

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Knud Erik Busk, Helle Bøjen Larsen)

J.nr.: 2009-0018634

17. april 2009

K E N D E L S E

Lambæk Gulve A/S

(advokat Chris Stentoft, Næstved)

mod

1. Landsforeningen Ældre Sagen

(advokat Ebbe Holm, København)

2. Arkitekterne Frederiksen & Knudsen A/S

(selv)

Ved skrivelse af 30. maj 2008 iværksatte Landsforeningen Ældre Sagen en »begrænset licitation« vedrørende en gulventreprise, der var en blandt 4 fagentrepriser, foreningen skulle have udført. Tildelingskriteriet var fastsat til »billigste pris«. Entreprisen skulle udføres på foreningens hovedkontor Nørregade 49, 1165 København K. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. juni 2008 havde 4 virksomheder, herunder Lambæk Gulve A/S, afgivet tilbud. Den 25. juni 2008 besluttede Landsforeningen Ældre Sagen ikke indgå kontrakt med lavestbydende vedrørende gulventreprisen, men at indgå kontrakt i henhold til et »udbud om hovedentreprise«.

Den 3. februar 2009 indgav klageren, Lambæk Gulve A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede 1, Landsforeningen Ældre Sagen, og indklagede 2, Arkitekterne Frederiksen & Knudsen A/S, der af indklagede 1 var antaget som rådgiver. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Parternes påstande

Klageren har bl.a. nedlagt påstand om, at Klagenævnet skal pålægge de indklagede at betale erstatning til klageren.

Indklagede 1 har nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Indklagede 2 har ikke udtalt sig under sagen.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af de øvrige spørgsmål i sagen, indtil Klagenævnet har taget stilling til afvisningspåstanden. Af samme grund har Klagenævnet besluttet ikke på nuværende tidspunkt at præcisere klagerens påstande vedrørende de overtrædelser, de indklagede angiveligt har begået, og vedrørende erstatningskravet.

Af indklagede 1's vedtægter fremgår, at indklagede 1 er en forening. Efter § 2 har foreningen et almennyttigt formål, herunder navnlig at virke for »ældres sag«. Af § 4 fremgår, at foreningens midler til opfyldelse af formålet skaffes gennem kontingenter fra medlemmerne, fra private og offentlige bidrag og fra indsamlinger, arv og gaver m.v.

Af § 7 fremgår, at indklagede 1's øverste myndighed er »delegeretforsamlingen«, og at ledelsen består af en bestyrelse og en direktion. Foreningen er i øvrigt organiseret i flere »lokalkomiteer« og »koordinationsudvalg«. Lokalkomiteernes medlemmer vælges af foreningens medlemmer i den pågældende kommune. Koordinationsudvalgene består efter § 11, stk. 2, af medlemmer fra lokalkomiteerne.

Delegeretforsamlingen består efter § 15, stk. 1, af bestyrelsen samt af formanden fra hver enkelt lokalkomite og »bydelsgruppe«. Efter § 17, stk. 3, vælges bestyrelsen blandt delegeretforsamlingens medlemmer eller eventuelt blandt foreningens øvrige medlemmer. Det er i § 17, stk. 2, bl.a. bestemt, at en person, der er medlem af kommunalbestyrelse, regionsråd eller af Folketinget, ikke kan vælges til bestyrelsen. Direktionen antages efter § 18, stk. 1, af bestyrelsen.

Af indklagede 1's seneste årsrapport, der vedrører 2007, fremgår, at foreningens indtægter udgjorde ca. 128,2 mio. kr., at indtægterne fra medlemskontingenter og gaver udgjorde ca. 95,3 mio. kr., at lotterier indbragte ca. 10 mio. kr., og at foreningen modtog arv for ca. 3,3 mio. kr. Indtægterne fra »Bidrag og øvrige tilskud m.v.« udgjorde ca. 18 mio. kr. og øvrige indtægter ca. 1,5 mio. kr.

Indklagede 1 har til Klagenævnet fremsendt en erklæring af 16. marts 2009 med bilag. I erklæringen, der er afgivet af foreningens revisor, statsautoriseret revisor Carsten Vaarby, Deloitte Statsautoriseret Revisionsaktieselskab, står der bl.a.:

»Ældre Sagen modtager som almennyttig og almenvelgørende forening tilskud fra det offentlige i forskellig form, jf. omtale heraf i årsrapporten 2007, note 3.

Disse tilskud er dels øremærkede til specifikke projekter og aktiviteter fra satspuljemidler og projekttilskud, dels mere bredt til at "varetage de ældres interesser og gøre en social indsats for ældre" via bidrag fra tips- og lottepuljen. Ældre Sagen har ifølge årsrapporten forbrugt midlerne til delvis dækning af aktiviteter inden for områderne Frivillige, Ældreudvikling & -analyse samt Medlemsrådgivning. Der blev i 2007 modtaget tips- og lottomidler med 12.450 t.kr., og de samlede udgifter inden for de tre områder udgjorde netto 44.432 t.kr. inklusive andel af fordelte administrations- og lokaleomkostninger.

Disse tilskud modtages uden hensyntagen til, hvor og hvordan Ældre Sagen bor, og uden hensyntagen til påtænkte ombygninger, og Ældre Sagen har os bekendt ikke på noget tidspunkt ansøgt om eller modtaget offentlige tilskud målrettet til bygningsopgaver.

Uanset at udgifterne til tre nævnte områder indeholder fordelte administrations- og lokaleudgifter, og dermed også vil omfatte andel af de nuværende ombygningsudgifter i årsrapporten for 2008 og 2009, hvor der også modtages og forventes modtaget offentlige tilskud fra tips- og lottomidler, er det som nævnt ovenfor ikke vores opfattelse, at der modtages tilskud til denne ombygning, da tilskuddet ansøges og modtages uden hensyntagen til ombygningen, og idet de forøgede omkostninger hidrørende fra ombygning dækkes af foreningens øvrige indtægter, da tips- og lottomidlerne ikke forøges på grund af ombygningen.«

Parternes anbringender

Klageren har vedrørende indklagede 1 gjort gældende, at Klagenævnet efter lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, nr. 3, er kompetent til at behandle klagen, da den omhandlede kontrakt er omfattet af Tilbudsloven. Klageren har i første række henvist til, at indklagede 1 må anses som et offentligretligt organ, jf. lovens § 1, stk. 2, nr. 1, sidste led. Klageren har i anden række henvist til, at der er tale om et offentligt støttet byggeri, jf. § 1, stk. 2, nr. 2.

Klageren har vedrørende indklagede 2 henvist til, at denne indklagede har været antaget som rådgiver for indklagede 1.

Indklagede 1 har gjort gældende, at Klagenævnet ikke er kompetent til at behandle klagen. Indklagede har henvist til, at indklagede 1 ikke er et offentligretligt organ, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 1, men en privat forening. Foreningens styrende organer vælges af foreningens medlemmer uden udpegningsret for offentlige myndigheder. Indklagede har endvidere henvist til, at den pågældende kontrakt ikke er omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, da de statslige tilskud, som indklagede 1 modtog i 2008, ikke var tilskud til det konkrete byggearbejde, som denne sag vedrører.

Klagenævnet udtaler:

Udbudsdirektivet finder ikke anvendelse på den omhandlede kontrakt, idet kontraktens værdi ikke overstiger tærskelværdien i henhold til direktivet.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, nr. 3, omfatter Klagenævnets kompetence klager over ordregivere for overtrædelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (Tilbudsloven).

Omfattet af Tilbudsloven er – foruden offentlige myndigheder - offentligretlige organer, jf. lovens § 1, stk. 2, nr. 1. Begrebet »offentligretligt organ« skal forstås i overensstemmelse med definitionen i Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 1, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 5.

Det lægges efter de økonomiske oplysninger om indklagede 1 til grund, at foreningens drift ikke for størstedelens vedkommende finansieres af offentlige myndigheder eller offentligretlige organer. Efter de øvrige oplysninger, der foreligger om indklagede 1, er der heller ikke grundlag for at antage, at foreningens drift er underlagt offentlige myndigheders eller offentligretlige organers kontrol, eller at der er tillagt sådanne organer udpegningsret i relation til foreningens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan. Indklagede 1 er derfor ikke et offentligretligt organ som defineret i Tilbudslovens § 1, stk. 5.

Tilbudsloven gælder imidlertid også for andre udbydere, når disse udbyder bygge- og anlægsarbejder, der modtager offentlig støtte, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2.

For 2008 har Den Sociale Sikringsstyrelse givet indklagede 1 tilskud fra »Tips- og Lottepuljen 2008«. Tilskuddet skal i henhold til styrelsens brev af 10. juli 2008 til indklagede 1 anvendes til »at varetage de ældres interesser og til at gøre en social indsats for ældre«. For 2008 har indklagede 1 endvidere modtaget tilskud til projektet »Frivillig indsats for ældre etniske minoriteter – 2«.

Klagenævnet lægger til grund, at tilskuddet fra »Tips- og lottepuljen 2008« er et tilskud til indklagede 1's foreningsvirksomhed som sådan, og at tilskuddet kan anvendes til delvis dækning af foreningens almindelige administrationsudgifter og til delvis dækning af udgifterne til foreningens aktiviteter. Der er således ikke tale om tilskud til et konkret bygge- eller anlægsarbejde. Det må endvidere lægges til grund, at heller ikke det nævnte projektilskud udgør en sådan støtte.

Indklagede 1 er derfor heller ikke omfattet af Tilbudsloven i medfør af lovens § 1, stk. 2, nr. 2.

Indklagede 1 har hverken ved sit brev af 30. maj 2008 om »begrænset licitation ved afgivelse af tilbud i fagentreprise«, i den dertil hørende »Byggesagsbeskrivelse« eller på anden måde utvetydigt tilkendegivet, at Tilbudsloven skal finde anvendelse, jfr. Tilbudslovens § 1, stk. 4.

Da indklagede 1 herefter ikke kan anses som en ordregiver, der er omfattet af Tilbudsloven, har Klagenævnet ikke kompetence til at behandle klagen over denne indklagede.

Klagenævnet tager derfor indklagede 1's påstand om afvisning til følge.

Da indklagede 2 ikke er udbyder, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 2, afviser Klagenævnet klagen over denne indklagede.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig