiftelse, hedder det bl.a.:

»

§ 3

Aftalens fysiske afgrænsning

Stk. 1

Frederiksborgcenter-området omfatter følgende bygninger og anlæg:

- Frederiksborghallen
- Hillerød Badmintonhal
- Hillerød Svømmehal
- Hillerød Tenniscenter
- FIF's klubhus
- Udendørs boldbaner
- Bueskydningsbanen
- P-pladser og grønne områder
- Samt evt. ny- og tilbygninger

Stk. 2

De nævnte bygninger og anlæg ejes af Hillerød Kommune og stilles med denne aftale vederlagsfrit til rådighed for Frederiksborgcentret - Hillerød.

Stk. 3

Enhver til- og nybygning, der kræver byggetilladelse, skal godkendes af Hillerød Byråd, og evt. til- og nybygninger tilhører Hillerød Kommune.

...

§ 4

Drift

Stk.1

Frederiksborgcentret - Hillerød forestår med virkning fra den 1. januar 2001 driften af hele Frederiksborgcenter-området (jf. § 3), herunder vedligeholdelse og administration.

.....

Stk. 4

Drift af restaurant, cafeterier og kiosker indgår i den samlede drift af Frederiksborgcenter-området, evt. via forpagtningsaftale.

.....

§ 5

Driftstilskud

Stk.1

Til at forestå driften af Frederiksborgcenterområdet i henhold til § 2 og § 4 i denne aftale yder Hillerød Kommune et årligt driftstilskud, udbetalt i 2 rater pr. 1. januar og 1. juli.

Stk. 2

Driftstilskuddets størrelse fastsættes årligt af Hillerød Byråd i forbindelse med budgetvedtagelsen i oktober måned. Beløbet vil blive fremskrevet i lighed med kommunens øvrige budget.

Stk. 3

For 2001 ydes et driftstilskud på i alt kr. 11.297.291. I forbindelse med udbetalingen tillægges beløbet 9 % i momsandel.

§ 6

Benyttelse af bygninger og anlæg

Stk. 1

Baner og lokaler stilles til rådighed for idræts- og kulturforeninger i Hillerød Kommune, offentlig adgang og generelle erhvervsmæssige formål under hensyntagen til de nærmere specifikationer i tillæg til denne aftale...

§ 8

Tilsyn

Stk. 1

Tilsyn med vedligeholdelse og teknisk drift

Der nedsættes en tilsynsgruppe til vejledning og kontrol med henblik på koordinering og rådgivning omkring områdets tekniske drift og vedligeholdelse samt tilsyn med områdets vedligeholdelsesmæssige standard. Standarden skal holdes på mindst det nuværende niveau.

Tilsynsgruppen består af repræsentanter for Hillerød Kommune ved Teknik, Børn og Kultur samt Frederiksborgcentret - Hillerød. Gruppen nedsættes umiddelbart efter denne aftales ikrafttrædelse og på initiativ af Hillerød Kommune.

Stk. 2

Tilsynsgruppen samt øvrige repræsentanter for Hillerød Kommune skal til enhver tid have fri og uhindret adgang til alle bygninger og anlæg i hele Frederiksborgcenter-området. Endvidere skal tilsynsgruppen samt øvrige repræsentanter for kommunen have ret til at få alle oplysninger, der er nødvendige for at føre tilsyn med anlægget herunder at påse at driften foregår på en forsvarlig måde samt at bestemmelserne i denne aftale overholdes.

Stk. 3

Der afholdes tilsyn fast hvert år i maj og oktober måned på initiativ af Hillerød Kommune og ellers efter behov.

Stk. 4

Tilsyn med drift og varetagelse af fondens formål

Hillerød Byråd fører tilsyn med at driften sker i henhold til fondens vedtægter og bestemmelserne i drifts- og samarbejdsaftalen.

.....«.

Ved brev af 29. oktober 2004 til Statsamtet København, Tilsynet, søgte Hillerød Kommune om tilsynets tilladelse til at overdrage Frederiksborghallen – det vil sige den oprindelige bygning – til indklagede til ejendomsværdien på 36 mio. kr. Tilsynet udtalte ved brev af 16. november 2004, at Hillerød Kommune i første omgang måtte overveje, om overdragelsen var omfattet af § 2, stk. 2, nr. 5, i bekendtgørelse nr. 472 af 20. juni 1991 om offentligt

udbud ved salg af kommunens faste ejendomme. Ifølge denne bestemmelse kan offentligt udbud undlades - uden tilsynsmyndighedens samtykke - ved salg af fast ejendom til institutioner m.v., som kommunen lovligt kan yde støtte, mens salg af en kommunes faste ejendomme i øvrigt ikke må ske uden forudgående offentligt udbud, jf. § 68, stk. 1, 1. pkt. i Den kommunale Styrelseslov. Dog kan offentligt udbud efter bekendtgørelsens § 2, stk. 3, undlades *med* tilsynsmyndighedens samtykke ved salg, hvor der i øvrigt foreligger særlige forhold.

Hillerød Kommune anmodede herefter den 30. november 2004 Tilsynet om samtykke til overdragelse af den oprindelige bygning uden offentligt udbud efter § 2, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 472 af 20. juni 1991. Det anføres i anmodningen:

»...

Fonden for Frederiksborgcentret står selv for driften af centrets restaurant. Med de aktuelle planer om udbygning af Frederiksborghallen er det desuden planen, at centret skal stå for udlejning af lokaler til et lokalt fitnesscenter. Efter Hillerød Kommunes opfattelse ligger disse to opgaver uden for kommunalfuldmagtens rammer for kommunal virksomhed, hvilket er baggrunden for vores anmodning...

Det er Hillerød Kommunes opfattelse at planerne om udbygningen af Frederiksborghallen kan sidestilles med eksemplet i udbudsvejledningen, fordi det ikke vil være muligt at finansiere og dermed realisere projektet uden at overdrage ejendommen til FrederiksborgCentret [indklagede]. Det er samtidig Hillerød kommunes opfattelse, at der på grund af den omfattende kommunale indflydelse på ejendommens drift og begrænsningerne i ejendommens anvendelsesmuligheder næppe vil være andre potentielle tilbudsgivere og at det derfor vil være ubetænkeligt at undlade at udbyde ejendommen.

...«

Ved brev af 14. december 2004 afslog tilsynsmyndigheden at give samtykke til overdragelsen af den oprindelig hal til indklagede uden offentligt udbud, allerede fordi betingelsen om, at salget skulle ske til markedspris, ikke var opfyldt. I brevet anføres under overskriften »Lovligheden af den kommunale støtte« bl.a.:

»...

Det fremgår endvidere af kommunens oplysninger, at Hillerød kommune forventer at yde FrederiksborgCentret et kontant tilskud på ca. 12-15

mill. kr. til byggeriet [af det nye halkompleks], og at dette tilskud er fastsat forholdsmæssigt i forhold til den del af udgiften, der kan henføres til kommunen, samt at kommunen yder fonden et tilskud til driften på ca. 4 mill. kr. årligt.

Kommunen har herudover telefonisk oplyst, at fondens låneoptagelse i forbindelse med udbygningen af Frederiksborghallen er omfattet af kommunens låneramme.

...

Hillerød Kommune kan således efter Tilsynets opfattelse ikke støtte Fonden for FrederiksborgCentret ved at lade handlen finansiere ved et rente- og afdragsfrit lån og ved at yde et kontant tilskud til byggeriet, med mindre fonden udelukkende varetager opgaver, som kommunen selv kan varetage.

...«

Det er under mødet i Klagenævnet oplyst, at Hillerød Kommune herefter udbød den oprindelige bygning til salg, at indklagede var eneste bydende med et bud på 36 mio. kr., men at det herefter ikke var muligt at få finansieringen på plads på grund af det deponeringskrav, som Indenrigsministeriet stillede til Hillerød Kommune. Resultatet er derfor fortsat, at kommunen vederlagsfrit har lejet den oprindelige bygning ud til indklagede på en 30-årig lejekontrakt, og at kommunen så lejer sig ind i denne bygning i det omfang, det er nødvendigt.

Regnskabsmæssige oplysninger

Af resultatopgørelsen for 2003 fremgår, at indklagede i dette regnskabsår havde samlede indtægter på 18.542.179 kr. Heraf udgjorde det kommunale driftstilskud 4.855.506 kr., lejeindtægter 13.680.680 kr. og diverse andre indtægter 5.981 kr. Af noten til posten »Lejeindtægter« fremgår, at der i dette beløb indgik »Sportsarrangementer og sportstræning, kommunen«, »Andre arrangementer, Kommunen« og »Mødelokaler/festsal, Kommunen« med i alt 8.621.642 kr. Årets resultat var negativt med 960.643 kr., og balancen viste en negativ egenkapital på 1.609.971 kr.

Af indklagedes »Budget 2004 med budgetforklaringer« fremgår, at der for regnskabsåret 2004 er budgetteret med samlede indtægter på 19.177.186 kr. Heraf udgør et kommunalt driftstilskud 4.629.484 kr., lejeindtægter 14.543.702 kr. og diverse andre indtægter 4.000 kr.

Resultatopgørelsen for regnskabsåret 2004 viser samlede indtægter på 20.073.313 kr. Heraf udgjorde det kommunale driftstilskud 4.613.484 kr., lejeindtægterne 14.987.336 kr. og diverse andre indtægter 472.493 kr. Af noten vedrørende posten »lejeindtægter« fremgår, at 9.276.863 kr. af det samlede beløb hidrørte fra kommunen. Årets resultat var positivt med 409.841 kr. Balancen viste en negativ egenkapital på 1.197.955 kr.

Om den gennemførte licitation

I licitationsbetingelserne af 22. oktober 2004 er anført følgende vedrørende »Alternative forslag«:

- » Der kan udarbejdes alternative forslag. Afgives der alternativt tilbud, skal det klart fremgå, hvori alternativet består, og hvad de fysiske tekniske og økonomiske konsekvenser af alternativet er.«

Om »Forhandlinger med de bydende« er anført:

- »I forbindelse med valg af økonomisk mest fordelagtige tilbud forbeholder bygherren sig ret til at gennemføre forhandlinger i henhold til lov om tilbudsindhentning i bygge- og anlægssektoren med tilhørende bekendtgørelser.«

Af Rettelsesblad nr. 2 af 11. november 2004 fremgår bl.a.:

- » Spørgsmål 1:

Der ønskes oplyst en budgetpris på totalentreprenørudgiften.

Svar:

Bygherren har budgetteret med en udgift på kr. 53.000.000,- excl. moms.«

Af Rettelsesblad nr. 3 af 22. november 2004 fremgår bl.a.:

- » Spørgsmål 12:

Er budgettet på de 53 mio. kr., som virker meget lavt, at forstå som en endelig grænse, eller vil der blive taget hensyn til projekter, hvor arkitekturen fordrer, at prisen er højere? Alternativt kan bygherren foreslå en prioriteret besparelsesliste, f.eks. CTS, inventar, etc.?

Svar:

Som oplyst i rettelsesblad nr. 2 har bygherren bud-
getteret med en udgift på kr. 53.000.000,- excl.
moms.«

Tilbudene fra de 3 tilbudsgivere blev åbnet den 30. november 2004. Herefter besvarede tilbudsgiverne er række uddybende spørgsmål, og tilbudsgiverne fik ved 3 særskilte møder den 8. december 2004 lejlighed til at præsentere deres forslag for bedømmelsesudvalget.

Bedømmelsesudvalget foretog herefter en vurdering af de 3 tilbud på baggrund af mundtlige indstillinger fra ingeniør Allan Almbjerg, der er ansat hos indklagedes tekniske rådgiver Allan Almbjerg A/S. Der blev ikke udfærdiget en samlet skriftlig vurdering eller sammenligning af de 3 tilbud, og Allan Almbjergs indstillinger blev ikke meddelt tilbudsgiverne.

Tilbudsgiverne havde tilbudt følgende priser (eks. moms):

MT Højgaard A/S :	60.800.000 kr.
Skanska Danmark A/S:	58.120.000 kr.
Carlo Lorentzen A/S:	52.020.380 kr.

Et »alternativt tilbud« fra Carlo Lorentzen A/S, som fremkom efter forhandling, men som er dateret den 30. november 2004, lyder på 53.940.380 kr.

På grundlag af en mundtlig indstilling fra ingeniør Allan Almbjerg, der var medlem af bedømmelsesudvalget, besluttede indklagede at indgå kontrakt med Carlo Lorentzen A/S på grundlag af denne tilbudsgivers alternative projektforslag.

Den 15. december 2004 skrev klager 1 således til Allan Almbjerg A/S:

»Frederiksborgcentret i Hillerød - Udvidelse 2004

Jf. behagelig telefonsamtale d.d. ønsker MT Højgaard, der har brugt et betydeligt beløb (over kr. 200.000) på at udarbejde tilbudet, at få en fair behandling i forbindelse med tilbud, forhandling og kontrahering af Frederiksborg Centrets udvidelse 2004, herunder at lov om tilbudsindhentning overholdes, særligt lovens § 7 og bekendtgørelsens § 11.

Da vi ikke har fået hovedsummerne fra de øvrige bydende at vide ved åbningen af tilbudene, har vi ikke mulighed for at bedømme vores pris-mæssige placering, men vi har et indtryk af, at vi har udarbejdet det bedste projekt, og ønsker derfor, at projekterne bliver evalueret i forhold til udbudsbeskrivelsens pkt. 3.8, hvor projektet spiller en vigtig rolle.

....«

Ved brev af 16. december 2004 besvarede ingeniør Allan Almberg henvendelsen bl.a. således:

»Vedr.: FredenksborgCentret i Hillerød.

...Samtidigt må vi må henlede Deres opmærksomhed på, at totalentreprisen ikke er udbudt i henhold til lov om tilbudsindhentning

Vi har jvnf. beskrivelsens pkt. 3.9 anført bygherrens ret, men ikke forpligtelse: »i forbindelse med valg af økonomisk mest fordelagtige tilbud forbeholder bygherren sig ret til, at gennemføre forhandlinger i henhold til lov om tilbudsindhentning i bygge- og anlægssektoren med tilhørende bekendtgørelser«.

...

....«

Ved brev af 8. april 2005 til indklagede fastholdt klager 1, at Tilbudslovens regler skulle have været fulgt.

Indklagedes advokat besvarede den 3. maj 2005 brevet bl.a. således:

»...

Det var min vurdering, at FrederiksborgCentret Hillerød ikke i henhold til EU-retlige regler er et offentligretligt organ, idet der i så henseende ikke forelå den fornødne offentlige kontrol, ligesom betingelserne for driftsstøtte ikke var opfyldt. Jeg konkluderede på den baggrund, at udbudet ikke var omfattet af de EU-retlige regler. Derimod ville FrederiksborgCentret modtage offentlig støtte til de påtænkte byggearbejder, hvorfor udbudet var omfattet af tilbudsindhentningslovens regler. Udbudet er derfor efter det for mig oplyste foretaget i overensstemmelse hermed.

Jeg har ikke været orienteret om det konkrete udbud, og så snart jeg har drøftet denne del af det af MT Højgaard rejste spørgsmål, skal jeg nærmere orientere om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele, jf. hertil tilbudsindhentningslovens § 12.«

Den 12. maj 2005 skrev klager 1 til indklagede og erklærede sig enig i, at »udbudet var omfattet af tilbudsindhentningsloven«. I brevet anføres, at det

endvidere var denne klagers vurdering, at »udbudet var omfattet af udbuds-direktiverne«.

Den 18. august 2005 rykkede klager 1 for besvarelse af brevet af 12. maj 2005.

Den 25. august 2005 sendte indklagede et notat dateret august 2005 og udarbejdet af ingeniør Allan Almbjerg til klager 1. I den del af notatet, der vedrører bedømmelsesudvalgets indstilling, hedder det bl.a.:

- » Ad.pkt.3 Tilbudspriser iht. tilbudslisterne.
 Det tilbudte projekt fra Carlo Lorentzen A/S overholder den udbudte budgetpris. Tilbudet er knap 1 million billigere end det udbudte budget. Tilbudssum i alt kr. 52.020.380,- excl. moms.
 MT Højgaard A/S tilbud er knapt 8 million kr. dyrere end den udbudte budgetpris. Hvortil kommer, at tilbudet ikke inkluderer det i projektet viste hovedindgangsparti, samt nødvendige foldevægge og låsesystemer.

- Ad.pkt.5 Vurdering af eventuelle afvigelser fra byggeprogram-mets anvisninger.
 Det tilbudte projekt fra Carlo Lorentzen A/S overholder med mindre ubetydelige undtagelser byggeprogrammets anvisninger.
 Det tilbudte projekt fra MT Højgaard A/S overholder med ikke byggeprogrammets anvisninger m.h.t foldevægge og låsesystemer.

- Ad.pkt.7 Vurdering af detailtidsplan.
 Det tilbudte projekt fra Carlo Lorentzen A/S overholder den udbudte tidsplan.
 MT Højgaard A/S tilbud overholder ikke den udbudte tidsplan, hvortil kommer at der er taget forbehold for dagbod.
«

Om finansieringen af og ejerforholdet til det nye halkompleks

Af protokoludskrift vedrørende et møde i Hillerød Byråd den 26. januar 2005 fremgår under punktet »FrederiksborgCentret – udbygning« bl.a.

»...

Økonomiudvalget skal nu genbehandle sagen om Frederiksborgcentrets udbygning, herunder fastlægge dets indstilling til byrådet om, hvorvidt den valgte model skal gennemføres på den måde, som vil blive skitseret af administrationen...

...

Status – primo januar 2005:

Administrationen vurderer nu at lovgivningen og den praktiske realisering af projekt 2 [det nye halkompleks] omfatter konkrete udredninger af følgende forhold:

- Salg af Frederiksborgcentret på markedsvilkår og ved udbud.
- Model for forøgelse af tilskud p.g.a. FrederiksborgCentrets afdragsbyrde til kommunen
- Indhold og betingelser for årslejeaftale om Frederiksborghallen, svømmehal m.v.
- Indhold og betingelser for lejeaftale på ny tilbygning
- Hovedtræk i de fremtidige vedtægter, formål og tilsynsforpligtelser

...

Under forudsætning af Økonomiudvalgets indstilling til projektets gennemførelse, genfremsætter Økonomiudvalget endvidere indstilling til Byrådet om tillægsbevilling på 3 mio. kr. (i selvstændig sag)

...«

Af protokoludskrift vedrørende et møde i Hillerød Byråd den 16. marts 2005 fremgår under overskriften »FrederiksborgCentrets udbygning – valg af finansieringsmodel«:

»Byrådet besluttede, at FrederiksborgCentret skal stå for en udbygning af Frederiksborghallen. FrederiksborgCentret bliver ejer af tilbygningen, der skal opføres på et areal, som Hillerød Kommune udlejer til FrederiksborgCentret

Byrådet besluttede desuden, at Hillerød Kommune skal leje lokaler i tilbygningen til bordtennis og kampsport på en 10 årig leje[kontrakt].«

Af et lånetilsagn på et byggelån op til 60 mio. kr. – vedrørende det nye halkompleks - fra Lokalbanken i Hillerød A/S til indklagede, dateret den 14. marts 2005, fremgår:

» Omstående er bevilget under forudsætning af, at følgende modtages/forevises:

- Efterfølgende værdiansættelse af LR Realkredit
- Banken modtager tilsagn fra LR Realkredit på realkreditlån kr. 36 mio.
- Endelig lejekontrakter.
- Grundlejekontrakt uopsigelig minimum 30 år

- Tilrettet budget fremsendes og viser en tilfredsstillende drift

Det er endvidere en forudsætning, at bestyrelsen for Fonden for Frederiksborg Centret skal overfor banken bekræfte, at § 15 i Fondens vedtægter, ikke uden bankens skriftlige accept, vil blive ændret så længe engagementet i banken består – erklæring overfor banken skal ligeledes tiltrædes af eventuelt nye bestyrelsesmedlemmer i Fonden.«

I en Drifts- og samarbejdsaftale indgået mellem Hillerød Kommune og indklagede den 28. marts 2006 med ikrafttræden den 1. januar 2006 hedder det:

»

§ 3

Aftalens fysiske afgrænsning

Stk. 1 FrederiksborgCenter-området omfatter følgende bygninger og anlæg:

1. Frederiksborghallen
2. Hillerød Badmintonhal
3. Hillerød Svømmehal
4. Hillerød Tenniscenter
5. FIF's klubhus
6. udendørs boldbaner
7. Bueskydningsbane
8. P-pladser og grønne områder
9. samt eventuelle ny – og tilbygninger samt
10. bygning indeholdende udstillingshal, kampsportslokaler, bordtennislokaler, administrationslokaler, klublokaler samt lokaler til udlejning.

...

Stk. 2 De nævnte bygninger og anlæg ejes af Hillerød Kommune med undtagelse af den under ovennævnte punkt 10 nævnte bygning, der ejes af FrederiksborgCentret. De af kommunen ejede bygninger og anlæg stilles med denne aftale vederlagsfrit til rådighed for Frederiksborgcentret.

.....

§ 12

Ikrafttrædelse

Stk. 1 Aftalen træder i kraft 1. januar 2006 og erstatter den tidligere indgåede drifts- og samarbejdsaftale af 1. januar 2001.

...«

Direktør Carsten Larsen, indklagede, har forklaret, at det i 2004 stod klart, at Hillerød Kommune havde brug for mere plads til nogle sportsgrene.

Samtidig lå drift af et fitnesscenter og en klinik for fysioterapi uden for kommunens opgaver. Uanset at det i den dagældende samarbejdsaftale står, at tilbygninger også skulle ejes af kommunen, lå det derfor helt klart, at det var indklagede, der skulle finansiere tilbygningen. Fonden havde ingen egenkapital, og da fonden bød 36 mio. kr. på den oprindelige bygning, forlangte Indenrigsministeriet, at kommunen skulle deponere et tilsvarende beløb. Den oprindelige bygning ejes derfor fortsat af kommunen. Den nye tilbygning ejes derimod af indklagede og er finansieret ved rent banklån. Kommunen, der fortsat ejer grunden, lejer sig så også ind i en del af tilbygningen, mens fonden, der altså ejer tilbygningen, omvendt vederlagsfrit har lejet sig ind på grunden på en 30-årig lejekontrakt. Den lejeindtægt fra kommunen, som fremgår af regnskaberne og budgettet, dækker indklagedes driftsomkostninger. Den tillægsbevilling på 3 mio. kr., der er omtalt i protokollatet fra byrådsmødet den 26. januar 2005, angår kommunens lejekontrakt vedrørende tilbygningen, altså det nye halkompleks. Hvis kommunen ikke ville leje sig ind i det nybyggede i en periode på 10 år, kunne der slet ikke være blevet bygget til, for det skulle jo finansieres. Indklagede bruger selv ca. 1/3 af bygningen til administration og drift af et cafeteria. En anden tredjedel er lejet ud til bl.a. Hillerød Fysioterapi- og Træningscenter, mens kommunen har lejet den sidste tredjedel på ca. 2.300 m². Den pris, som kommunen lejer til, ligger under, hvad de eksterne lejere betaler.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klagerne har gjort gældende, at indklagede er et offentligretligt organ omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet.

Om det gennemførte forløb har indklagede anført, at Carlo Lorentzen A/S' første tilbud er en nøje gengivelse af de tegninger, der fulgte med udbudsmaterialet, hvorimod tilbudet fra klager 1 indeholder en række ændringer i forhold hertil. Det tilbud fra Carlo Lorentzen A/S, som blev antaget, og som først er indgået i januar 2005, ligger tæt op ad tilbudet fra klager 1.

Klagerne har om Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, litra b, nærmere anført, at indklagede er en selvstændig juridisk person, der har til opgave at opfylde almenhedens behov.

Vedrørende bestemmelsens finansieringskriterium har klagerne navnlig henvist til indklagedes vedtægter, hvorefter tilskud fra Hillerød Kommune udgør »langt den største indtægtskilde«. Såfremt de indtægter, der vedrører fra kommunen, medregnes, stammer langt over halvdelen af indklagedes indtægtsgrundlag i det relevante tidrum – 2004 – fra kommunen. Kommunens lejebetaling er i realiteten et driftstilskud.

Vedrørende bestemmelsens såkaldte kontrolkriterium har klagerne navnlig anført, at indklagede er undtaget fra Lov om Erhvervsdrivende Fonde i medfør af lovens § 1, stk. 5, og der er derfor en formodning for, at indklagede er underkastet tilsyn i tilstrækkeligt omfang.

Vedrørende bestemmelsens såkaldte udpegningskriterium har klagerne anført, at indklagedes ledelsesorgan ikke for mere end halvdelen vedkommende er udpeget af kommunen. Formelt set er kriteriet derfor ikke opfyldt. Imidlertid fremgår det, at beslutningen om tilbygningen reelt er truffet af Hillerød Byråd. Dette underbygges af, at indklagedes kontrakt med Carlo Lorentzen A/S blev underskrevet den 16. marts 2005, så snart byrådets godkendelse på mødet samme dag forelå, skønt beslutningen om at indgå kontrakt efter det oplyste var truffet allerede ved årsskiftet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke er omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet, da indklagede ikke er et offentligretligt organ.

Indklagede er en juridisk person, som varetager almenhedens behov, men i øvrigt er betingelserne i direktivets artikel 1, litra b, ikke opfyldt.

Om bestemmelsens finansieringskriterium har indklagede anført, at indklagede ikke på det relevante tidspunkt modtog mere end halvdelen af sine indtægter fra kommunen. Det følger af retspraksis fra EF-domstolen, herunder navnlig dom af 3. oktober 2000, sag C-380/98, University of Cambridge, at kun beløb, som modtages uden særlig modydelse, skal indgå i beregningen. Lejeindtægterne fra kommunen skal derfor ikke medregnes.

Vedrørende bestemmelsens kontrolkriterium har indklagede anført, at fondslovningens regler ikke er relevante i udbudsretlig sammenhæng. Der kan således ikke slutes fra det faktum, at indklagede er undtaget fra Lov om Erhvervsdrivende Fonde i medfør af lovens § 1, stk. 5, til, at indklagede er underlagt kontrol i den forstand, som omhandles af direktivets artikel 1, litra b.

Endelig har indklagede vedrørende det såkaldte udpegningskriterium anført, at indklagedes bestyrelse ikke for mere end halvdelens vedkommende er udpeget af kommunen.

Ad påstand 2

Klagerne har gjort gældende, at byggeriet af det nye halkompleks i det hele er finansieret af Hillerød Kommune. Efter Tilbudslovens § 1, stk. 2, finder denne lov anvendelse, såfremt der blot er ydet offentlig støtte til den bygge- og anlægsopgave, det drejer sig om, og der skulle således – såfremt der ikke skulle have været gennemført EU-udbud – i hvert fald have været gennemført en licitation efter Tilbudsløven.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er ydet offentlig støtte til byggeopgaven. Det var ganske vist oprindelig meningen, at Hillerød Kommune skulle finansiere en del af byggeriet, men sådan gik det ikke. Af samarbejdsaftalen fra den 28. marts 2006 fremgår således, at indklagede er ejer af det omhandlede byggeri, og af låneaftalen fremgår, at indklagede selv har finansieret byggeriet fuldt ud. Indklagede har derfor ikke været forpligtet til at gå frem efter Tilbudslovens regler. Det er en misforståelse, at kommunen skulle have stillet sin låneramme til rådighed. Kommunen anvender et andet pengeinstitut end det, der har finansieret tilbygningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indledningsvis bemærker Klagenævnet, at begrebet »offentligretligt organ« efter udbudsreglernes formål og EF-domstolens praksis skal forstås bredt, jf. dom af 27. februar 2003, sag C-373/00, Truley GmbH, præmis 43.

Efter Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, litra b, forstås ved »offentlig retligt organ« ethvert organ,

- hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- og forretningsmæssige område
- som er en juridisk person, og
- hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrationens, ledelses- eller tilsynsorganet.

Indklagede er en juridisk person, som har til opgave at varetage almenhedens behov som beskrevet.

Bestemmelsens øvrige tre kriterier er ikke kumulative. Det er således tilstrækkeligt, at blot et af kriterierne er opfyldt. Klagenævnet har imidlertid fundet det rettest at tage stilling til hvert enkelt kriterium.

Ad finansieringskriteriet

Afgørelsen af, om indklagede er et offentligretligt organ i direktivets betydning, må i sammenhæng med dette kriterium træffes på grundlag af de oplysninger, der forelå ved begyndelsen af det regnskabsår, hvori der tages skridt til at indhente tilbud, altså regnskabsåret 2004. Regnskabet for regnskabsåret 2003, budgettet for 2004 og det efterfølgende regnskab for 2004 tegner her i øvrigt i det store og hele samme billede, og udsvingene er ikke af afgørende betydning for denne sag.

Kommunen yder et betydeligt årligt tilskud til indklagedes drift, men ifølge regnskaberne udgør beløbet ikke i sig selv mere end halvdelen af indklagedes indtægter (nemlig for 2003 ca. 4,8 mio. kr. af i alt ca. 18,5 mio. kr. og for 2004 ca. 4,6 mio. kr. af i alt ca. 20 mio. kr.).

Det er herefter afgørende, om de »lejeindtægter«, som ligeledes hvert år er tilgået indklagede fra kommunen (nemlig i 2003 ca. 13,6 mio. kr. og i 2004 ca. 14,9 mio. kr.), er ydet uden særlig modydelse, således at beløbet – helt eller delvist – skal lægges til det ydede tilskud ved beregningen af, om mere end halvdelen af indklagedes indtægter stammer fra kommunen.

Hillerød Kommune var – og er, jf. oplysningerne om de forgæves bestræbelser på at overdrage den oprindelige bygning til indklagede – ejer af centrets oprindelige bygning og anlæg. Denne bygning og de tilhørende anlæg har herefter også i 2004 været udlejet vederlagsfrit til indklagede i overensstemmelse med samarbejdsaftalens § 3, stk. 2.

De lejeindtægter, der foreligger til bedømmelse, er således de indtægter, som indklagede har oppebåret fra kommunen for leje af lokaler m.v., som indklagede vederlagsfrit havde fået stillet til rådighed, ligeledes af kommunen.

Efter den forklaring, der er afgivet af indklagedes direktør, dækker »lejeindtægter« i regnskaberne for 2003 og 2004 samt budgettet for 2004 indklagedes driftsomkostninger.

På denne baggrund, og da indklagede ikke over for Klagenævnet har dokumenteret, at »lejeindtægter« *ikke* udelukkende er dækning for indklagedes driftsomkostninger, finder Klagenævnet det herefter tilstrækkelig sandsynliggjort, at indklagedes drift i 2004 for mere end halvdelens vedkommende var finansieret af kommunen.

Ad kontrolkriteriet

Indklagede er undtaget fra de krav, som fremgår af Lov om Erhvervsdrivende Fonde, i medfør af lovens § 1, stk. 5, der har følgende ordlyd:

»Fondsmyndigheden kan med erhvervsministerens samtykke bestemme, at en fond, som på anden måde end efter denne lov er undergivet offentligt tilsyn og økonomisk kontrol, helt eller delvis skal være undtaget fra loven.«

Klagenævnet finder, at det herefter må være udgangspunktet, at indklagedes drift er underlagt kommunens kontrol også i den betydning, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra b. Da indklagede ikke på nogen måde har afkræftet denne formodning, som støttes af sagens øvrige oplysninger, herunder f.eks. korrespondancen med tilsynsmyndigheden og byrådsreferaterne, anser Klagenævnet ligeledes bestemmelsens kontrolkriterium for opfyldt.

Ad udpegningskriteriet

Kun 2 af 6 medlemmer af indklagedes bestyrelse udpeges af kommunen. Betingelsen om, at mere end halvdelen af medlemmerne i indklagedes ledelsesorgan skal være udpeget af kommunen, er derfor ikke opfyldt.

Det følger af det ovenfor anførte, at Klagenævnet tager klagerens påstand 1 til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Fonden for Frederiksborgcentret-Hillerød, har handlet i strid med med Bygge- og anlægsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Carlo Lorentzen A/S vedrørende en udvidelse med en ny hal på ca. 7.750 m² uden forinden at gennemføre EU-udbud.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klagerne, 1. MT Højgaard A/S og 2. Skanska Danmark A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig