

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Helle Bøjen Larsen, Christian Østrup)

J.nr.: 04-91.428

6. april 2005

K E N D E L S E

SK Tolkeservice ApS
(advokat Nikolaj Linneballe, København)

mod

Københavns Amt
(advokat René Offersen, København)

Den 14. oktober 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-4, samt vedrørende spørgsmål 7-9. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning, påstand 5-6, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige spørgsmål. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 18. marts 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 5.227.899,18 kr. med procesrente fra 11. februar 2004.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 5.227.889,18 kr. med procesrente fra 11. februar 2004.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 5 således:

1. Mistet dækningsbidrag for tolkning for sygehu-

set i Glostrup	1.504.700,40	kr.
2. Mistet dækningsbidrag for tolkning for sygehuset i Herlev	771.571,19	kr.
3. Mistet dækningsbidrag for tolkning for sygehuset i Gentofte	545.158,56	kr.
4. Mistet dækningsbidrag for tolkning for praktiserende læger mv.	2.406.469,03	kr.
	5.227.899,18	kr.

Klageren har opgjort beløbene på grundlag af oplysninger om indklagedes forbrug af tolkeydelser og på grundlag af et dækningsbidrag på 34,6 %, idet forskellen mellem klagerens indtægt ved levering af tolkeydelser og udgiften til tolkene ifølge klagerens angivelse udgør ca. 34,6 % af indtægten.

Indklagede har bestridt alle poster størrelsesmæssigt.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 14. oktober 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

Indklagede Københavns Amt har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, og artikel 36 samt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ved sin tildeling af ordren at have lagt vægt på dækningsgrad for prioriterede sprog, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at der ville blive lagt vægt herpå, og selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, hvilke sprog der ville blive prioriteret, og hvorledes prioriteringen ville blive foretaget og begrundet.

Ad spørgsmål 7:

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved at anføre i udbudsbetingelserne, at indklagede forbeholdt sig ret til at forkaste alle tilbud.

Ad spørgsmål 8:

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt at have underrettet klageren SK Tolkeservice

ApS om, hvilke afgørelser der var truffet med hensyn til kontraktstildelingen.

Ad spørgsmål 9:

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud ved at forhandle med tilbudsgiverne efter tilbudenens modtagelse.

I kendelsen af 14. oktober 2004 konstaterede Klagenævnet følgende: Tolkeydelser er ikke omfattet af udbudspligten i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet (direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52). I den aktuelle sag havde indklagede imidlertid som følge af det EU-retlige gennemsigtighedsprincip pligt til at gennemføre udbudet efter Tjenesteydelsesdirektivets regler om udbudspligtige tjenesteydelser, fordi indklagede som offentlig ordregiver havde valgt at udbyde tolkeydelserne i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet uden at tage forbehold om direktivets anvendelse.

Klagenævnet tog i kendelsen af 14. oktober 2004 ikke påstande fra klageren om annulation af indklagedes tildelingsbeslutning og om pålæg til indklagede om at foretage nyt udbud til følge. Klagenævnet henviste herved til, at tolkeydelser som nævnt ikke er udbudspligtige, og at indklagede derfor kan indgå kontrakt om tolkeydelser uden EU-udbud.

Ved tildelingsbeslutningen lagde indklagede vægten på et underkriterium om dækningsgrad, dvs. leveringssikkerhed, for de sprog, som tilbudene tilbød tolkning i, idet de tilbud, der kom i betragtning, efter indklagedes vurdering var ligeværdige med hensyn til de øvrige underkriterier til tildelingskriteriet. Indklagede lagde herved afgørende vægt på dækningsgraden for de vigtigste sprog, benævnt »prioriterede« sprog. Ved sin sammenligning af tilbudenens dækningsgrader gik indklagede ud fra de sprogbetegnelser, der var anvendt i de enkelte tilbud.

Indklagedes sammenligning af tilbudenens dækningsgrader både generelt og for de prioriterede sprog omfattede dækningsgrader for sprogbetegnelserne »iransk«, »irakisk«, »kroatisk« og »kurdisk«, fordi nogle tilbudsgivere havde anvendt disse sprogbetegnelser i deres tilbud. Klageren havde ikke anvendt disse betegnelser. Efter indklagedes indgåelse af kontrakt med to tilbudsgivere gjorde klageren over for indklagede gældende, at de pågældende

sprogbetegnelser er ukorrekte, og at der i stedet skulle være gået ud fra nærmere angivne sprogbetegnelser, for hvilke klagerens tilbud havde angivet dækningsgrad. Indklagede erkendte senere, at sprogbetegnelserne »iransk« og »irakisk« er ukorrekte, men har fastholdt korrektheden af betegnelserne »kroatisk« og »kurdisk«.

Ifølge klageren ville klageren have opnået den højeste samlede dækningsgrad både generelt og for de prioriterede sprog, hvis indklagede ved sammenligningen af tilbudenenes dækningsgrader var gået ud fra korrekte sprogbetegnelser. Indklagede har bestridt dette og har gjort gældende, at de to valgte tilbudsgivere ville have opnået de højeste samlede dækningsgrader, også for de prioriterede sprog, selvom klagerens synspunkter med hensyn til sprogbetegnelser blev fulgt i deres helhed.

I kendelsen af 14. oktober 2004 lagde Klagenævnet til grund, at betegnelserne »iransk« og »irakisk« er ukorrekte. Klagenævnet konstaterede endvidere, at der i hvert fald synes at kunne rejses saglig tvivl om korrektheden af betegnelserne »kroatisk« og »kurdisk«.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de overtrædelser af EU-udbudsreglerne, som påstand 1 angår, har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Klageren har nærmere principalt gjort gældende: Hvis indklagede havde foretaget en korrekt sammenligning af tilbudenenes dækningsgrader, ville indklagede have konstateret, at klagerens tilbud havde den højeste samlede dækningsgrad. Indklagede ville derfor have tildelt klageren den udbudte tjenesteydelse, idet tilbudenenes dækningsgrader var udslaggivende for indklagedes tildelingsbeslutning. I hvert fald er det overvejende sandsynligt, at indklagede havde tildelt klageren kontrakten. Klageren har derfor krav på en erstatning, der dækker den positive opfyldelsesinteresse.

Klageren har subsidiært gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på en erstatning svarende til negativ kontraktsinteresse.

Indklagede har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere gjort gældende: Det bestrides, at klagerens tilbud havde den højeste samlede dækningsgrad, også selvom man går ud fra korrekte sprogbetegnelser. Hertil kommer, at hvis indklagede havde været opmærksom på, at det var i strid med udbudsreglerne at lægge vægt på tilbudsgivernes dækningsgrader for visse sprog, eller at tilbudenens sprogangivelser ikke var entydige, ville indklagede sandsynligvis have annulleret udbudet og indgået en kontrakt uden udbud. Det bestrides endvidere, at klageren har haft nævneværdige udgifter, der skal erstattes, ved at deltage i udbudet. De overtrædelser, der er omhandlet i påstand 1, har således ikke påført klageren noget tab.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 5 anført: Indklagedes kontrakter med de valgte leverandører er indgået for perioden 1. maj 2003 til 1. maj 2005. Indklagede gav imidlertid allerede den 24. januar 2003 meddelelse til sygehusene om, at de skulle benytte de valgte leverandører, så erstatningen må derfor beregnes som svarende til det dækningsbidrag, klageren ville have haft i perioden 24. januar 2003 til 1. maj 2005, hvis klageren havde fået kontrakten. På baggrund af indklagedes oplysninger om indklagedes forbrug af tolkeydelser til indklagedes tre sygehuse og praktiserende læger mv. i 2002 og 2003 kan det herefter beregnes, at klageren ville have fået mindst de dækningsbidrag, som påstand 5 angår, hvis klageren havde fået kontrakten, eller i det mindste de dækningsbidrag vedrørende tolkning for sygehuse, som påstanden angår.

Klageren har vedrørende påstand 6 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at klageren afgav tilbud under udbudet, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. En sådan erstatning bør fastsættes til mindst 300.000 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at en eventuel erstatning til positiv opfyldelsesinteresse ikke kan fastsættes som opgjort af klageren.

Indklagede har nærmere anført, at indklagede efter udbudsbetingelserne kunne indgå kontrakt med flere leverandører, hvilket indklagede også gjorde. En erstatning til positiv opfyldelsesinteresse kan derfor ikke fastsættes på grundlag af indklagedes samlede forbrug af tolkeydelser til sygehuse. Endvidere omfattede udbudet kun en option på tolkning for praktiserende læger mv., og de indgåede kontrakter omfatter ikke denne tolkning, der derfor ikke kan medregnes. Hertil kommer, at sygehusene stadig rekvirerer tolke hos andre tolkevirkksomheder end dem, som kontrakterne er indgået med, herunder indklagede. Indklagedes forbrug af tolkeydelser for perioden indtil 1. maj 2003 kan heller ikke indgå i grundlaget for beregningen af erstatningen, da udbudet ikke omfattede perioden før dette tidspunkt, og da de indgåede kontrakter heller ikke gør det. Endvidere svarer klagerens erstatningsopgørelse til det dækningsbidrag, som klageren hævder at være gået glip af, uden fradrag af administrationsomkostninger, men en erstatning til positiv opfyldelsesinteresse kan i det højeste fastsættes som svarende til klagerens mistede nettofortjeneste, dvs. dækningsbidrag efter fradrag af administrationsomkostninger, hvilket udgør et langt lavere beløb.

Indklagede har vedrørende påstand 6 gjort gældende, at det bestrides, at klageren har haft udgifter på 300.000 kr. i anledning af udbudet. Advokatudgifter og udgifter i forbindelse med sagen for Klagenævnet kan ikke medregnes.

Klagerens direktør, Nicolai Jørgensen, har til brug for Klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet bl.a. forklaret: Klageren har brugt flere hundrede timer på udarbejdelse af tilbud og møder med klagerens advokat og i Klagenævnet. De tolkeopgaver, som klageren stadig udfører for indklagedes sygehuse, er efter Nicolai Jørgensens vurdering sporadiske opgaver, der ikke har kunnet klares af de tolkevirkksomheder, som indklagede har indgået kontrakt med. Klageren ville kunne udføre en så stor opgave som den udbudte. Der er ca. 4 fastansatte personer hos klageren. De udfører forskellige administrative opgaver. De vil kunne håndtere øgede opgaver. På et tidspunkt skal man naturligvis have en ekstra medarbejder, men grænsen ligger meget højt.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:

Det centrale i de overtrædelser, som påstand 1 angår, er, at indklagedes sammenligning af tilbudenæs dækningsgrader for de forskellige sprog ikke skete på et entydigt grundlag med hensyn til sprogbetegnelser, men at indklagede blot ukritisk medregnede dækningsgrader for de sprogbetegnelser, der var angivet i hvert enkelt tilbud. Da nogle tilbudsgivere anvendte ukorrekte eller tvivlsomt korrekte sprogbetegnelser, kom indklagede derfor ved sammenligningen af tilbudenæs dækningsgrader til at medtage dækningsgrader for sprog, der ikke eller muligvis ikke eksisterer. Indklagede tilsidesatte derved ligebehandlingsprincippet i forhold til tilbudsgivere, der havde anvendt gængse og korrekte betegnelser for de pågældende sprog. Tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet forværredes af, at den manglende entydighed med hensyn til sprogbetegnelser ikke mindst gjorde sig gældende for nogle af de udvalgte få sprog, dvs. »prioriterede« sprog, hvis dækningsgrader indklagede tillagde afgørende vægt ved tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet finder det imidlertid ikke bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at klageren ville have fået tildelt den udbudte tjenesteydelse helt eller delvis, hvis indklagede ikke havde begået de overtrædelser, der er omhandlet i påstand 1. Klagenævnet henviser herved til, at der ikke er forelagt en sagkyndig vurdering af tilbudenæs sprogangivelser med deraf følgende mulighed for at foretage en korrekt og entydig sammenligning af tilbudenæs dækningsgrader.

Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at tillægge klageren en erstatning til dækning af mistet fortjeneste, dvs. positiv opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet finder imidlertid, at indklagede som følge af overtrædelserne er erstatningsansvarlig over for klageren med hensyn til klagerens udgifter ved at afgive tilbud, dvs. negativ kontraktsinteresse.

Ad erstatningens størrelse:

Klagerens angivelse af, at klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud har udgjort mindst 300.000 kr., er udokumenteret og bygger ikke på en opgørelse over timeforbrug ol. Klagenævnet kan herefter ikke lægge dette beløb til grund ved udmålingen af erstatningen af negativ kontraktsinteresse.

Der tillægges klageren et skønsmæssigt fastsat beløb på 20.000 kr. til dækning af klagerens udgifter i forbindelse med tilbudsafgivningen. Beløbet dækker ikke advokatudgifter og andre udgifter i forbindelse med sagen for Klagenævnet, da sådanne udgifter er omfattet af de sagsomkostninger, der er tillagt klageren ved kendelsen af 14. oktober 2004 og ved denne kendelse.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Københavns Amt, skal til klageren, SK Tolkeservice ApS, betale 20.000 kr. med procesrente fra den 11. februar 2004.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 5.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig