

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jens Fejø, Niels Henriksen)

J.nr.: 01-130.313

29. januar 2002

K E N D E L S E

Økonomi- og Erhvervsministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

mod

Farum Kommune
(advokat J. Korsø Jensen, København)

Sagen angår spørgsmålet, om nogle byggerier på Farum Park (stadion) og Farum Arena (sportshal) har skullet udbydes i henhold til direktiv 93/37 af 14. juni 1993 med senere ændringer om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (Bygge- og anlægsdirektivet). Klagen angår dels det principielle spørgsmål, om byggerierne er omfattet af udbudspligten i henhold til direktivet, hvis deres værdi er nået op på eller har oversteget direktivets tærskelværdi, dels spørgsmålet om byggeriernes forhold til tærskelværdien.

Klagen er indgivet af klageren (da By- og Boligministeriet) ved klageskrift af 18. juni 2001. Sagen har været behandlet på et møde den 11. december 2001.

Efter Klagenævnets bestemmelse har den mundtlige forhandling den 11. december 2001 kun angået spørgsmålet, om de pågældende byggerier har skullet udbydes i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, hvis deres værdi er nået op på eller har oversteget direktivets tærskelværdi, og denne kendelse angår derfor kun dette spørgsmål. Kendelsen tager således ikke stilling til byggeriernes forhold til tærskelværdien, og Klagenævnet vil behandle dette spørgsmål efter kendelsens afsigelse.

Til brug for denne kendelse har Økonomi- og Erhvervsministeriet nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet anmodes om at fastslå, at indklagede i forbindelse med opførelsen af Farum Park og Farum Arena – forudsat at Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdier er overskredet – har handlet i strid med bekendtgørelse om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter i Den Europæiske Union, jf. lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb m.v., ved ikke at bringe de indgåede bygge- og anlægsentrepriser i udbud i overensstemmelse med Bygge- og anlægsdirektivet.

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

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

Farum Park (stadion) og Farum Arena (sportshal) ejedes af Farum Kommune, men er som led i såkaldte sale and lease back-arrangementer blevet solgt til Finansieringsinstituttet for Industri og Håndværk A/S (FIH) i forbindelse med nogle af de byggerier, som sagen angår.

A. Med hensyn til Farum Park (stadion) drejer sagen sig om følgende:

A.1. Opførelse af en ny nordtribune med forskellige tilhørende lokaler i 1999

Ifølge kommunens angivelse foretog kommunen EU-udbud af dette byggeri i oktober 1998, mens kommunen stadig var ejer af ejendommen. Der er ikke forelagt nærmere oplysninger om det pågældende udbud.

I februar 1999 solgte kommunen ejendommen til FIH med overtagelsesdag 1. februar 1999. Salget skete på baggrund af et fælles tilbud fra FIH og entreprenørfirmaet H. Hoffmann & Sønner A/S om køb af ejendommen og udførelse af det omhandlede byggeri.

Salget af ejendommen til FIH var et led i et sale and lease back-arrangement, der i hovedtræk går ud på følgende:

Samtidig med salget blev der indgået en lejekontrakt om kommunens leje af ejendommen. I lejekontrakten er anført, at kommunen skulle opføre en ny tribune m.m. i overensstemmelse med det omtalte tilbud, men at FIH skulle betale udgiften herved. Af lejekontrakten fremgår desuden bl.a., at kommunen kan tilbagekøbe ejendommen efter 20 år på nærmere angivne vilkår.

Kommunen kan før udløbet af 20-års perioden ophæve lejemålet og tilbagekøbe ejendommen på nogle særlige vilkår.

I lejekontrakten er endvidere bl.a. anført, at kommunen kan foretage ændringer eller udbygninger på ejendommen i henhold til sit skøn. Selvom det ikke synes at fremgå udtrykkeligt af lejekontrakten, er det forudsat, at FIH ikke kan udføre bygningsmæssige ændringer på ejendommen uden kommunens samtykke.

Det fremgår desuden bl.a. af lejekontrakten, at lejen er fastsat som svarende til FIH's rente for 20-årige lån.

Det kan efter sagens oplysninger lægges til grund, at det pågældende sale and lease back-arrangement er udtryk for en finansieringsform, dvs. finansiering af byggeriet over 20 år, og at de nærmere vilkår er sædvanlige for sale and lease back-arrangementer.

I henhold til en fremlejeret i lejekontrakten fremlejede kommunen senere i 1999 ejendommen til Farum Boldklub A/S.

A.2. Opførelse af en vesttribune med forskellige lokaler senere i 1999 og i 2000

Denne opførelse blev foretaget af FIH som bygherre og med H. Hoffmann & Sønner A/S som entreprenør.

Opførelsen skete med kommunens godkendelse, og der blev som følge af opførelsen gennemført regulering af lejen for kommunens lejemål med FIH og af lejen for Farum Boldklub A/S' fremlejemål med kommunen.

A.3. Opførelse i 2000 og 2001 af øst- og sydtribuner med forskellige lokaler

Denne opførelse skete ligeledes med kommunens godkendelse og med FIH som bygherre og H. Hoffmann & Sønner A/S som entreprenør.

Klagenævnet forstår sagens oplysninger sådan, at der også som følge af denne opførelse skete regulering af lejen for kommunens lejemål med FIH og af lejen for Farum Boldklub A/S' fremlejemål med kommunen.

B. Med hensyn til Farum Arena (sportshal) drejer sagen sig om følgende:

I januar 2000 solgte kommunen en byggegrund til FIH. Det var et led i aftalen, at FIH skulle opføre en sportshal på grunden, og at kommunen skulle leje ejendommen af FIH. Sportshallen blev opført med FIH som bygherre og med Skanska Jensen A/S som entreprenør.

Efter det oplyste har kommunen lejet ejendommen af FIH og har fremlejet ejendommen til Farum Boldklub A/S. Der er ikke fremlagt nærmere oplysninger om disse lejemål, men ifølge kommunens angivelser er der også for denne ejendoms vedkommende tale om et sale and lease back-arrangement på sædvanlige vilkår, svarende til vilkårene med hensyn til Farum Park.

Tilsynsrådet for Frederiksborg Amt har i en afgørelse af 7. december 2001 taget stilling til forholdet mellem reglerne for kommuners optagelse af lån og Farum kommunes dispositioner vedrørende Farum Arena og Farum Park. Det fremgår af tilsynsrådets afgørelse, at sale and lease back-aftaler er omfattet af reglerne for kommuners optagelse af lån, og at Farum Kommune på denne baggrund har pligt til at deponere et nærmere angivet beløb i henhold til lånereglerne.

Parterne har i skriftvekslingen og under den mundtlige forhandling for Klagenævnet gjort rede for deres synspunkter.

Økonomi- og Erhvervsministeriets synspunkter går i hovedtræk ud på: Det bestrides ikke, at ejerskabet over de to ejendomme, som sagen angår, er overgået til FIH. Med hensyn til alle de byggerier, som sagen drejer sig om, er det imidlertid kommunen, der har bestemmelsesretten, og som har den økonomiske risiko. Da kommunen er en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, følger det herefter direkte af direktivet, at byggerierne er omfattet af udbudspligten i henhold til direktivet, jf. ikke mindst direktivets artikel 1, litra a), sidste sætning. Der kan i denne forbindelse også henvises til EF-domstolens dom af 12. juli 2001 i sagen *Ordine degli Architetti delle Province di Milano et Lodi (Ordine)*. Det er ikke nødvendigt at komme ind på omgængelsessynspunkter, men hvis byggerierne ikke skulle være udbudspligtige, kan man se væk fra udbudspligten ved ethvert lejeforhold. Det må erkendes, at der er et gråt område med hensyn til udbudspligt for byggerier, der foretages efter anvisning fra en lejer, som er ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, men sagen falder uden for dette grå område. Det ville imidlertid være hensigts-

mæssigt og en stor lettelse for markedet, hvis Klagenævnet i kendelsen kunne afstikke grænserne for, i hvilket omfang byggerier efter anvisning fra en lejer, der er ordregivende myndighed, kan ske uden EU-udbud.

Farum Kommunes synspunkter går i hovedtræk ud på følgende: Sale and lease back-arrangementer er en velkendt finansieringsform, og de sale and lease back-arrangementer, som sagen drejer sig om, er udformet på sædvanlig måde. Det ligger fast, at ved sale and lease back-arrangementer overgår ejerskabet til den, der finansierer, her FIH. Der sker overgang af ejendomsretten, og alle sikringsakter iagttages, hvilket også er sket med hensyn til de sale and lease back-arrangementer, som sagen angår. At Farum Kommune er en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsgdirektivet, har derfor ikke medført pligt til EU-udbud af de byggerier, som er sket efter FIH's overtagelse af ejendommene og med FIH som bygherre. Der er ingen bestemmelser i Bygge- og anlægsgdirektivet, der fører til en sådan udbudspligt, da FIH ikke er en ordregivende myndighed i henhold til direktivet. Byggeriet af nordtribunen på Farum Park med tilhørende lokaler (A.1 ovenfor), der blev foretaget med kommunen som bygherre, blev udbudt i henhold til Bygge- og anlægsgdirektivet.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet kan ikke i denne sag tage stilling til det generelle spørgsmål om EU-udbudspligt for byggerier, der foretages efter anvisning fra en lejer, som er ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsgdirektivet, og Klagenævnet tager således alene stilling til den konkrete sag.

Byggeriet af nordtribunen på Farum Park med tilhørende lokaler blev efter det oplyste udbudt i EU-udbud, og Klagenævnet har ikke, således som sagen er oplyst, grundlag for at tage stilling til, om der er sket overtrædelse af udbudsreglerne i forbindelse med dette udbud. Det følgende angår derfor kun de byggerier på Farum Park og Farum Arena, der skete med FIH som bygherre (A.2, A.3 og B ovenfor).

EF-domstolen har i adskillige domme udtalt, at der ved afgørelsen af, om en foranstaltning er omfattet af udbudspligten i henhold til EU's udbudsregler, skal foretages en fortolkning af udbudsreglerne ud fra disses formål. Som

eksempel kan nævnes EF-domstolens dom af 1. februar 2001 i sag C 237/99, Kommissionen mod Frankrig, hvor EF-domstolen giver en beskrivelse af Bygge- og anlægsgdirektivets formål på baggrund af en almindelig beskrivelse af udbudsreglernes formål. I dommen beskrives Bygge- og anlægsgdirektivets formål som at fjerne risikoen for, at der gives indenlandske bydende en fortrinsstilling, og at fjerne risikoen for, at de ordregivende myndigheder lader sig lede af andre hensyn end økonomiske. I dommen af 12. juli 2001, Ordine, der omtales nedenfor, henviser EF-domstolen tilsvarende til Bygge- og anlægsgdirektivets formål, ligesom domstolen bl.a. udtaler, at direktivets artikel 1, litra a) skal fortolkes sådan, at direktivets effektive virkning sikres.

Der skal således ved afgørelsen af, om de omhandlede byggerier er omfattet af udbudspligten i henhold til Bygge- og anlægsgdirektivet, foretages en formålsfortolkning af direktivet ud fra den beskrevne formålsangivelse med henblik på at sikre direktivets effektive virkning.

De salg af de to ejendomme fra Farum Kommune til FIH, som sagen angår, er sket som led i den særlige finansieringsform sale and lease back. Kommunen kan stadig foretage bygningsmæssige foranstaltninger på ejendommene, og FIH kan ikke foretage sådanne foranstaltninger uden kommunens godkendelse. Endvidere har kommunen ret til at købe ejendommene tilbage efter en periode, ligesom kommunen også bortset herfra til enhver tid kan forlange ejerskabet over ejendommene tilbageført. Salgene af de to ejendomme til FIH er således trods den formelle betegnelse ikke egentlige salg i den sædvanlige betydning af dette ord, og kommunen er derfor stadig den reelle ejer af ejendommene.

Farum Kommune er en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsgdirektivet, jf. direktivets artikel 1, litra b), og det følger herefter, at alle de byggerier, som sagen angår, har skullet udbydes i EU-udbud, hvis deres værdi er nået op på eller har oversteget tærskelværdien i henhold til direktivets artikel 6.

Med hensyn til de byggerier, der har haft FIH som bygherre (A.2, A.3 og B ovenfor), kunne kommunens opfyldelse af den beskrevne udbudspligt være sket ved, at kommunen ved sin indgåelse af sale and lease back-arrangementerne eller ved sine senere godkendelser af byggerier sikrede sig, at FIH foretog EU-udbud som befuldmægtiget for kommunen.

Klagenævnet henviser herved til EF-domstolens dom af 12. juli 2001, Ordine, som Økonomi- og Erhvervsministeriet også har påberåbt sig, og som på sin vis angik et parallelt tilfælde. Dommen drejede sig ganske vist ikke om et sale and lease back-arrangement, men derimod om et byggeri, der blev foretaget af bygherrer, der ikke selv var ordregivende myndigheder, men som skete med henblik på overdragelse til en kommune på baggrund af nogle særlige regler i den italienske byggelovgivning. Af dommen fremgår, at direktivets effektive virkning i den pågældende situation ville blive tilgodeset ved etablering af en forpligtelse for bygherrerne til at følge fremgangsmåden i Bygge- og anlægsdirektivet som indehaver af en fuldmagt fra kommunen.

Kommunens opfyldelse af den beskrevne udbudspligt kunne også være sket ved, at kommunen sørgede for, at det var kommunen, der blev bygherre, så kommunen selv kunne foretage EU-udbud vedrørende byggerierne, således som det efter det oplyste var tilfældet med hensyn til byggeriet af nordtribunen på Farum Park med tilhørende lokaler (A.1 ovenfor).

De omtalte forpligtelser for kommunen følger af den ovenfor beskrevne formålsfortolkning af Bygge- og anlægsdirektivet med henblik på at sikre direktivets effektive virkning. Forpligtelserne kan desuden specifikt støttes på Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, litra a), sidste sætning, som Økonomi- og Erhvervsministeriet også har påberåbt sig. I henhold til den pågældende regel omfatter direktivets udbudspligt skriftlige gensidigt bebyrde kontrakter mellem en entreprenør og en ordregivende myndighed med det formål ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, der svarer til den ordregivende myndigheds behov. Denne bestemmelse dækker den foreliggende situation direkte, i hvert fald når bestemmelsen fortolkes som anført. Det bemærkes herved, at begrebet »entreprenør« ikke nødvendigvis skal forstås som den, der selv skal udføre det pågældende byggearbejde, jf. Ordine-dommens præmis 88-96, og at begrebet derfor omfatter FIH i henseende til Farum Kommunes indgåelse af sale and lease back-arrangementerne med FIH.

Som følge af det anførte tages Økonomi- og Erhvervsministeriets påstand til følge med formulering som nedenfor bestemt.

Det pålægges ikke kommunen at betale sagsomkostninger til Økonomi- og Erhvervsministeriet, da ministeriets indbringelse af sagen for Klagenævnet er et led i ministeriets virksomhed.

Herefter bestemmes:

Følgende gælder med hensyn til de byggerier på Farum Park og Farum Arena, der blev foretaget med Finansieringsinstituttet for Industri og Håndværk A/S som bygherre (A.2, A.3 og B ovenfor):

I det omfang disse byggeriers værdi nåede op på eller oversteg Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi, har indklagede, Farum Kommune, overtrådt Bygge- og anlægsdirektivet som følge af, at kommunen ikke ved sin indgåelse af sale and lease back-arrangementerne eller ved sine efterfølgende godkendelser af byggerier

enten sikrede sig, at Finansieringsinstituttet for Industri og Håndværk A/S udbød byggerierne i EU-udbud som befuldmægtiget for kommunen,

eller sørgede for, at Farum Kommune blev bygherre, således at kommunen foretog EU-udbud af byggerierne.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Farum Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Økonomi- og Erhvervsministeriet.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig