



Håndtering af udbudsreglerne i Sankt Annæ Plads projektet

12-05-2011

Baggrund

Økonomiforvaltningen og Teknik- og Miljøforvaltningen har i efteråret 2010 og foråret 2011 forhandlet med Realdania om en samlet udvikling af Sankt Annæ Plads og Kvæsthusgade, der skal sikre en helhedsløsning for byrum og trafikforhold i Sankt Annæ Plads, Kvæsthusgade og Kvæsthusmolen, hvor Staten og Realdania har indgået et partnerskab om byrum og parkeringsanlæg.

Sagsnr.
2010-128021

Dokumentnr.
2011-294771

Sagsbehandler
Nathalie Marstrand

Forhandlingerne tager udgangspunkt i, at Kick-Start København har tildelt 23,4 mio. kr. til fornyelse af Sankt Annæ Plads fra Toldbodgade til Kvæsthusgade og af Kvæsthusgade. En række private parter omkring Sankt Annæ Plads ønsker at bidrage til fornyelse af Sankt Annæ Plads mellem Bredgade og Toldbodgade.

Det berørte område dækker arealer med forskellige ejerforhold. Intentionen er, at Realdania påtager sig bygherreopgaven for det samlede projekt, og dermed også på de kommunalt ejede arealer.

I dette notat redegøres for, hvordan Københavns Kommune vurderer de udbudsretlige aspekter håndteret. Det sker på baggrund af Teknik- og Miljøforvaltningens og Økonomiforvaltningens egen viden samt de tre advokatudtalelser, der foreligger i sagen fra Kommunens advokat Horten og Realdanias advokater Kammeradvokaten og Viltoft.

Udgangspunktet er, at Københavns Kommune som offentlig myndighed er forpligtet af udbudsreglerne. Realdania er derimod ikke omfattet af udbudspligt.

Det har derfor været relevant at se på, hvilken betydning udbudsreglerne har i en situation, hvor en privat part varetager bygherreopgaven ved nyanlæg af en offentlig plads, med kommunal medfinansiering.

Et grundigt analysearbejde har vist, at udbudsreglerne er uklare på dette område. De tre forskellige advokater tager udgangspunkt i en mere eller mindre stram tolkning, ud fra en diskussion om hvilke udbudsretlige risici, der er forbundet med de forskellige udlægninger. I denne sammenhæng tolker Københavns Kommune advokat Horten sagen mest restriktivt. Mens Kammeradvokaten og Viltoft tolker lempeligere og nogenlunde ens. Der er således ikke en entydig konklusion på, hvilken proces der kræves i den aktuelle sag.

Efter en samlet vurdering anbefaler forvaltningen en løsning, hvor de ydelser bliver udbudt, som uden tvivl er udbudspligtige, mens de

Center for Anlæg og Udbud

Islands Brygge 37, 3. sal
Postboks 441
2300 København S

Telefon
3366 4431

E-mail
natmar@tmf.kk.dk

EAN nummer
5798009487148

øvrige ydelser, hvor udbudsforpligtelsen kan tolkes forskelligt, ikke udbydes.

Det medfører, at det anbefales, at Københavns Kommune indgår partnerskabsaftale med Realdania om at være bygherre på projektet (uden formelt udbud), at Realdanias aftaler med rådgivere er indgået (uden formelt udbud), mens at alle entrepriseaftaler skal udbydes i EU-udbud.

Afklaring af udbudspligt

Under forhandlingerne mellem Realdania og Københavns Kommune er der afsøgt forskellige modeller for et partnerskabssamarbejde, der håndterer de udbudsretlige udfordringer og samtidig sikrer en smidig proces for udvikling af området.

I den forbindelse har forvaltningen og Realdania bedt 3 advokater med speciale indenfor udbudsret vurdere sagen. Dels Københavns Kommunes advokat Horten, Statens advokat Kammeradvokaten, samt Viltoft, og endelig har Konkurrencestyrelsen været spurgt til råds. Deres vurderinger viser, at der ikke er en entydig tolkning af udbudsreglernes rækkevidde i den aktuelle situation. Følgende overordnede problemstillinger har været drøftet:

- A) Om en partnerskabsaftale mellem Københavns Kommune og Realdania er udbudspligtig.
- B) Om entreprisarbejderne, der er forbundet med opgaven, er udbudspligtige.
- C) Om rådgiverydelsen (projekteringsopgaven) i forbindelse med udviklingsprojektet, er udbudspligtig.

Uddybning

Ad A

Det har været drøftet, om selve partnerskabsaftalen mellem Københavns Kommune og Realdania i givet fald er udbudspligtig, eller om den kan indgås direkte mellem parterne. Horten vurderer, at den påtænkte partnerskabsaftale har karakter af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, der er omfattet af Udbudsdirektivet. Dette ses som en konsekvens af Udbudsdirektivets brede definition af bygge- og anlægskontrakter, som rækker langt ud over den traditionelle opfattelse af en entreprisekontrakt. En bygge- og anlægskontrakt defineres ved "*udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den offentlige myndighed*" (UBD Artikel 1 stk. 2, litra b). Horten vurderer, at partnerskabsaftalens formål (bl.a.) er at nyanlægge det kommunale areal Sankt Annæ Plads og Kvæsthusgade og at det færdige anlæg tjener et offentligt formål. På grund af den brede definition i Udbudsdirektivet tolkes selve partnerskabsaftalen som udbudspligtig, og det er i den forbindelse ikke væsentligt, at en privat part er bygherre, og Københavns Kommune kun bidrager med en del af finansieringen af selve entreprisedelen.

I forlængelse heraf er det imidlertid Hortens vurdering, at udbudspligten af partnerskabsaftalen kan "forskydes", således at Københavns Kommune i stedet for at udbyde selve aftalen forpligter Realdania til at udbyde de efterfølgende kontrakter, der indgås med henblik på løsning af opgaven, herunder entreprisarbejder og formentlig også rådgivningsydelser.

I modsætning til Horten vurderer Kammeradvokaten og Viltoft ikke, at en partnerskabsaftale med Realdania er udbudspligtig. Begge finder det afgørende, at der i betydelig grad er tale om et gaveelement, og at begge aftalparter ikke ses at have økonomisk fordel af aftalen. Kammeradvokaten og Viltoft betragter derfor ikke aftalen som en "gensidigt bebyrdende aftale" mellem en offentlig og privat part i Udbudsdirektivets forstand, hvorfor den falder udenfor kategorien udbudspligtige aftaler (UBD Artikel 1, stk. 2, litra a)).

Efter en samlet vurdering anbefaler forvaltningen, at partnerskabsaftalen ikke udbydes. Der i den forbindelse lagt vægt på, at aftalen på grund af det betydelige gaveelement ikke kan betragtes som en gensidigt bebyrdende aftale, og at selve entreprisarbejderne vil blive udbudt i henhold til EU's Udbudsdirektiv, idet partnerskabsaftalen indeholder et krav om dette.

I den forbindelse bemærkes, at det tillige synes usandsynligt, at der vil være selskaber, der er interesserede i at byde på aftalen med vilkårene om en betydelig medfinansiering.

Ad B

Udbudsdirektivets vidtgående definition af en offentlig bygge- og anlægskontrakt betyder, at entreprisarbejderne vil være udbudspligtige alene fordi, at det færdige anlæg tjener et offentligt formål, jf. ovenfor under A.

Tilbudsloven, som gælder bygge- og anlægsarbejder under Udbudsdirektivets tærskelværdi på ca. 36 mio. kr., har ikke en ligeså vidtgående definition af en entreprisekontrakt. Det er derfor relevant at vurdere kontraktværdien af entreprisarbejdet for at afklare, om det falder ind under Udbudsdirektivets bestemmelser. På baggrund af domspraksis vurderer Horten, at da der er tale om et samlet projekt for at skabe sammenhæng og helhed i udvikling af både de private og offentlige arealer i området, skal alle entreprisekontrakter indgå ved beregning af kontraktværdien i relation til tærskelværdien i Udbudsdirektivet. Kammeradvokaten og Viltoft tilslutter sig denne tolkning.

Da værdien af alle entreprisarbejderne samlet overstiger grænsen for EU-udbud, er parterne enige om, at entreprisarbejderne skal udbydes i EU-udbud.

Ad C

Rådgiverkontrakten har karakter af en tjenesteydelseskontrakt. Udbudsdirektivets definition af en offentlig tjenesteydelseskontrakt er imidlertid ikke så vidtrækkende, som det er tilfældet for bygge- og anlægskontrakter. Ifølge definitionen gælder Udbudsdirektivet kun tjenesteydelseskontrakter, der indgås mellem en ordregivende myndighed og en privat part. Det fremgår ikke eksplicit af regelsættet, om kontrakter om tjenesteydelser alligevel vil være udbudspligtige, selvom de indgås af en privat part, hvis det sker i tilknytning til et bygge- og anlægsprojekt, der tjener et offentligt formål. Horten har vurderet, at en sådan tjenesteydelseskontrakt sandsynligvis ikke vil være udbudspligtig, og begrundet dette med forskellen på definitionerne. Viltoft konkluderer det samme, mens Kammeradvokaten ikke vurderer at tjenesteydelsen er udbudspligtig. Forvaltningen vurderer på denne baggrund at rådgiverkontakten ikke er omfattet af Udbudsdirektivet.

For at sikre en kobling mellem udviklingen af Sankt Annæ Plads, Kvæsthusgade og Kvæsthusmolen samt adgangen til Skuespilhuset, foreslås det, at den samme totalrådgiver, som står for projektering af overfladeanlæggene, tilknyttes som totalrådgiver på det samlede projekt for områdets udvikling. Samtidig skabes der, via en dialogbaseret idékonkurrence om et illustreret program for projektets forskellige løsninger, rum for kreative udviklingsprocesser og borgerinddragelse i tråd med Københavns Kommunes tradition.

Samlet vurdering

Som det fremgår, er det en tolkning, i hvilken udstrækning udbudsreglerne gælder i den aktuelle situation. Det betyder, at der kan være en risiko for at Klagenævnet for Udbud (KLFU) ved en eventuel klagesag tolker, at udbudsreglerne er overtrådt ved den valgte proces. Denne risiko falder tilbage på Københavns Kommune, der som offentlig myndighed i givet fald vil blive indklaget for Klagenævnet for Udbud.

De nye håndhævelsesregler på udbudsområdet, der er trådt i kraft 1. juli 2010, giver KLFU kompetence til at erklære kontrakter, der er indgået i strid med udbudsreglerne (f.eks. uden forudgående udbud), for uden virkning - dvs. de ophæves - og til at tilkende erstatninger på op til 10 mio. kr. til den private part. Håndhævelsesloven har dog en bestemmelse om, at en offentlig myndighed under visse betingelser har mulighed for at sikre, at en kontrakt ikke kan erklæres for uden virkning. Denne bestemmelse kan bruges i tilfælde, hvor der er saglig tvivl om tolkningen af reglerne. I så fald skal ordregiver udarbejde en bekendtgørelse til EU-Tidende, hvor det fremgår, at denne har til hensigt at indgå en given kontrakt, samt en begrundelse for, hvorfor kontrakten indgås uden forudgående udbud.

I lyset af den tolkningsmulighed, der synes at være på dette område, anbefaler forvaltningen, at kommunen i den aktuelle sag indgår partnerskabsaftalen direkte med Realdania med et vilkår om, at entreprisarbejderne udbydes i EU-udbud. Samtidig fremsendes en bekendtgørelse til EU-Tidende, der oplyser, at kommunen agter at indgå en sådan aftale, og samtidig oplyser at der vil ske EU-udbud af entreprisarbejderne .

I forvaltningens vurdering er der endvidere lagt vægt på, at Konkurrencemyndighederne i perioden, hvor forhandlingerne har stået på, har arbejdet med og fremlagt forslag til, hvordan tolkningen af udbudsreglerne kan lettes, således de ikke begrænser den kommunale drift og udvikling.

Forvaltningen finder det uheldigt, at den uklarhed, der findes på området skal være en forsat kilde til tilbageholdenhed i forhold til offentligt privat samarbejde og partnerskab, hvorfor forvaltningerne vil vurdere, hvor og hvordan dette spørgsmål bedst kan adresseres, så udbudspligt i tilsvarende situationer er afklaret principielt.