

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Iver Pedersen, Christian Østrup)

J.nr.: 03-240.561

23. marts 2004

K E N D E L S E

Tolkeservice v/ Aso Hamid
(advokat Flemming Schiøler Christiansen, Thisted)

mod

Viborg Amt
(advokat Michael Gjedde-Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 7. april 2003 udbød Viborg Amt som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjensteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjensteydelsesdirektivet) tjensteydelsen tolkebistand i forbindelse med behandling af patienter med udenlandsk oprindelse i perioden 1. oktober 2003 til 30. september 2004.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at der ville blive prækvalificeret mindst 5 og højst 8 ansøgere, og at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier, bl.a. kvalitet og tolkning i flest mulige sprog. Det blev desuden bl.a. angivet, at ansøgere for at kunne komme i betragtning skulle afgive nærmere beskrevne minimumsoplysninger om økonomi og referencer m.m.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 22. maj 2003 havde 12 ansøgere, som havde afgivet minimumsoplysningerne, herunder klageren, anmodet om prækvalifikation. Viborg Amt prækvalificerede ikke klageren, men prækvalificerede 8 andre ansøgere og indgik i september 2003 kontrakt med to af disse.

Den 25. november 2003 indgav klageren, Tolkeservice v/ Aso Hamid, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Viborg Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 25. februar 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at prækvalificere klageren, uanset at klageren opfyldte de angivne minimumskrav for prækvalificering.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved fra begyndelsen at have givet klageren en urigtig begrundelse for ikke at prækvalificere klageren, idet indklagede som begrundelse bl.a. anførte, at minimumskravene skulle være opfyldt, uanset at klageren opfyldte minimumskravene.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved fra begyndelsen at have givet klageren en urigtig begrundelse for ikke at prækvalificere klageren, idet indklagede som begrundelse bl.a. anførte, at man lagde vægt på de ansøgere, der kunne tilbyde tolkning i flest mulige sprog, uanset at flere af de prækvalificerede kun kunne tilbyde tolkning i færre sprog end klageren.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke efter anmodning at have givet klageren den egentlige begrundelse for ikke at prækvalificere klageren, dvs. at klageren var særdeles godt kendt og bl.a. var uønsket på Skive Sygehus, idet klageren havde forsøgt at snyde med regningerne, ligesom sygesikringen havde haft uheldige oplevelser med klageren.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ved sin beslutning om ikke at kvalificere klageren at have lagt vægt på den begrundelse, der er nævnt under påstand 4, uagtet denne begrundelse var usaglig, idet de forhold, der omtales i begrundelsen, er urigtige.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om gennemførelse af udbudsforretningen.

Påstand 7

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.500.000 kr., subsidiært et mindre beløb.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagerens påstande 1–6 ikke tages til følge og har påstået frifindelse vedrørende påstand 7.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 7, til Klagenævnet har taget stilling til påstandene 1–6.

Den 27. maj 2003 sendte indklagede meddelelse til de ansøgere, der ikke var blevet prækvalificeret, herunder klageren. Meddelelsen blev givet ved enslydende standardbreve af følgende indhold:

»Vedr...

Det skal herved oplyses, at Deres firma ikke blev prækvalificeret til at afgive tilbud på tolkning til Viborg Amt. Nogle af de begrundelser vi har lagt vægt på i udvælgelsen, er at minimumskravene i annoncen skulle være opfyldt. Ligeledes har vi valgt dem ud, der har kunnet tilbyde tolkning indenfor flest mulige sprog.«

Ved brev af 14. oktober 2003 til amtet bad klagerens advokat om en nærmere begrundelse for, at klageren ikke var blevet prækvalificeret. Advokaten henviste herved bl.a. til, at klageren havde afgivet de krævede minimumsoplysninger.

Brevet besvaredes ved et brev af 17. oktober 2003 fra amtet. Dette brev indeholder en redegørelse for udbudsforretningens forløb. Brevet giver ingen særlig begrundelse for, at klageren ikke var blevet prækvalificeret, udover at der henvises til, at det var nødvendigt at fravælge ansøgere, der opfyldte minimumsbetingelserne, for at komme ned på det maksimale antal prækvalificerede.

I amtets svarskrift til Klagenævnet henvises til, at udvælgelsen af de prækvalificerede skete på grundlag af, hvem der kunne antages at tolke på flest

sprog, og at amtet derudover havde tillagt det vægt, at nogle af de institutioner, som klageren i givet fald skulle betjene, ikke havde tillid til klageren.

Henvisningen til manglende tillid til klageren bygger på oplysninger fra en intern arbejdsgruppe, der havde vurderet ansøgningerne om prækvalifikation. I et notat fra denne arbejdsgruppe udtales, at bl.a. klageren opfyldte minimumskravene. Desuden angives bl.a.:

»Herefter vurderede gruppen på det fremsendt materiale, samt hvem af tolkene man mente kunne løfte opgaven.

...[klageren] kunne godt nok løfte opgaven, men han er særdeles godt kendt af flere af gruppens medlemmer. Bl.a. er han uønsket på Skive Sygehus (Forsøgt at "snyde" med regningerne). Sygesikringen har også haft uheldige oplevelser med tolken.«

Der er fremlagt kopi af et brev af 17. februar 2004 fra amtets advokat til person ved navn Birthe Fyllgraff. Kopien er underskrevet af Birthe Fyllgraff. I brevet bekræftes en række telefoniske angivelser fra Birthe Fyllgraff over for advokaten den 17. februar 2004, i hovedtræk gående ud på følgende: Birthe Fyllgraff var fra efteråret 2000 til begyndelsen af 2003 ansat i en kontorfunktion på Skive Sygehus, hvor hun bl.a. beskæftigede sig med at bestille tolke til forskellige afdelinger på sygehuset. Medarbejdere på forskellige afdelinger gav uafhængigt af hinanden over for Birthe Fyllgraff udtryk for, at klageren var påtrængende, og at man helst ikke ville have ham som tolk.

Der er fremlagt nogle bilag, der viser, at klageren har været tilkaldt til at udføre tolkeopgaver for Skive Sygehus helt frem til 1. oktober 2003.

Klageren har forklaret, at han ikke kan genkende den kritik, der er rettet mod ham. Kritikken er ikke rigtig, hvilket underbygges af, at Skive Sygehus blev ved med at tilkalde ham helt op til ikrafttrædelsen af kontrakterne i henhold til udbudet. Ingen har nogensinde konfronteret ham med kritikken.

Bente Eriksen, der er klagerens ægtefælle, og som administrerer hans tolkevirksomhed, har forklaret: Da de fik amtets brev af 27. maj 2003 om, at klageren ikke var blevet prækvalificeret, kunne hun se, at det var et standardbrev. Hun undrede sig dog over brevet, da klageren opfyldte minimumskravene. Hun ringede derfor nogle dage senere til Anne Marie Jeppe-

sen i amtet og spurgte, hvorfor klageren ikke var blevet prækvalificeret. Anne Marie Jeppesen svarede, at man havde skønnet, at klageren ikke kunne løfte opgaven. Bente Eriksen gik derfor ud fra, at amtet havde valgt nogle store tolkefirmaer til at udføre opgaven. Da man imidlertid senere fik at vide, hvem der havde fået opgaven, kunne man se, at disse virksomheder ikke var større end klagerens virksomhed. Efter en vis reaktionstid henvendte man sig til advokat, der indgav klagen.

Kontorchef Finn Hessellund, Viborg Amt, har forklaret: Han deltog i den arbejdsgruppe, der forestod udbudet. I arbejdsgruppen deltog bl.a. en repræsentant for Skive Sygehus. Man gennemgik ansøgningerne om prækvalifikation under et møde i arbejdsgruppen. Da man kom til klagerens ansøgning, fremkom der indsigelser fra repræsentanten for Skive Sygehus, der oplyste, at der havde været dårlige erfaringer med klageren. Oplysningen blev ikke konkretiseret. Endvidere kunne Finn Hessellund huske, at der havde været flere klager fra sygesikringen over klageren, hvilket Finn Hessellund oplyste under mødet. Det var noget med, at klageren var mødt uden patienter. Konklusionen blev, at man ikke ønskede at prækvalificere klageren.

Anne Marie Jeppesen, Viborg Amt, har forklaret: Hun deltog i den omtalte arbejdsgruppe og kan bekræfte Finn Hessellunds forklaring. Kritikken af klageren kom hurtigt på banen under det omtalte møde. Brevet af 27. maj 2003 blev sendt som et standardbrev til alle ansøgere, der ikke blev prækvalificeret. Hun husker ikke at have modtaget nogen reaktion fra klageren før brevet af 14. oktober 2003 fra klagerens advokat.

Parterne har fremsat deres synspunkter skriftligt og mundtligt over for Klagenævnet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Antallet af ansøgere om prækvalifikation, der havde afgivet de krævede minimumsoplysninger, oversteg det maksimumantal for prækvalificerede, som var angivet i udbudsbekendtgørelsen. I en sådan situation har den

enkelte ansøger ikke retskrav på at blive prækvalificeret, hvorfor påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 2 og påstand 3

Ifølge Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, skal ordregiveren hurtigst muligt underrette ansøgere og bydende om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til kontraktstildelingen.

Det må følge af denne regel, at en ordregivers underretning til en ansøger om, at ansøgerens anmodning om prækvalifikation ikke er taget til følge, ikke må indeholde urigtige eller misvisende oplysninger om grunden hertil.

Amtets brev af 27. maj 2003 til klageren kan forstås sådan, at grunden til, at klageren ikke var blevet prækvalificeret, var at klageren ikke havde afgivet de krævede minimumsoplysninger, og/eller at klageren ikke kunne tolke i så mange sprog som de prækvalificerede.

Det var imidlertid ikke dette, der var den egentlige begrundelse for, at amtet ikke prækvalificerede klageren, jf. nedenfor ad påstand 4, og amtets brev af 27. maj 2003 kan for så vidt siges at indeholde en misvisende begrundelse for, at klageren ikke var blevet prækvalificeret. Da brevet imidlertid fremtræder som et standardbrev, der var blevet sendt enslydende til flere ansøgere om prækvalifikation, og da klagerens ægtefælle, der administrerer klagerens virksomhed, ifølge sin forklaring opfattede brevet som et sådant standardbrev, finder Klagenævnet ikke fuldt tilstrækkelig anledning til at statuere, at forholdet er en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2.

Påstandene 2 og 3 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

Den egentlige begrundelse for, at amtet ikke prækvalificerede klageren, var at amtet havde dårlige erfaringer med klageren. Det er en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, at amtet ikke oplyste klagerens advokat herom efter advokatens brev af 14. oktober 2003, i hvilket advokaten bad om en nærmere begrundelse for beslutningen om ikke at prækvalificere klageren.

Påstand 4 tages herefter til følge, dog med formulering som nedenfor.

Ad påstand 5

Udbudsdirektiverne indeholder ikke regler om, hvad ordregiverne skal eller kan lægge vægt på ved beslutninger om, hvilke ansøgere, der udvælges til prækvalifikation. Det må derfor antages, at ordregiverne er frit stillede med hensyn til, hvad de vil lægge vægt på ved en sådan beslutning, under forudsætning af, at beslutningen er saglig og ikke strider mod EU-rettens grundlæggende principper.

En beslutning om ikke at prækvalificere en ansøger med den begrundelse, at man har dårlige erfaringer med den pågældende ansøger, strider ikke i sig selv mod EU-rettens grundlæggende principper. Endvidere er en sådan beslutning saglig efter sit indhold og kan kun karakteriseres som usaglig, hvis ordregiveren ikke kan sandsynliggøre begrundelsens rigtighed.

I den foreliggende sag har amtet ved sin beslutning om ikke at prækvalificere klageren lagt vægt på dårlige erfaringer med klageren, og amtet har sandsynliggjort rigtigheden af denne begrundelse. Amtets beslutning om ikke at prækvalificere klageren har herefter været saglig og er derfor ikke en overtrædelse af de udbudsretlige EU-regler.

Påstand 5 tages således ikke til følge.

Ad påstand 6

Som nævnt ad påstand 4 har Klagenævnet konstateret, at amtet har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke efter anmodning fra klagerens advokat at have givet den rigtige begrundelse for beslutningen om ikke at prækvalificere klageren.

Denne overtrædelse kan ikke begrunde en annullation af amtets beslutning om at gennemføre udbudsforretningen, hvorfor påstand 6 ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke efter anmodning fra klagerens advokat at have givet den rigtige begrundelse for indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1–3 og påstand 5–6.

Indklagede, Viborg Amt, skal i sagsomkostninger til klageren, Tolkeservice v/Aso Hamid, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig