

Odsgard A/S
Att.: Direktør Peter Odsgard
Stationsparken 25
2600 Glostrup

Dato: **04 FEB. 2003**
Kontor: Stabsenheden
J. nr.: 2003-2117/101-1

Sagsbeh.: DSI
Fil-navn: udt. Odsgard

Ved brev af 11. juni 2002 har De rettet henvendelse til Indenrigs- og Sundhedsministeriet vedrørende Københavns Kommunes gennemførelse af udbud af lejekontrakt for Cirkusbygningen i København. De har i den forbindelse klaget over, at den valgte lejer, Wallmans Salonger, ikke opfylder den lejekontrakt, som Københavns Kommune har udbudt. De har endvidere klaget over, at Deres aktuelle tilbud, som De personligt afleverede den 24. april 2002, ikke har været forelagt kultur- og fritidsudvalget, samt at Københavns Kommune ikke har meddelt Dem klagevejledning.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har nu afsluttet behandlingen af sagen.

Det er Indenrigs- og Sundhedsministeriets opfattelse, at Københavns Kommune ved udlejning af Cirkusbygningen ikke har tilsidesat lovgivningen, herunder offentligt retsgrundsætninger.

Her følger først en gennemgang af sagens baggrund og derefter en nærmere begrundelse for Indenrigs- og Sundhedsministeriets opfattelse.

Sagens baggrund:

Kultur- og Fritidsudvalget i Københavns Kommune besluttede på sit møde den 9. august 2001 at udbyde en tidsbegrænset lejekontrakt vedrørende Cirkusbygningen i København med ikrafttrædelse den 1. januar 2003. Københavns Kommune har i den forbindelse i sin udtalelse af 29. august 2002 til Indenrigs- og Sundhedsministeriet oplyst, at aftaler om leje af bygninger ikke er omfattet af reglerne om offentligt udbud, idet de direkte er undtaget fra tjenesteydelsesdirektivets anvendelsesområde. Kommunen ønskede imidlertid at sende den omhandlende lejeaftale i udbud, idet kommunen skønnede, at udbud ville være den mest hensigtsmæssige måde, hvorpå kommunen kunne

opnå det bedste lejetilbud for Cirkusbygningen. Udbudsmaterialet indeholdt bl.a. vilkår om, at der skulle gives tilbud på både en 5 årig og en 10 årig lejekontrakt.

Der indkom fire tilbud inden fristens udløb den 31. oktober 2001.

Københavns Borgerrepræsentation besluttede på sit møde den 24. januar 2002 at annullere samtlige indkomne tilbud samt det udarbejdede udbudsmateriale, idet det ved en gennemgang af tilbudene blev konstateret, at alene to tilbud opfyldte de stillede vilkår. Det mest fordelagtige tilbud – fra Wallmans Salonger – indeholdt alene tilbud om leje for en 10 årig periode og opfyldte således ikke vilkåret om, at der tillige skulle gives tilbud på en 5 årig lejekontrakt. Det blev samtidig besluttet, at en ny udbudsrunde skulle gennemføres med henblik på, at lejekontrakt kunne træde i kraft den 1. januar 2003.

I foråret 2002 blev lejekontrakt med en varighed på 10 år sendt i udbud.

Om formål og anvendelse af Cirkusbygningen fremgår følgende af udbudsmaterialet:

"4. Baggrunden for udbud af lejekontrakt for Cirkusbygningen pr. 1. januar 2003

... Cirkusbygningen skal anvendes til udlejning til kulturelle aktiviteter af enhver art herunder cirkus, teater, ballet, koncerter, musicals, underholdningsarrangementer, sportsstævner, udstillinger, biograf eller kommercielle aktiviteter, såsom kongresser, forsamlinger m.v. udlejningen skal som hovedregel være aktiviteter der er offentlig tilgængelige.

Ved beslutningen om at udbyde lejekontrakten, har kultur- og Fritidsudvalget lagt vægt på at sikre anvendelse indenfor underholdning og kultur samt hensynet til fremover at fastholde bygningens særlige karakter og særpræg som Cirkusbygning, herunder at bygningens nuværende indretning og funktionalitet i et vist omfang opretholdes, jf. pkt. 7. ..."

Om kriterier for tildeling af lejekontrakten fremgår følgende af udbudsmaterialet:

"7. Kriterier for tildelingen af ordren/lejekontrakten

Der vil blive foretaget en samlet vurdering af tilbudsgivers økonomiske og faglige formåen.

Herefter vil det mest fordelagtige bud blive valgt.

Ved afgørelsen af hvilket bud, der er det mest fordelagtige, vil der blive lagt vægt på følgende delkriterier:

- størrelsen af den årlige leje,

- tilbudsgivers beskrivelse af varetagelse af udlejningen i overensstemmelse med lejekontraktens anvendelsesbestemmelse,
- bygningens nuværende indretning og funktionalitet i et vist omfang opretholdes,
- tilbudsgivers økonomiske formåen.

Ved vurderingen af om den nuværende indretning og funktionalitet i et vist omfang opretholdes, vil der blive lagt vægt på, om tilbudsgivers eventuelle ændringer i bygningens indretning og funktion sker i overensstemmelse med de vejledende retningslinier, som Skov- og Naturstyrelsen lægger vægt på, herunder at ændringerne er forenelige med fredningen og bygningen dermed i et vist omfang bevarer sit oprindelige cirkuspræg, jf. pkt. 5, bilag 7.

Delkriterierne er ikke prioriterede.”

Udbudsmaterialet indeholdt endvidere et udkast til en lejekontakt. Punkt 10.4. i dette udkast til lejekontrakt har følgende ordlyd:

”Lejer er bekendt med, at det lejede/Cirkusbygningen er fredet. Lejer har til enhver tid pligt til at sørge for, at ombygninger eller ændringer er godkendt af de fornødne offentlige myndigheder.”

Inden tilbudsfristens udløb den 24. april 2002 kom tilbud fra henholdsvis Parken Sport & Entertainment A/S, Wallmans Salonger og Odsgard A/S.

Wallmans Salonger har tilbudt at betale 1,5 mio. kr. i årlig fast leje for lejermålet i Cirkusbygningen. Derudover har Wallmans Salonger tilbudt en genforhandling af kontrakten efter fem år, hvor Københavns Kommune ud over den faste leje kan få en omsætningsbaseret årsleje på op til 3,5 mio. kr., samt renovering af Cirkusbygningen for et beløb mellem 20-30 mio. kr. Denne renovering indbefatter bl.a. udskiftning af alle stole i salen, etablering af et moderne køkken, Arkitekt og Design café i foyeren etc.

I tilbudet fra Wallmans Salonger er der endvidere anført, at Wallmans Salongers grundlæggende ambition med Cirkusbygningen er at udfylde spilledagene med egne opsætninger af musicals, teaterforestillinger, koncerter, Wallmans Salonger-konceptet samt moderne cirkusforestillinger på bygningens præmisser. Det er i den forbindelse endvidere anført, at Wallmans Salonger, for at skabe et alsidigt udbud af kultur i bygningen, også vil leje den ud til eksterne arrangører.

På mødet den 23. maj 2002 besluttede Kultur- og Fritidsudvalget i Københavns Kommune at bemyndige Kultur- og Fritidsforvaltningen til at indgå lejekontrakt med Wallmans Salonger under den forudsætning, at Wallmans Salonger over for forvaltningen

inden den 1. august 2002 havde dokumenteret, at fredningsmyndighedernes skriftlige godkendelse til den ønskede renovering forelå. Udvalget besluttede samtidig, at sagen skulle forelægges udvalget på ny, såfremt der skulle opstå problemer i forbindelse med Wallmans Salongers indhentelse af fredningsmyndighedernes tilladelse til ombygningen.

På mødet den 20. juni 2002 besluttede Kultur- og Fritidsudvalget i Københavns Kommune at bemyndige Kultur- og Fritidsforvaltningen til at meddele Wallmans Salonger, at fristen for opnåelse af fredningsmyndighedernes godkendelse af den påtænkte ombygning udskydes til den 15. september 2002.

Ved brev af 29. august 2002 har Københavns Kommune efter anmodning fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet udtalt sig om sagen. Angående Deres klage over, at Wallmans Salongers påtænkte anvendelse af Cirkusbygningen er i strid med lejekontraktens formulering, har kommunen i sin udtalelse bl.a. anført følgende:

"... Indledningsvis bemærkes, at de i den citerede bestemmelse anførte anvendelsesmuligheder ikke er en udtømmende opregning, idet der som anført er tale om **kulturelle aktiviteter af enhver art**. Omfattet heraf vil være f.eks. museumsaktiviteter, der ligeledes er foreslået af Wallmans (Cirkusmuseum).

Som det fremgår af tilbuddet agter Wallmans at anvende Cirkusbygningen til musicals, teaterforestillinger, koncerter, Wallmans eget koncept samt moderne cirkusforestillinger. Sådanne anvendelsesmuligheder fremgår til dels direkte af de citerede bestemmelser i udbudsmaterialet og er under alle omstændigheder omfattet af begrebet "kulturelle aktiviteter af enhver art".

Med hensyn til de omhandlede aktiviteter i form af restaurant, cafedrift samt servering i forbindelse med teaterforestillinger mv. må disse anses for et naturligt accessorium til de anførte kulturelle aktiviteter i Cirkusbygningen, på linie med hvad der er tilfældet for andre, store kulturinstitutioner.

Det er Københavns Kommunes opfattelse, at sådanne accessorier er en så naturlig del af de omhandlede primære aktiviteter, at det ikke er nødvendigt at omtale disse særskilt i den omhandlede bestemmelse i lejekontrakten. Supplerende skal bemærkes, at det i udbudsmaterialet endvidere er forudsat, at Cirkusbygningen også kan anvendes til kommercielle aktiviteter. Generelt er kravet, at aktiviteterne som hovedregel skal være offentligt tilgængelige.

Sammenfattende opfylder det af Wallmans beskrevne koncept rammerne af udbuddet, og således at anvendelse af Cirkusbygningen til restaurant, cafe, serveringsteater udgør et naturligt accessorium til de kulturelle aktiviteter. Ved vurderingen af hvorvidt Wallmans opfylder konditio-

nerne må der tages udgangspunkt i udbudsmaterialets krav om formål og anvendelse, og ikke i en snæver, sproglig forståelse af en enkelt bestemmelse i lejekontrakten..."

Endvidere fremgår af udtalelsen bl.a. følgende:

"... Vedrørende klagepunkter fra Odsgard

...

2) Kulturarvsstyrelsen har ikke på forhånd godkendt den påtænkte ombygning.

Som Odsgard selv har citeret fra lejekontrakten pkt. 10.4 er det lejers ansvar, at den påtænkte ombygning har opnået Kulturarvsstyrelsens godkendelse. Udlejer har ikke stillet krav om ombygning og er alene interesseret i at bygningens fredningsbestemmelse ikke omgås. Lejers interesse er derfor at opnå denne godkendelse og må derfor indfri eventuelle krav fra fredningsmyndighedens side. I sidste ende betyder det, at såfremt der ikke kan opnås enighed mellem Kulturarvsstyrelsen og lejer, må lejer acceptere bygningen som den forefindes.

Udlejer har dog valgt at acceptere Wallmans Tilbud med det forbehold, at godkendelse fra fredningsmyndighedens side skal være opnået. Kultur- og Fritidsudvalget godkendte i sit møde den 20. juni 2002, at fristen for opnåelse af fredningsmyndighedernes godkendelse af den påtænkte ombygning udskydes fra den 1. august 2002 til den 15. september 2002.

3) I forbindelse med meddelelse om afslag er der ikke angivet klagevejledning.

I henhold til forvaltningslovens § 25 skal der kun gives klagevejledning i forbindelse med afgørelser, som kan påklages til anden forvaltningsmyndighed. Et afslag som det foreliggende kan ikke påklages til anden forvaltningsmyndighed, hvorfor der ikke foreligger noget krav om at afgørelsen skal ledsages af en klagevejledning.

4) Tilbudsmaterialet

Vedlagte kopi er det tilbud som er forelagt Kultur- og Fritidsudvalget. Materialet er ikke fra maj 2002 men fra den 24. april 2002 og er det tilbud som Odsgard personligt overrakte forvaltningen den 24. april 2002. ..."

Københavns Kommune har telefonisk oplyst overfor Indenrigs- og Sundhedsministeriet den 31. oktober 2002, at Københavns Kommune den 30. september 2002 har indgået endelig lejekontrakt med Wallmans Salonger. Københavns Kommune har endvidere oplyst, at Wallmans Salonger ikke har fået tilladelse fra fredningsmyndighederne.

Ved brev af 20. november 2002 til Dem har Indenrigs- og Sundhedsministeriet meddelt, at ministeriet ikke har mulighed for at annullere den omhandlede beslutning. Ministeriet har i den forbindelse henvist til, at Københavns Kommunes beslutning om at indgå kontrakt med Wallmans Salonger var bragt til udførelse, samt at væsentlige hensyn til Wallmans Salongers interesser talte imod at annullere Københavns Kommunes beslutning, jf. styrelseslovens § 61, stk. 1, nr. 3.

Ved telefax af 26. november 2002 er De fremkommet med yderligere bemærkninger.

Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse

1. Det tilsyn, som Indenrigs- og Sundhedsministeriet udøver over for Københavns Kommune, er et retligt tilsyn. Tilsynet omfatter kun spørgsmål om, hvorvidt der er sket en tilsidesættelse af lovgivningen, herunder offentligretlige retsgrundsætninger, jf. § 61 i lov om kommunernes styrelse (lovbekendtgørelse nr. 629 af 29. juni 2001 som senest ændret ved lov nr. 1089 af 17. december 2002).

Det almindelige kommunale tilsyn viger dog i det omfang, der er andre klage- eller tilsynsmyndigheder, der kan træffe (eller har truffet) afgørelse i den pågældende sag.

Konkurrencestyrelsen har overfor Indenrigs- og Sundhedsministeriet oplyst, at lejeforhold vedrørende fast ejendom er undtaget fra tjenesteydelsesdirektivet, således at leje af Cirkusbygningen ikke kan påklages til Klagenævnet for Udbud. Forholdet vil derfor kunne behandles af Indenrigs- og Sundhedsministeriet.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet kan endvidere alene tage stilling til lovgivning, der særligt retter sig til kommunerne og offentlige myndigheder, og ikke lovgivning, der gælder både for kommuner og private.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet kan desuden ikke tage stilling til, om Københavns Kommunes dispositioner er rimelige eller hensigtsmæssige, eller til spørgsmål om skønsudøvelse, så længe skønnet udøves inden for de rammer, der er fastsat i lovgivningen.

2. Spørgsmålet om kommuners adgang til at udleje ledige bygninger er ikke generelt reguleret i den skrevne lovgivning. Spørgsmål herom skal derfor afgøres efter almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse – de såkaldte kommunalfuldmagtsregler – samt efter offentligretlige grundsætninger om saglighed i forvaltningen.

Det er antaget i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis og i den juridiske litteratur, at det efter kommunalfuldmagtsreglerne som udgangspunkt ikke er en kommunal opgave at drive handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed. Dette indebærer, at en kommune som udgangspunkt ikke uden lovhjemmel kan udleje fast ejendom til en privat, når den private har til hensigt at anvende ejendommen til erhvervsvirksomhed med henblik på at opnå overskud.

Det er dog antaget i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis og den juridiske litteratur, at en kommune – for at undgå værdispild – på visse betingelser og i et vist omfang lovligt kan udnytte ledig overkapacitet og således varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale. En kommune kan således i et vist omfang lovligt udleje fast ejendom til en privat, uanset at den private har til formål at anvende ejendommen til en ikke-kommunal opgave, f.eks. erhvervsvirksomhed. Da kommunen imidlertid ikke uden lovhjemmel kan yde støtte til en sådan virksomhed, skal lejen fastsættes på markedsmæssige vilkår.

En kommunalbestyrelse skal foretage rimelige og sædvanlige bestræbelser på at konstatere markedsprisen forud for indgåelse af en lejeaftale vedrørende en kommunal ejendom. Dette kan eksempelvis ske ved at foretage et offentligt udbud af lejeaftalen.

På den baggrund er det Indenrigs- og Sundhedsministeriets opfattelse, at Københavns Kommune lovligt med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne kan udleje Cirkusbygningen gennem udbud.

3. Efter en gennemgang af sagen finder Indenrigs- og Sundhedsministeriet ikke grundlag for at antage, at Københavns Kommune i udformningen af kriterierne for tildelingen af lejekontrakten og de øvrige udbudsvilkår har varetaget usaglige hensyn. Ministeriet har herved bl.a. lagt vægt på, at Københavns Kommune foretog offentligt udbud med henblik på at opnå det bedste lejetilbud for Cirkusbygningen.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet finder heller ikke grundlag for at tilsidesætte Københavns Kommunes vurdering om, at Wallmans Salongers tilbud overholdt de stillede udbudsvilkår, herunder de stillede vilkår om formål og anvendelsen af Cirkusbygningen.

Ministeriet har i den forbindelse lagt vægt på, at det fremgår af udbudsmaterialet, at formålet med udlejningen af Cirkusbygningen er at sikre, at bygningen anvendes til kulturelle aktiviteter af enhver art eller kommercielle aktiviteter, ligesom der som hovedregel skal være offentlig adgang til aktiviteterne. Wallmans Salonger vil ifølge tilbuddet anvende Cirkusbygningen til musicals, teaterforestillinger og andre kulturelle aktiviteter.

Wallmans Salonger ønsker i tilknytning hertil at anvende bygningen til serveringsteater og café.

Det er endvidere Indenrigs- og Sundhedsministeriets opfattelse, at den af Wallmans Salonger foreslåede ombygning af Cirkusbygningen, der bl.a. indbefatter udskiftning af alle stole i salen, etablering af et moderne køkken, Arkitekt og Design café i foyeren etc., ikke er i strid med udbudsmaterialets krav om, at Cirkusbygningens nuværende indretning og funktionalitet i et vist omfang opretholdes. Det er i den forbindelse lagt vægt på omfanget af den foreslåede ombygning, der efter det oplyste kan gennemføres uden ændringer i bygningens grundkonstruktioner, samt på det forhold, at enhver ombygning af Cirkusbygningen kræver tilladelse fra fredningsmyndighederne, idet bygningen er fredet.

Det forhold, at Københavns Kommune, uanset at der ikke foreligger nogen skriftlig godkendelse fra fredningsmyndighederne til den ønskede ombygning, har underskrevet endelig aftale med Wallmans Salonger, giver ikke ministeriet grundlag for at antage, at kommunen hermed har varetaget usaglige hensyn. Ministeriet har i den forbindelse lagt vægt på, at Kultur- og Fritidsudvalget i Københavns Kommune på mødet den 23. maj 2002 besluttede, at sagen skulle forelægges udvalget på ny, såfremt der skulle opstå problemer i forbindelse med Wallmans Salongers indhentelse af fredningsmyndighedernes tilladelse til ombygningen. Efter det oplyste har udvalget ved en ny forelæggelse af sagen besluttet at bemyndige forvaltningen til at indgå en endelig lejeaftale med Wallmans Salonger, uanset at der ikke forelå en godkendelse fra fredningsmyndighederne til den ønskede ombygning. Ministeriet har forstået sagen således, at den foreslåede ombygning ikke har været afgørende for kommunens vurdering af, hvilket tilbud der har været det mest fordelagtige. Ministeriet skal i den forbindelse henvise til, at det er lejerens ansvar, at ombygninger eller ændringer er godkendt af de fornødne offentlige myndigheder, jf. lejekontraktens punkt 10.4.

Ministeriet finder endvidere ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens vurdering om, at Wallmans Salongers tilbud var det mest fordelagtige.

Vedrørende Deres klage over, at Deres aktuelle tilbud ikke har været forelagt kultur- og fritidsudvalget, skal Indenrigs- og Sundhedsministeriet henvise til Københavns Kommunes udtalelse af 29. august 2002, hvoraf det fremgår, at kultur- og fritidsudvalget fik forelagt det tilbud, som De personligt overrakte Kultur- og Fritidsforvaltningen den 24. april 2002.

Angående Deres klage over Københavns Kommunes opfyldelse af vejledningspligt skal det bemærkes, at ministeriet som nævnt ikke er en egentlig klageinstans i relation til Københavns Kommune. Der skal ikke gives vejledning om muligheden for at rette

henvendelse til en tilsynsmyndighed. Der kan herved henvises til John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer, 1999, side 447.

Det følger dog af den almindelige vejledningspligt, at en forvaltningsmyndighed – når der skønnes at være behov herfor – kan oplyse borgerne om muligheden for at rette henvendelse til de kommunale tilsynsmyndigheder.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet foretager herefter ikke videre i anledning af Deres henvendelse.

Kopi af dette brev er sendt til Københavns Kommune og Konkurrencestyrelsen.

Med venlig hilsen

Dario Silic

2. Københavns Kommune, Kultur- og Fritidsforvaltningen, Rådhuset, 1599 København V

3. Konkurrencestyrelsen, Nørregade 49, 1165 København K

2. Not.

Hvilket herved meddeles. Der henvises til j.nr. 5.00.1-4/01.

3. Not.

Hvilket hermed meddeles til orientering.