

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Birgitte Dam Kræmmersgaard)

J.nr.: 2013-0035513

19. juni 2014

K E N D E L S E

Phonak Danmark A/S

(advokat Jeppe Svenning, Aarhus)

mod

Amgros I/S

(advokat Vibeke Fabricius Nordlander, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 115-195908 af 13. juni 2013 udbød indklagede, Amgros I/S, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af høreapparater med flere aktører. Rammeaftalen var opdelt i 28 delaftaler, der udgjorde 28 forskellige behandlingskategorier. Rammeaftalens samlede anslåede værdi var mellem 300 og 420 mio. kr.

Denne klagesag vedrører delaftale 5 »Behandlingskategori 2B«, hvis anslåede værdi var mellem 3,5 og 5 mio. kr., og delaftale 14 »Behandlingskategori 2E«, hvis anslåede værdi var mellem 1 og 1,5 mio. kr.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. august 2013 havde indklagede modtaget tilbud fra en række virksomheder, heriblandt Phonak Danmark A/S (klageren).

Ved brev af 27. september 2013 til klageren (og de øvrige tilbudsgivere) meddelte indklagede blandt andet, hvilke tilbudsgivere indklagede agtede at

tildele delaftalerne 2B og 2E. Klageren var ikke blandt de vindende tilbudsgivere. Samtidig oplyste indklagede, at indklagede anså klagerens tilbud vedrørende delaftalerne 2B og 2E for at være ukonditionsmæssige, idet klagerens tilbudte høreapparat – Phonak Solana 312 (SP) – ikke opfyldte det tekniske mindstekrav 7.

Den 8. oktober 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 6. november 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at erklære klagerens tilbud for ukonditionsmæssige for delaftalerne 2B og 2E, uagtet at de af klageren tilbudte høreapparater har trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem og derved opfylder det tekniske mindstekrav 7.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om, at klagerens tilbud vedrørende delaftalerne 2B og 2E er ukonditionsmæssige.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen er den udbudte rammeaftale blandt andet beskrevet således:

»Amgros ønsker at indgå rammeaftaler om indkøb af høreapparater, således at regionerne kan købe høreapparater til offentlige klinikker og til andre, der ordinerer og tilpasser høreapparater for det offentlige.

...

For hver delaftale (behandlingskategori) vil Amgros indgå flere parallelle rammeaftaler. Det fremgår af bilaget »Oversigt over behandlingskategorier (delaftaler)« for hvilke behandlingskategorier, der vil blive indgået 3, 4 henholdsvis 5 parallelle rammeaftaler. Rammeaftalerne vil blive indgået med de tilbudsgivere, der har de 3, 4 henholdsvis 5 laveste priser.«

I udbudsbekendtgørelsen står endvidere:

»...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

...

De ufravigelige krav til høreapparaterne og fjernbetjeninge fremgår af udbudsmaterialet, herunder navnlig tilbudsskemaet.

...

VI.3) Yderligere oplysninger

...

2. Udbudsmaterialet består – udover denne bekendtgørelse – af tilbudsskema (bestående af følgende dele; »Om tilbudsgivning«, »Behandlingskategorier«, »Tekniske mindstekrav« og »Tilbudssark« for de enkelte behandlingskategorier samt for fjernbetjeninge og tilbehør til høreapparater til børn) samt udkast til rammeaftale med bilag 3 og 4. ...

...

6. Tilbud skal endvidere indeholde dokumentation for opfyldelse af ufravigelige krav jf. tilbudsskemaet, »Om tilbudsgivning« pkt. 4.

...

8. Tilbudsgiverne er ikke berettiget til at tage forbehold. Tilbud, der indeholder forbehold, anses for ukonditionsmæssige og vil blive afvist.

...«

I tilbudsskemaet, arket »Om tilbudsgivning ...« er anført:

»1. Generelt om afgivelse af tilbud

... De enkelte behandlingskategorier og de tekniske mindstekrav til de høreapparater, der kan tilbydes under den pågældende behandlingskategori (delaftale), fremgår af arket »Behandlingskategorier« og arket »Tekniske mindstekrav, jf. også nedenfor pkt. 2. Hver behandlingskategori omfatter en eller flere formfaktorer. Der kan alene afgives tilbud på de formfaktorer, der fremgår af arket »Behandlingskategorier« i den på-

gældende behandlingskategori. Det er for hver behandlingskategori angivet, om det er et minimumskrav, at tilbud omfatter samtlige angivne formfaktorer eller omfatter et angivet antal af formfaktorerne.

...

2. Ufravigelige krav til de tilbudte høreapparater og fjernbetjening

...

Ufravigelige tekniske krav til høreapparater, der kan tilbydes under de enkelte behandlingskategorier (delaftaler), fremgår af beskrivelsen af de enkelte delaftaler i arket »Behandlingskategorier« (med angivelse af de relevante kravnumre på de tekniske mindstekrav) samt arket »Tekniske mindstekrav« (med angivelse af indholdet af de tekniske mindstekrav).

...

4. Dokumentation for ufravigelige krav

Tilbudsgiveren skal som en del af sit tilbud godtgøre, at samtlige ufravigelige krav til høreapparaterne og fjernbetjening er opfyldt.

...

Opfyldelse af tekniske mindstekrav til de høreapparater, der kan tilbydes under den pågældende delaftale, jf. ovenfor pkt. 2 samt tilbudsskemaet, kan godtgøres i form af relevant dokumentation, f.eks. produktblade eller datablade, beskrivelser eller lignende.

I tilbudsskemaets kolonne »Datablade og produktbeskrivelser & dokumentation for de tekniske mindstekrav - bilags nr.« skal der for hvert tilbudt høreapparat angives henvisning til den for dette høreapparat relevante dokumentation for opfyldelsen af de stillede krav.

...

Dokumentation for opfyldelse af de ufravigelige krav skal være på dansk eller engelsk.

...«

For hver behandlingskategori var det muligt at tilbyde høreapparater i op til 6 forskellige formfaktorer. Formfaktorerne relaterede sig til høreapparatets udformning, størrelse og placering ved øret. I tilbudsskemaet, arket »Behandlingskategorier« var angivet, at det for behandlingskategorierne 2B og 2E var et mindstekrav, at tilbud som minimum omfattede samtlige af de i behandlingskategorien angivne formfaktorer. Der var herudover stillet en række ufravigelige krav til de tilbudte høreapparater. Der var således stillet specifikke tekniske mindstekrav til hver enkelt formfaktor.

I tilbudsskemaet, arket »Tekniske mindstekrav« var det tekniske mindstekrav 7 fastsat med følgende ordlyd:

»Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«

Det tekniske mindstekrav 7 var gældende for alle formfaktorer i behandlingskategorierne 2B og 2E.

Klageren tilbød høreapparater i alle de angivne formfaktorer i behandlingskategorierne 2B og 2E. Af tilbudsskemaet, som er en del af klagerens tilbud, fremgår, at klageren i relation til formfaktoren »ITC« i begge behandlingskategorier tilbød høreapparatet »Phonak Solana 312 (SP)« som det eneste høreapparat. Til dokumentation for, at det tilbudte høreapparat opfyldte de tekniske mindstekrav, henviste klageren til tilbuddets bilag 28.

Bilag 28 til klagerens tilbud bestod af et produktblad for høreapparatet »Phonak Solana 312 (SP)«. I indledningen til produktbladet var blandt andet anført: »Phonak Solana offers a wide range of accessories and FM possibilities, giving the convenience of wireless connectivity«. Det fremgår endvidere af produktbladet, at høreapparatet har funktionen »QuickSync«. Produktbladet indeholdt ikke nærmere oplysninger om denne funktion. Det fremgik også af produktbladet, at det tilbudte høreapparat ikke havde funktionen »ZoomControl«, som i produktbladet var beskrevet som følger:

»ZoomControl offers the ability to choose in which direction to focus hearing. ZoomControl achieves this by combining audio streaming between two hearing instruments with directional beamforming. In situations where wearers are unable to face the speaker, they can chose to focus to the right, left, back or front.«

Ved brev af 27. september 2013 til klageren (og de øvrige tilbudsgivere) meddelte indklagede, hvilke virksomheder i hver behandlingskategori som indklagede agtede at indgå parallelle rammekontrakter med. Klageren var ikke blandt de vindende tilbudsgivere i relation til delaftalerne 2B og 2E. Indklagede vedlagde blandt andet en oversigt over de behandlingskategorier, hvor klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt med angivelse af en begrundelse herfor.

Heraf fremgår blandt andet:

»Phonak A/S – ukonditionsmæssige tilbud

Ufravigelige krav til de tilbudte høreapparater og fjernbetjeninger

Det fremgår af tilbudsskemaet (ark »Om tilbudsgivning«), at der er fastsat en række ufravigelige krav til de høreapparater og fjernbetjeninger, der kan tilbydes under udbuddet. Endvidere fremgår det af udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5), at der er tale om ufravigelige krav til de høreapparater og fjernbetjeninger, der kan tilbydes. Dvs. at kravene skal være opfyldt, for at tilbuddet kan anses for ukonditionsmæssigt og accepteres af Amgros.

Tilbudsskemaet indeholder ufravigelige krav til deklarering af de tilbudte høreapparater, jf. punkt 2 samt oplysning om, at de ufravigelige tekniske krav til de høreapparater, der kan tilbydes under de enkelte behandlingskategorier (delaftaler) fremgår af beskrivelsen af de enkelte delaftaler i arket »Behandlingskategorier« samt arket »Tekniske mindstekrav«. Endvidere fremgår det af tilbudsskemaet for de enkelte behandlingskategorier, at der er fastsat mindstekrav, om at tilbud skal omfatte forskellige angivne formfaktorer, herunder om det for den pågældende behandlingskategori er et mindstekrav, at der afgives tilbud på en, to eller flere af de angivne formfaktorer.

...

Det følger af udbudsmaterialet, at alle ufravigelige krav skal være opfyldt af samtlige tilbudte høreapparater, der tilbydes under den pågældende kategori (dvs. hvert enkelt høreapparat skal opfylde de ufravigelige krav under behandlingskategorien). Hvis der under et tilbud er tilbudt enkelte høreapparater, der ikke er konditionsmæssige, men hvor der tillige er tilbudt andre høreapparater, der er konditionsmæssige, er Amgros forpligtet til at bortse fra de tilbudte høreapparater, der ikke er konditionsmæssige. ...

I udbudsbekendtgørelsens punkt IV.3, nr. 6 er fastsat krav om, at tilbud skal indeholde dokumentation for opfyldelse af ufravigelige krav (med henvisning til tilbudsskemaets »Om tilbudsgivning« punkt 4). Heri er bl.a. anført, at leverandøren som en del af sit tilbud skal godtgøre, at samtlige ufravigelige krav til høreapparaterne er opfyldt.

På baggrund af den medsendte dokumentation har Amgros konstateret følgende forhold vedrørende Deres tilbud.

...

Det tekniske mindstekrav 7

Delaftalerne: 2B og 2E

For disse delaftaler har Phonak A/S bl.a. tilbudt Phonak Solana 312 (SP).

I beskrivelsen af de ovenfor anførte behandlingskategorier fremgår det tekniske mindstekrav 7, der har følgende formulering: »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant 2 apparater imellem.«

For Phonak Solana 312 (SP) er den for kravene relevante dokumentation medendt som bilag 28. Bilaget afspejler en række funktionaliteter (features), hvoraf det eksplicit fremgår, at høreapparatet ikke har funktionaliteten »ZoomControl«.

Af bilaget er »ZoomControl« beskrevet som følger:

»ZoomControl

ZoomControl offers the ability to choose in which direction to focus hearing. ZoomControl achieves this by combining audio streaming between two hearing instruments with directional beamforming. In situations where wearers are unable to face the speaker, they can chose to focus to the right, left, back or front.«

Funktionaliteten »ZoomControl« er således den relevante for at opfylde kravet.

Da det eksplicit fremgår af tilbuddet, at Phonak Solana 312 (SP) ikke har denne funktionalitet, opfylder høreapparatet ikke det tekniske mindstekrav 7. Amgros er som følge deraf forpligtet til at anse Phonak A/S' tilbud under de pågældende behandlingskategorier for ukonditionsmæssige og bortse fra tilbuddene.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig anført, at klagerens tilbud for behandlingskategorierne 2B og 2E er konditionsmæssige, idet det tilbudte høreapparat – Phonak Solana 312 (SP) – opfylder det tekniske mindstekrav 7. Det fremgår af produktbladet for det tilbudte høreapparat, at høreapparatet har funktionen »QuickSync«. Denne funktion opfylder det nævnte mindstekrav, og høreapparatet havde trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de to hø-

reapparater imellem. Det var således godtgjort, at mindstekrav 7 var opfyldt, hvorfor tilbuddet var konditionsmæssigt.

Klageren har endvidere anført, at udbudsproceduren ikke har været gennemsigtig, idet indklagede ikke har foretaget en ensartet evaluering af funktionen »QuickSync« under høreapparatudbud 2012 og 2014, uagtet at indklagede i udbudsbetingelserne har stillet det samme tekniske mindstekrav 7. Ved høreapparatudbuddet 2012 tilbød klageren også en række høreapparater med funktionen »QuickSync«. Funktionen var angivet i tilbuddet/produktbladet på nøjagtig samme måde som ved høreapparatudbuddet 2014. Ved høreapparatudbuddet 2012 erklærede indklagede imidlertid klagerens tilbud for konditionsmæssigt. Under 2012-udbuddet havde indklagede indhentet supplerende oplysninger om funktionen »QuickSync«, hvorfor indklagede er bekendt med, at funktionen »QuickSync« opfylder det tekniske mindstekrav 7.

Indklagede har navnlig anført, at indklagede var berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud for behandlingskategorierne 2B og 2E som ukonditionsmæssige. Klageren har ikke godtgjort, at det tilbudte høreapparat på formfaktoren »ITC« opfylder det tekniske mindstekrav 7. Indklagede har henvist til, at det er ubestridt, at det tilbudte høreapparat har funktionen »QuickSync«, at det tilbudte høreapparat ikke har funktionen »ZoomControl«, at disse oplysninger fremgår af produktbladet, som var vedlagt klagerens tilbud, og at klageren ikke i tilbuddet i øvrigt angav oplysninger eller bemærkninger om opfyldelse af det tekniske mindstekrav 7 bortset fra den blotte henvisning til produktbladet. Det fremgik ikke af produktbladet for det tilbudte høreapparat – eller af andre dele af klagerens tilbud – at funktionen »QuickSync« skulle godtgøre opfyldelsen af det tekniske mindstekrav 7. Det fremgik derimod eksplicit af produktbladet for det tilbudte høreapparat, at funktionen »ZoomControl« – ved at kombinere »audiostreaming« mellem to høreapparater med retningsbestemt »beamforming« – gjorde det muligt for brugeren at fokusere hørelsen i en valgt retning. Indklagede lagde derfor til grund, at funktionen »ZoomControl« skulle godtgøre opfyldelsen af det tekniske mindstekrav 7. Dette understøttedes endvidere af, at klageren i sit tilbud anførte, at funktionen »ZoomControl« er baseret på klagerens »Binaural VoiceStream Technology«. Indklagede havde således en klar formodning om, at det tekniske mindstekrav 7 ikke var opfyldt. Efter fast klagenævnspraksis kan en sådan formodning ikke afkræftes ved henvendelse til klageren. Endvidere følger det af fast klagenævnspraksis, at til-

budsgiveren bærer risikoen for tilbuddets indhold, og at ordregiveren er forpligtet til at fortolke uklarheder til skade for tilbudsgiveren.

Indklagede har bestridt, at udbudsproceduren ikke har været gennemsigtig. Indklagede har foretaget en vurdering af tilbuddets konditionsmæssighed på baggrund af udbudsbetingelsernes indhold og tilbuddenes indhold. Ved høreapparatudbud 2014 var der fastsat et krav om, at tilbuddene skulle godtgøre, at ufravigelige krav til høreapparaterne var opfyldt. Dette beviskrav var nyt i forhold til høreapparatudbud 2012. Konditionsmæssighedsvurderingen af klagerens tilbud ved høreapparatudbud 2014 skal ske på grundlag af det tilbud, der er modtaget under udbuddet i 2014.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tildelingsbeslutningerne på grund af de anførte overtrædelser skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for en annulation af indklagedes beslutninger om at afvise klagerens tilbud på delaftalerne 2B og 2E.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede havde i udbudsbetingelserne for blandt andet delaftalerne 2B og 2E klart og entydigt fastsat et mindstekrav (nr. 7) om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«, og et mindstekrav om, at tilbudsgiveren som en del af sit tilbud skulle godtgøre, at samtlige ufravigelige krav til høreapparaterne var opfyldt.

Klageren tilbød vedrørende delaftalerne 2B og 2E for så vidt angår formfaktoren »ITC« høreapparatet »Phonak Solana 312 (SP)« og henviste vedrørende dokumentation for opfyldelsen af de tekniske mindstekrav alene til tilbuddets bilag 28. Dette bilag indeholdt produktbladet for det nævnte høreapparat, og det fremgik, at »Phonak Solana 312 (SP)« havde funktionen »QuickSync«. Denne funktion var imidlertid ikke beskrevet nærmere i produktbladet, og det fremgik således ikke af tilbuddet, at denne funktion inde-

bar, at det tilbudte høreapparat levede op til det tekniske mindstekrav 7. Det forhold, at det af produktbladet fremgik, at »Phonak Solana offers a wide range of accessories and FM possibilities, giving the convenience of wireless connectivity«, godtgjorde heller ikke, at kravet var opfyldt. Det, klageren har anført om det forudgående høreapparatudbud for 2012, kan endvidere ikke føre til, at klagerens tilbud under det påklagede udbud for 2014 alligevel skulle opfylde mindstekravet. På den baggrund, og da tilbudsgiverne bærer risikoen for uklarheder i deres tilbud, var indklagede berettiget til at lægge til grund, at funktionen »QuickSync« ikke opfyldte dette tekniske mindstekrav. Indklagede var således berettiget til at se bort fra klagerens tilbud for behandlingskategorierne 2B og 2E.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annulation af indklagedes beslutninger om at afvise klagerens tilbud på delaftale 2B og 2E til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, Phonak Danmark A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Amgros I/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig