

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Kendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Tolkdanmark ApS
(cand.jur. Naziye Betül Kuyucuoglu, Hvidovre)

mod

Den Nationale Tolkemyndighed
(advokat Mia Anne Gantzhorn, Hellerup)

Klagenævnet har den 24. november 2017 modtaget en klage fra Tolkdanmark ApS (Tolkdanmark). Klagen er modtaget i standstill-perioden, hvorfor klagenævnet efter lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skal tage stilling til, om klagen skal tillægges opsættende virkning.

Den Nationale Tolkemyndighed (Tolkemyndigheden), der er en enhed under Socialstyrelsen, har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 9, mail af 28. november 2017 fra Tolkdanmark, svarskrift med bilag A – C og replik af 21. december 2017.

Tolkdanmark har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tolkemyndigheden har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip-

per, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at acceptere tilbuddet fra DB-Tolkene, da dette er afgivet i strid med konkurrencereglerne.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere at Tolkemyndigheden har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at acceptere tilbuddet fra DB-Tolkene, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Tolkemyndighedens beslutning af 15. november 2017 om at tildele den udbudte kontrakt vedrørende delrammeaftale 5 Hovedstaden til DB-Tolkene.

Tolkemyndigheden har principalt nedlagt påstand om at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 195-401374 af 9. oktober 2017 udbød Tolkemyndigheden en rammeaftale om tolkning for hørehandicappede. Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”Del I: Ordregivende myndighed

I.1) Navn og adresser

Socialstyrelsen — VISO

...

II.2.4)

Beskrivelse af udbuddet:

Tolkning for hørehandicappede, dvs. hørehæmmede, døve og døvblinde. Tolkning sker efter bevilling fra DNTM, med regionsvis levering. Tilbudsgiver skal have kapacitet til at levere mindst tilbydes 15 timers tolkning ugentligt. Opfyldes dette ikke, kan flere gå sammen, og afgive tilbud som konsortie.

...

III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse

Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

Udelukkelsesgrunde og dokumentation for opfyldelse heraf, fremgår af udbudsbetingelserne.”

I udbudsbetingelserne står der:

” ...

1. Indledning

Dette udbud omfatter varetagelse af skrive- og tegnsprogstolkning til hørehandicappede. Udbuddet er opdelt i 10 delrammeaftaler og på hver delrammeaftale ønsker Tolkemyndigheden at indgå rammeaftale med flere tilbudsgivere.

Part på rammeaftalerne er Tolkemyndigheden og andre offentlige myndigheder, der har tilsluttet sig udbuddet.

Tolkeleverandøren skal levere fra 1. januar 2018 indtil 31. december 2019. Tolkemyndigheden har herudover option på forlængelse af kontrakten i to gange et år. Kontraktens samlede værdi skønnes til 40. mio. kr. årligt for Tolkemyndighedens ansvarsområde. Kontraktværdien for andre myndigheders anvendelse af Tolkeportalen anslås at være 3 mio. kr. årligt.

...”

Rammeaftalen er opdelt i 10 delrammeaftaler, og på hver delaftale var det Tolkemyndighedens hensigt at indgå aftale med flere tilbudsgivere. Rammeaftalens opdeling af delaftaler fordeler sig således:

”

	Tegnsprogstolkning	Skrivetolkning
Region Syddanmark	Delrammeaftale 1: 10 aftaler	Delrammeaftale 6: 4 aftaler
Region Midtjylland	Delrammeaftale 2: 7 aftaler	Delrammeaftale 7: 4 aftaler
Region Nordjylland	Delrammeaftale 3:	Delrammeaftale 8:

	7 aftaler	4 aftaler
Region Sjælland	Delrammeaftale 4: 11 aftaler	Delrammeaftale 9: 4 aftaler
Region Hovedstaden	Delrammeaftale 5: 18 aftaler	Delrammeaftale 10: 5 aftaler

”

Udbudsbetingelserne indeholder i pkt. 2 en nærmere beskrivelse af den ordregivende myndighed. Herom står blandt andet:

”Ordregivende myndighed efter dette udbud er Den Nationale Tolke-myndighed (Tolkemyndigheden).

Tolkemyndigheden er den nationale myndighed for bevilling af tolk til hørehandicappede på de områder, hvor der ikke er ordninger efter anden lovgivning.

...

Tolkemyndigheden hører under Socialstyrelsen (...).”

I samme dokument under pkt. 5 er anført følgende om udelukkelsesgrunde:

”...

Tolkemyndigheden vil ikke acceptere tilbud fra tilbudsgivere:

- Som inden for de seneste to år har fået ophævet en kontrakt med Tolkemyndigheden, som følge af væsentlig misligholdelse af kontrakten.
- Som har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, der overstiger 100.000 kr., jf. udbudslovens § 135, stk. 3 .
- Som ved en endelig dom er blevet dømt/har vedtaget bøde (for højst fire år siden, eller hvori en udelukkelsesperiode fastsat direkte i dommen fortsat finder anvendelse), for et af nedennævnte forhold, jf. udbudslovens § 135, stk. 1:
 - at have deltaget i en kriminel organisation,
 - bestikkelse,
 - svig,
 - terrorhandlinger eller strafbare handlinger i forbindelse med terroraktivitet,
 - hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme,

- børnearbejde og andre former for menneskehandel.

Som dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke har gæld til det offentlige eller har begået grov kriminalitet, skal tilbudsgiver vedlægge sit tilbud en ESPD (findes automatisk i det digitale udbudssystem) på opfyldelse af kravene. Tilbudsgivere, som får en rammeaftale tildelt, skal dokumentere opfyldelsen af kravene ved fremsendelse af en aktuel serviceattest fra Erhvervsstyrelsen eller tilsvarende dokumentation fra relevante myndigheder.

Tilbudsgivere, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, vil blive udelukket fra udbuddet. I det tilfælde, at tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, vil tilbudsgiver dog få mulighed for at dokumentere sin pålidelighed i overensstemmelse med udbudslovens § 138.

...

I pkt. 6 er blandt andet fastsat følgende om tilbudsafgivelse fra konsortier:

”Afgivelse af tilbud i konsortium og anvendelse af underleverandører

6.1. Konsortier

Leverandører kan afgive tilbud sammen i konsortium.

Leverandører, der afgiver tilbud i konsortium, skal være opmærksomme på overholdelse af konkurrencereglerne. I henhold hertil må konkurrerende virksomheder gerne gå sammen om at afgive et fælles tilbud, men kun hvis de ikke selv har kapacitet til at udføre opgaven alene. Ellers kan der blive tale om et samarbejde, der har til formål at begrænse konkurrencen, altså et kartel.”

Kriteriet for tildelingen af delrammeaftalerne var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” vurderet på baggrund af følgende underkriterier:

“Pris: 40 pct.

Efter- og videreuddannelsestilbud: 40 pct.

De tilbudte tolkes gennemsnitlige erfaringstid: 20 pct.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 15. ”Tilbuddets indhold” står blandt andet:

”Tilbudsgiver skal:

- I udbudssystemet angive de kriterier og priser, leverandøren byder ind med. Tilbudsgivere, der ikke oplyser om pris, efter- og videreuddannelse og erfaringstiden for de tilbudte tolke, vil ikke komme i betragtning. Der skal vedlægges en oversigt over de tilbudte tolke, og såfremt der anvendes underleverandører, en erklæring fra disse på deres erfaringstid. Husk også, at efter- og videreuddannelsesplaner skal prissættes.
- Udfylde ESPD i det digitale udbudssystem om, at tilbudsgiver ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.”

Ved afgivelse af tilbud skulle tilbudsgiverne udfylde et dokument med blandt andet oplysninger om tilbudsgivers navn og kontaktoplysninger, den tilbudte pris og kapacitet samt oplysning om tilbudsgivernes erfaring og efter- og videreuddannelsespolitik/planer.

I dokumentet står der:

” ...

Ved konsortier oplistes herunder, hvem konsortiemedlemmerne er.

...

3. Kapacitet

Angiv den tolkekapacitet der tilbydes til løsning af opgaver under rammeaftalen præciseret med angivelse af, hvor mange tolketimer tilbudsgiver tilbyder ugentligt.

Bemærk, at det er et mindstekrav, at der tilbydes minimum 15 timers tolkning ugentligt pr. rammeaftale.

...”

Under udbudsprocessen havde tilbudsgiverne adgang til at stille spørgsmål til Tolkemyndigheden, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 4 ”Tidsplan for udbudsforretningen”. Spørgsmålene og svar blev løbende meddelt tilbudsgiverne digitalt.

I oversigten over spørgsmål og svar står blandt andet:

”Spørgsmål 33:

Det kan af udbudsmaterialet ikke ses hvor mange medlemmer der højest kan være i et konsortium. Hvordan vurderer DNTM om antallet af medlemmer i et konsortium lever op til konkurrencereglerne? Har DNTM et tal på hvor mange selvstændige tolke der højest må gå sammen i et konsortium?

A33: Det er helt afhængig af de enkelte virksomheders sammensætning. Hvis to leverandører tilsammen kan levere 15 timer tilsammen, må de gå i konsortie sammen. Hvis der skal fire leverandører til at kunne levere de 15 timer, så må de det. Men hvis der går fire leverandører sammen i et konsortie, hvoraf to af firmaerne selv kan levere 15 timer, så er det ulovlig karteldannelse. Det er således konsortiemedlemmerne selv der er ansvarlige for, at de dels kan levere 15 timer ugentligt, men også at de behøver hinanden for at nå op på dette timetal.

...

Spørgsmål 84:

Er det korrekt opfattet, at hvis en tolkeleverandør f.eks. kan levere 5 timer om ugen til sociale opgaver for DNTM og 10 timer om ugen direkte til en kommune (som er på jeres liste under kravspecifikation) fx. gennem døves jobcenter bevillinger, så kan denne leverandør ikke indgå i et konsortium eller være underleverandør til en anden tolkeleverandør, som allerede kan levere i alt 15 timer om ugen (for både DNTM og kommunen samlet)

A84: Det beror på en konkret vurdering, hvorvidt det vil stride mod konkurrencereglerne om konkurrencebegrænsende aftaler at indgå i konsortium med andre tolkeleverandører. DNTM kan henvise til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning 'Konsortiesamarbejde i forhold til Konkurrenceloven (2014), som nærmere beskriver, hvornår det er lovligt at indgå konsortiesamarbejder."

Frist for modtagelse af tilbud var den 6. november 2017. Ved tilbudsfristens udløb havde 21 tilbudsgivere afleveret tilbud på delrammeaftale 5.

Ved brev af 15. november 2017 blev Tolkdanmark underrettet om, at selskabet ikke var blandt de 18 tilbudsgivere, som blev tildelt kontrakt på delrammeaftale 5.

Med underretningsskrivelsen fulgte en oversigt over pointtildelingene for de udbudte delaftaler. Af oversigten for delrammeaftale 5 fremgår, hvilke 18 tilbudsgivere der blev tildelt kontrakt på delrammeaftale 5. Det fremgår endvidere, at Tolkdanmark tilbød 15 timers tolkning ugentligt, og at DB-

Tolkene, bestående af 5 navngivne tolke, tilbød 40 timers tolkning ugentligt.

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

Tolkdanmark har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Tolkdanmark har vedrørende påstand 1 og 2 overordnet gjort gældende, at det er i strid med udbudsbetingelsernes punkt 6.1, at fem selvstændige tolke er gået sammen om at tilbyde 40 timers ugentlig tolkning, samt at der herved foreligger en ulovlig karteldannelse.

Tolkdanmark har nærmere anført, at det er konkurrenceforvridende, at fem tolke sammenlagt har tilbudt 40 timers tolkning ugentligt, når én af tolkene alene kunne have tilbudt 15 timers tolkning eller 2-3 selvstændige tolke, ved at gå sammen, kunne have tilbudt 15 timer om ugen. Det fremgår af spørgsmålsarket ad spørgsmål 33, at flere virksomheder må gå sammen for at levere 15 timer, men at der foreligger ulovlig karteldannelse, hvis fire leverandører går sammen i et konsortium, såfremt to af firmaerne selv kan levere 15 timer. Det fremgår endvidere af Tolkemyndighedens svar på spørgsmål 33, at det er konsortiemedlemmerne selv, der er ansvarlige for, at de kan levere 15 timer ugentligt, men også at de behøver hinanden for at nå op på dette timetal.

Tolkdanmark har yderligere anført, at det påhviler Tolkemyndigheden, at holde øje med, at der ikke opstår ulovlig karteldannelse, ligesom det påhviler denne myndighed i givet fald at reagere herpå.

Tolkdanmark har under henvisning til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, endelig gjort gældende, at en ordregiver kan udelukke en tilbudsgiver fra udbudsprocessen, hvis ordregiveren kan sandsynliggøre, at den pågældende tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på at fordreje konkurrencen.

Tolkdanmark har konkluderet, at DB-Tolkenes tilbud er konkurrenceforvridende, idet DB-Tolkene har kunnet opnå en bedre evaluering vedrørende pris, erfaringstid og videreuddannelse ved at afgive et samlet tilbud på 40 timers tolkning. Tilbuddet burde derfor ikke have været taget i betragtning, og Tolkemyndighedens beslutning om at tildele kontrakt til DB-Tolkene vedrørende delrammeaftale 5 Hovedstaden skal annulleres.

Tolkemyndigheden har i første række gjort gældende, at klagen bør afvises, da klagen er indgivet til den forkerte myndighed.

Tolkemyndigheden har med henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud §§ 1 og 10 nærmere anført, at klagenævnet har kompetence til at træffe afgørelse i sager vedrørende udbudslovens regler, medens Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i medfør af konkurrenceloven har kompetence til at træffe afgørelser efter denne lov. Klagen er, i det omfang den drejer sig om lovligheden af et konsortiesamarbejde efter konkurrenceloven, indgivet til den forkerte myndighed.

Myndigheden har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Tolkemyndigheden har vedrørende påstand 1 bestridt, at myndigheden har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at acceptere tilbuddet fra DB-Tolkene.

Tolkemyndigheden har bestridt, at udbudsloven er overtrådt. Den mulighed for udelukkelse, som en ordregiver har efter udbudslovens § 137, er ikke anvendt i dette udbud. Tolkemyndigheden har ikke i udbudsbekendtgørelsen anført, at en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure på grund af overtrædelse af en af udelukkelsesgrundene. Det følger af udbudsbetingelsernes pkt. 5, at Tolkemyndigheden ikke har gjort brug af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk.1, nr. 4, om konkurrencefordrejning, og det kan ikke læses ud af udbudsbetingelsernes pkt. 6, at Tolkemyndigheden anser et konsortiesamarbejde, der begrænser konkurrencen, som en udelukkelsesgrund.

Særligt vedrørende påstand 2 har Tolkemyndigheden gjort gældende, at myndigheden ikke var forpligtet til at forkaste det vindende tilbud, da alle

mindstekrav – herunder mindstekravet om 15 timers tolkning ugentligt pr. rammeaftale – var opfyldt.

Tolkemyndigheden har anført, at der i udbudsmaterialet er refereret de overordnede konkurrenceretlige problematikker, der potentielt kan opstå ved indgåelse af et konsortium. Hverken svarene eller beskrivelsen vedrørende konsortier kan kategoriseres som en frivillig udelukkelsesgrund eller et mindstekrav. Da konkurrenceloven finder anvendelse, uanset om Tolkemyndigheden henviste til reglerne eller ej, har det ingen betydning, at Tolkemyndigheden i løbet af udbudsprocessen har besvaret spørgsmål om konsortiers afgivelse af tilbud.

Myndigheden har videre anført, at myndigheden ikke har haft grund til at tro, at aktørerne i konsortiet DB-Tolkene ville være i stand til at byde ind med flere tilbud, i det omfang konsortiesamarbejdet ikke fandtes. Idet konsortiet bød ind med 40 timer, ville der selvsagt være én aktør, der kunne opfylde mindstekravet om 15 timers tolkning om ugen alene, men Tolkemyndigheden er i øvrigt ikke bekendt med, om de øvrige aktører ville være i stand til at afgive tilbud på anden måde end i det pågældende samarbejde. Der er således ikke indicier for at antage, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale.

Tolkemyndigheden har endelig anført, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler retter sig mod konkurrerende virksomheder. Pligtsubjektet er de tilbudsgivende aktører og ansvaret for, at konkurrenceloven overholdes, påhviler dem.

Ad uopsættelighed

Tolkdanmark har gjort gældende, at kontrakten ville være blevet tildelt Tolkdanmark, såfremt Tolkemyndigheden ikke havde taget tilbuddet fra DB-Tolkene i betragtning. Opsættende virkning er på den baggrund nødvendigt for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab.

Tolkemyndigheden har gjort gældende, at Tolkdanmark ikke har løftet bevisbyrden for, at opsættende virkning er nødvendigt for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab.

Ad interesseafvejning

Tolkdanmark er ikke fremkommet med særskilte anbringender vedrørende interesseafvejning.

Tolkmyndigheden har gjort gældende, at myndigheden har et aktuelt behov for at anskaffe tolkeleverandører, der kan varetage skrive- og tegnsprogstolkning til hørehandicappede. Tolkeleverandørerne skal allerede tiltræde den 1. januar 2018, og Tolkmyndigheden har en væsentlig interesse i, at kontrakten med de vindende tilbudsgivere kan indgås snarest muligt.

Tolkmyndigheden har i øvrigt anført, at Tolkdanmark ikke har løftet bevisbyrden for, at virksomheden har en mere tungtvejende interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at klagenævnets kompetence er fastlagt i § 10, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud. Det er ikke klagenævnets kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, men såfremt Tolkemyndigheden i udbudsmaterialet har fastsat en udelukkelsesgrund om, at konsortier skal være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen, kan spørgsmålet behandles af klagenævnet som et led i vurderingen af, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden.

Tolkemyndigheden har i udbudsbetingelsernes pkt. 6 og i forbindelse med spørgsmål og svar under udbudsprocessen udtalt sig om konsortiers afgivelse af tilbud. Ud fra ordlyden af beskrivelsen og svarene på spørgsmål 33 og 84 skal disse alene opfattes som orienteringer om konkurrencelovgivningens regler om konsortier og kan således ikke føre til, at Tolkemyndigheden har fastsat en udelukkelsesgrund, om at konsortiesamarbejder skal være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningens regler.

På den baggrund, og idet tilbuddet fra DB-Tolkene ud fra de foreliggende oplysninger heller ikke på andet grundlag var ukonditionsmæssigt, er der ikke udsigt til, at påstand 1 og 2 tages til følge.

Der er som følge af det anførte vedrørende påstand 1 og 2 heller ikke udsigt til, at påstand 3 tages til følge.

Betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at Tolkdanmark ikke har godtgjort, at det tab, som virksomheden vil lide ved ikke at få tildelt kontrakten, er uopretteligt og alvorligt.

Klagen kan derfor heller ikke af denne grund tillægges opsættende virkning.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) bemærker klagenævnet, at Tolkdanmark ikke har godtgjort, at virksomhedens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, vejer tungere end Tolkemyndighedens interesse i det modsatte.

Klagen kan derfor heller ikke af denne grund tillægges opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig