

K E N D E L S E

Unitron AB
(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 12 af delaftalerne til en samlet anslået værdi på mellem 13 mio. kr. og 20,5 mio. kr. De enkelte delaftaler, som sagen angår, er: Delaftale 3 »Behandlingskategori 3A«, hvis anslåede værdi var mellem 500.000 og 1 mio. kr., delaftale 5 »Behandlingskategori 2B«, hvis anslåede værdi var mellem 3,5 og 5 mio. kr., delaftale 6 »Behandlingskategori 3B«, hvis anslåede værdi var mellem 1 og 1,5 mio. kr., delaftale 8 »Behandlingskategori 2C«, hvis anslåede værdi var mellem 2 og 3 mio. kr., delaftale 9 »Behandlingskategori 3C«, hvis anslåede værdi var mellem 500.000 og 1 mio. kr., delaftale 14 »Behandlingskategori 2E«, hvis anslåede værdi var mellem 1 og 1,5 mio. kr., delaftale 15 »Behandlingskategori 3E«, hvis anslåede værdi var mellem 500.000 og 1 mio. kr., delaftale 17 »Behandlingskategori 2F«, hvis anslåede værdi var mellem 1 og 1,5 mio. kr., delaftale 18

»Behandlingskategori 3F«, hvis anslåede værdi var mellem 500.000 og 1 mio. kr., delaftale 20 »Behandlingskategori 2Vandtæt«, hvis anslåede værdi var mellem 1 og 1,5 mio. kr., delaftale 21 »Behandlingskategori 3Vandtæt«, hvis anslåede værdi var mellem 500.000 og 1 mio. kr. og delaftale 23 »Behandlingskategori 2Tinnitus«, hvis anslåede værdi var mellem 1 og 1,5 mio. kr.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for modtagelse af spørgsmål den 14. august 2013 havde en række virksomheder indgivet spørgsmål vedrørende udbudsbetingelserne.

Den 20. august 2013 udsendte indklagede skriftlige spørgsmål og svar.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. august 2013 havde indklagede modtaget tilbud fra en række virksomheder, heriblandt Unitron AB (klageren).

Ved brev af 27. september 2013 til klageren (og de øvrige tilbudsgivere) meddelte indklagede blandt andet, hvilke tilbudsgivere indklagede agtede at tildele delaftalerne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus. Klageren var ikke blandt de vindende tilbudsgivere. Samtidig oplyste indklagede, at indklagede anså klagerens tilbud vedrørende de nævnte delaftaler for at være ukonditionsmæssige, idet de høreapparater, klageren havde tilbudt i de pågældende behandlingskategorier, ikke opfyldte de tekniske mindstekrav 4 og 6.

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.

Klagenævnet har den 20. januar 2014 og den 3. februar 2014 afslået anmodninger fra klageren om at udsætte sagen med henblik på indhentelse af en syns- og skønserklæring.

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 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus, uagtet at de af klageren tilbødte høreapparater har minimum et automatisk program, som kan brugerbetjenes, således at mikrofonsystemets karakteristik, forstærkningsparametre og algoritmer kan indstilles separat og derved opfylder de tekniske mindstekrav 4 og 6.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om, at klagerens tilbud vedrørende delaftalerne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus 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 var 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 stod endvidere:

»...

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

...

De ufravigelige krav til høreapparaterne og fjernbetjeninger 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 »Tilbudsark« for de enkelte behandlingskategorier samt for fjernbetjeninger 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 i Høreapparater 2014« var 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 pågældende 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 fjernbetjeninger

...

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).

...

3. Afgivelse af tilbud

...

Tilbud skal indeholde de dokumenter, der er nævnt i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3, pkt. 4-6, i pkt. 4 nedenfor og i øvrigt afgives i overensstemmelse med det i udbudsmaterialet anførte.

...

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.

...«

I tilbudsskemaet, arket »Behandlingskategorier«, var angivet, at det for behandlingskategorierne 3A, 3B, 3C, 3E, 3F var et mindstekrav, at tilbud som minimum omfattede en af de i behandlingskategorien angivne formfaktorer, og for behandlingskategorierne 2B, 2C, 2E, 2F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus var det 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 de tekniske mindstekrav 4 og 6 fastsat med henholdsvis følgende ordlyd:

[4] »Det for behandlingskategorien angivne antal brugerbetjente programmer, hvor mikrofonsystemets karakteristik kan vælges separat i hvert program. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 4(4))«

og

[6] »Det for behandlingskategorien angivne antal brugerbetjente programmer i den angivne kategori, hvor forstærkningsparametre og algoritmer kan indstilles separat i hvert program. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 4(4))«

For formfaktoren »ITC« i behandlingskategorierne 2B, 2C, 2E, 2F, 2Tinnitus gjaldt det tekniske mindstekrav nr. 4 ikke, men i øvrigt var de tekniske mindstekrav 4 og 6 gældende for alle formfaktorer i de behandlingskategorier, der er omhandlet af klagen, jf. påstand 1, og det var i en parentes angivet, at der i henhold til begge mindstekrav i alle tilfælde krævedes 4 programmer.

Ved supplerende bekendtgørelse af 6. august 2013 til udbudsbekendtgørelse 2013/S 115-195908 af 13. juni 2013 forlængede indklagede fristen for modtagelse af spørgsmål og tilbudsfristen, som oprindeligt var fastsat til henholdsvis den 31. juli 2013 og den 13. august 2013, til henholdsvis den 14. august 2013 og 27. august 2013. I afsnittet »yderligere supplerende oplysninger« var anført:

»Amgros har modtaget og besvaret en række spørgsmål vedrørende udbudsmaterialet, der i et vist omfang supplerer og præciserer materialet. Potentielle leverandører opfordres til at gøre sig bekendt med spørgsmål/svar, der er offentliggjort på hjemmesiden...
...«

Indklagede besvarede under udbuddet i et spørgsmål og svar-dokument blandt andet en række spørgsmål om det tekniske mindstekrav 4 således:

»

<u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
...	...
<u>Spørgsmål nr. 17 og 18</u> I »Tekniske mindstekrav« for punkt 4 »Brugerbetjente programmer« skal mikrofonsystemets karakteristika vælges separat i hvert program, f.eks. 4(4).	
<u>Spørgsmål nr. 17</u> Betyder det at der skal være 4 separate mi-	Nej, det betyder, at der skal være forskellige mikrofonkarakteristika, som kan vælges

krofonkarakteristika?	separat i programmerne.
<u>Spørgsmål nr. 18</u> Eller kan det samme mikrofonprogram bruges i flere af de 4 programmer?	Ja, det samme mikrofonprogram kan bruges i flere af programmerne. Se evt. besvarelsen af spørgsmål 17.
...	...
<u>Spørgsmål nr. 65</u> I spørgsmål 17 og 18 i Spørgsmål/svar til udbudsbekendtgørelsen Høreapparater 2014, 2013/S 115-195908 spørges der ind til antallet af programmer i hvilke mikrofonkarakteristikken kan ændres. Q: Kan det bekræftes, at mikrofonkarakteristikken skal kunne ændres i samtlige antal krævede programmer, således at et apparat med 4 programmer, men hvor mikrofonkarakteristikken kun kan ændres i tre af disse, dømmes ukonditionsmæssigt i de kategorier, hvor 4 programmer er et krav?	Ja, det kan bekræftes, at mikrofonkarakteristikken skal kunne ændres i samtlige programmer.
...	...
<u>Spørgsmål nr. 67</u> Tekniske mindste krav 4: Det for behandlingskategorien angivne antal brugerbetjente programmer, hvor mikrofonsystemets karakteristika kan vælges separat i hvert program. (antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 4 (4)) Hvordan defineres mikrofonsystemets karakteristika?	Mikrofonkarakteristikker er algoritmer, der regulerer høreapparatets mikrofoner. Disse adskiller sig typisk ved at have forskellig grad af retningsvirkning og/eller mulighed for manuelt eller adaptivt at placere en pol, hvor der er taleinformation og et eller flere nulpunkter, hvor der er støjkilder.

«

Klageren tilbød en række forskellige høreapparater i behandlingskategorierne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus. I tilbudsskemaerne, som var en del af klagerens tilbud, havde klageren ved de forskellige formfaktorer under den enkelte behandlingskategori angivet de forskellige høringsapparater, klageren havde tilbudt, og til dokumentation for, at de forskellige høreapparater opfyldte de tekniske mindstekrav, havde klageren henvist til produktbladet for det tilbudte høreapparat samt henvist til yderligere oplysninger i brochurer og datablade for de tilbudte høreapparater. Af klagerens tilbudsskemaer følger blandt andet:

<u>Tilbudte høreapparater</u>	<u>Henvisning til tilbuddets bilag (produktblade)</u>
Unitron Max SPm 20	7
Unitron Max SP 20	8
Unitron Quantum2 ITC W 10	10
Unitron Quantum2 ITE W 10	12
Unitron Moxi2 10	14
Unitron Moxi Dura 10	16
Unitron Quantum2 BTE S 10	18
Unitron Quantum2 BTE HP 10	20
Unitron Quantum BTE M 12	22
Unitron Quantum BTE S 12	24

Af tilbuddets bilag 7 og 8, der er produktblade til høreapparaterne »Unitron Max SPm 20« og »Unitron Max SP 20«, som klageren tilbød vedrørende delaftalerne 3A, 3B, 3C, 3E, 3F og 3Vandtæt, fremgik blandt andet:

»SmartFocus SP

Retningsbestemte mikrofoner, taleforbedring, støjreduktion og gain er blevet optimeret og arbejder i synergi sammen for at give den bedste taleforståelighed eller komfort til dem med kraftige høretab, uden at gå på kompromis med opmærksomheden på lydene omkring een

...

Særlige funktioner

Automatik program

Klienten kan nu få en super automatic I høreapparaterne hvor automatikken er en blanding af 3 lyttemiljøer samt et unikt program til musik

...

Øvrige funktioner

- 3 manuelle + 3 trådløse streamingprogrammer«

Af tilbuddets bilag 10, 12, 18 og 20, der er produktblade til høreapparaterne »Unitron Quantum2 ITC W 10«, »Unitron Quantum2 ITE W 10«, »Unitron Quantum2 BTE S 10«, »Unitron Quantum2 BTE HP 10«, som klageren tilbød vedrørende delaftalerne 2B, 2C, 2E, 2F og 2Tinnitus, fremgik blandt andet:

»

<u>Performance profile</u>	Quantum ² 20	Quantum ² 16	Quantum ² 10	Quantum ² E
...	...	...	...	...
<u>Signature features</u>				
Automatic Program	...	...	Automatic 2	...
SmartFocus2				
SmartFocus			•	
...	...	...	...	...
<u>Features</u>				
Manual programs	...	...	Up to 3	...

«

Af tilbuddets bilag 14 og 16, der er produktblade til høreapparaterne »Unitron Moxi2 10« og »Unitron Moxi Dura 10«, som klageren ligeledes tilbød vedrørende delaftalerne 2B, 2C, 2E, 2F og 2Tinnitus, fremgik blandt andet:

»

<u>Performance profile</u>	Moxi ² [Dura] 20	Moxi ² [Dura]16	Moxi ² [Dura]10	Moxi ² [Dura] E
...	...	...	...	...

<u>Signature features</u>				
Automatic Program	...	...	Automatic 2	...
SmartFocus2				
SmartFocus			●	
...	...	...	...	...
<u>Features</u>				
Manual programs	...	...	Up to 3	...

«

Af tilbuddets bilag 22, 24 og 26, der er produktblade til høreapparaterne »Unitron Quantum BTE M 12«, »Unitron Quantum BTE S 12« og »Unitron Quantum BTE HP 12«, som klageren tilbød til delaftale 2Vandtæt fremgik blandt andet:

»Signature features

12 Channels

Next generation automatic with SmartFocus

Clients can experience superior automatic performance with the optimal blend of 3 listening environments. In addition, the integration of SmartFocus™ further improves speech understanding in noise or provides optimal comfort automatically

...

Additional features

- 3 manual + 3 wireless streaming programs«

Herudover henviste klageren blandt andet til to brochurer om henholdsvis høreapparaterne »Moxi²« og »Quantum²«. Disse brochurer var også en del af klagerens tilbud.

Af brochuren for de tilbudte høreapparater »Moxi²« fremgik:

»...

The best first fit

The great new technologies in Moxi² take Moxi to the next level. A full feature set delivers sounds just the way nature intended, while the Automatic Program with SmartFocus™ 2 provides easy, comfortable listening.

SmartFocus 2 gives a lift by adding speech enhancement+ and level dependency in the noise reduction feature. These updates give your patients a noticeable new level of listening ease in challenging speech in noise situations and less distraction from everyday noises.

...

Moxi² at a glance

<u>Performance Pro-file</u>	<u>Glossary</u>	<u>20</u>	<u>16</u>	<u>10</u>	<u>E</u>
...	...	...	...	...	...

<u>Signatures features</u>					
Automatic Pro-gram	Provides optimal response in changing environments	...	...	...	...
...	...	...	...	...	...
<u>Features</u>					
Manual programs	Customized listening programs that can be changed manually	...	...	...	...
...	...	...	...	...	...

«

Af brochuren for de tilbudte høreapparater »Quantum²« fremgik:

»...

Keep patients satisfied

...

SmartFocusTM 2 enhances the Automatic Program, performing even better than the original SmartFocus thanks to the addition of speech enhancement+ and level dependency in the noise reduction feature. These updates give your patients a noticeable new level of listening ease in challenging situations and less distraction from everyday noises.

Quantum² at a glance

<u>Performance Pro- file</u>	<u>Glossary</u>	<u>20</u>	<u>16</u>	<u>10</u>	<u>E</u>
...	...	...	...	...	...
<u>Signatures features</u>					
Automatic Pro-gram	Provides optimal response in changing environments	...	...	...	...
...	...	...	...	...	...
<u>Features</u>					
Manual programs	Customized listening programs that can be changed manually	...	...	...	...
...	...	...	...	...	...

«

Klageren havde i tilbudsskemaerne også blandt andet henvist til tilbuddets bilag 30A og 30D.

I bilag 30A til klagerens tilbud, som klageren havde henvist til i relation til de høreapparater, der angik delaftalerne 3A, 3B, 3C, 3E, 3F, 2Vandtæt og 3Vandtæt, var funktionen »SmartFocus« blandt andet beskrevet således:

»SmartFocusTM introducerer en æra for åben tilpasning

...

Sådan virker SmartFocusTM

SmartFocus' tilgang er at optimere retningsbestemte mikrofoner og adskillige adaptive funktioners ydelse i forhold til hinanden.

Det adaptive retningsbestemte system fokuserer høreapparatet mod forgrunden og væk fra høje lyde fra siderne og baggrunden. Dette skaber en »zone«, hvor tale oftest forekommer, og lyde forstærkes mere inden for denne zone end udenfor.

SmartFocus måler og opdeler signalet i to kategorier indenfor den identificerede zone: tale og støj. Talesignalerne forstærkes mere, mens støjsignalerne svækkes. Det minder om et rampelys, som finder et specifikt område på scenen og belyser så det vigtigste med skarpt lys.

...

SmartFocus har en enestående ydelse, lige fra kassen åbnes – Kræver ingen finindstilling. Kunder har dog også mulighed for at tilpasse SmartFocus, så det passer perfekt til deres personlige præferencer eller lyttesituation.«

I tilbuddets bilag 30D, som var databladet for »Quantum²« og »Moxi²«, og som klageren i sit tilbud havde henvist til for så vidt angår de høreapparater, der angik delaftalerne 2B, 2C, 2E, 2F og 2Tinnitus, var funktionen »SmartFocus« og »SmartFocus 2« blandt andet beskrevet således:

»Functional descriptions

New SmartFocus / SmartFocus 2 Scale

SmartFocus and SmartFocus 2 have been implemented on a new scale that features 5 additional clarity positions, and 5 fewer comfort positions. Now, fitters have access to a greater range of directionality across the different clarity positions.

...

SmartFocus 2

...

What is noise reduction with level dependency (LD)?

...«

Ved brev af 27. september 2013 til klageren (og de øvrige tilbudsgivere) meddelte indklagede, hvilke virksomheder i hver behandlingskategori indklagede agtede at indgå parallelle rammekontrakter med. Klageren var ikke blandt de vindende tilbudsgivere i relation til delaftalerne 3A, 2B, 3B, 2C,

3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus. Indklagede vedlagde blandt andet en oversigt over de behandlingskategorier, hvor klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt med angivelse af en begrundelse herfor.

Heraf fremgik blandt andet:

»Unitron AB – ukonditionsmæssige tilbud

Ufravigelige krav til de tilbudte høreapparater og fjernbetjener

Det fremgår af tilbudsskemaet (ark »Om tilbudsgivning«), at der er fastsat en række ufravigelige krav til de høreapparater og fjernbetjener, 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 fjernbetjener, der kan tilbydes. Dvs. 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 VI.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.

De tekniske mindstekrav 4 og 6

Delaftalerne: 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus

For disse aftaler har Unitron AB tilbudt Unitron Max SPm 20, Unitron Max SP 20, Unitron Quantum2 ITC 10, Unitron Quantum2 ITE 10, Unitron Quantum2 ITC W 10, Unitron Quantum2 ITE W 10, Unitron Moxi2 10, Unitron Moxi2 Dura 10, Unitron Quantum2 BTE S 10, Unitron Quantum2 BTE HP 10, Unitron Quantum BTE M 12, Unitron Quantum BTE S 12 samt Unitron Quantum BTE HP 12.

I beskrivelsen af de ovenfor anførte behandlingskategorier fremgår de tekniske mindstekrav 4 og 6, der har følgende formulering: »Det for behandlingskategorien angivne antal brugerbetjente programmer, hvor mikrofonsystemets karakteristisk kan vælges separat i hvert program. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 4(4))« hhv. »Det for behandlingskategorien angivne antal brugerbetjente programmer i den angivne kategori, hvor forstærkningsparametre og algoritmer kan indstilles separat i hvert program. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 6 (4)).«

For samtlige kategorier er for både tekniske mindstekrav 4 og 6 angivet 4 i parentes - svarende til krav om 4 programmer i begge krav.

For Unitron Max SPm 20 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 6. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Max SP 20 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 8. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum2 ITC 10 og Unitron Quantum2 ITC W 10 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 10. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum2 ITE 10 og Unitron Quantum2 ITE W 10 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 12. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Moxi2 10 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 14. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Moxi2 Dura 10 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 16. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum2 BTE S 10 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 18. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum2 BTE HP 10 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 20. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum BTE M 12 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 22. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum BTE S 12 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 24. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

For Unitron Quantum BTE HP 12 er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 26. Heraf fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer.

Det fremgår således eksplicit af Unitron AB's tilbud, at ingen af de nævnte høreapparater opfylder tekniske mindstekrav 4 hhv. 6 i de nævnte behandlingskategorier. Amgros er som følge deraf forpligtet til at anse Unitron AB' tilbud under de nævnte behandlingskategorier for ukonditionsmæssige og bortse for tilbuddene.«

Indklagede har oplyst, at klageren ville være blevet tildelt delaftale 3A, 2B, 2E, 3E, 2F, 3F, 3Vandtæt og 2Tinnitus, såfremt klagerens tilbud i disse behandlingskategorier var konditionsmæssige.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig anført, at klagerens tilbudte høreapparater i behandlingskategorierne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt

og 2Tinnitus opfylder de tekniske mindstekrav 4 og 6. Disse mindstekrav angår hver 4 »brugerbetjente programmer«, men det var ikke et krav, at der skulle være tale om manuelle programmer, eller at disse skulle kunne indstilles særskilt. Det fremgår af produktbladene for de tilbudte høreapparater, at høreapparaterne i den enkelte behandlingskategori har minimum fire brugerbetjente programmer, idet der for samtlige høreapparater er minimum et automatisk program samt tre manuelle programmer, hvorfra henholdsvis mikrofonsystemets karakteristik kan vælges separat i hvert program samt forstærkningsparametre og algoritmer kan indstilles separat i hvert program. De tilbudte høreapparater har således minimum 4 brugerbetjente programmer, som brugeren kan vælge imellem. Klageren har bestridt, at det automatiske program ikke er beskrevet i produktbladene for de tilbudte høreapparater. Klageren har videre bestridt, at de automatiske programmer ikke opfylder de tekniske mindstekrav 4 og 6. De automatiske programmer kan brugerbetjenes af brugeren og indstilles separat, så det passer til brugerens hørebehov, da programmerne har funktionen »SmartFocus«. Dette fremgår af klagerens tilbud i produktbladene, brochurerne »Moxi²« og »Quantum²« samt tilbuddets bilag 30A og 30D.

Indklagede har navnlig anført, at indklagede var berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud for behandlingskategorierne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus som ukonditionsmæssige. Klageren har ikke godtgjort, at de tilbudte høreapparater opfylder de tekniske mindstekrav 4 og 6. Disse tekniske mindstekrav består af to led. Det første led angår antallet af brugerbetjente programmer, og andet led angår de indholdsmæssige krav til de brugerbetjente programmer. Indholdet af klagerens tilbud er vurderet på baggrund af de samlede oplysninger, både om de manuelle programmer og om de automatiske programmer. Oplysningen i klagerens tilbud om minimum 4 brugerbetjente programmer, som brugeren kan vælge imellem, udgør ikke dokumentation for, at de tekniske mindstekrav 4 og 6 er opfyldt. Det fremgik ikke af produktbladene – eller andre dele af klagerens tilbud – at de automatiske programmer i de af klageren tilbudte høreapparater godtgjorde opfyldelsen af de tekniske mindstekrav 4 og 6. Derimod fremgik det af klagerens tilbud – brochurerne »Moxi²« og »Quantum²« – at de manuelle programmer var indstillelige og kunne skiftes manuelt, d.v.s. af brugeren. I de samme brochurer var der ikke angivet noget tilsvarende for de automatiske programmer. Indklagede lagde derfor til grund, at de automatiske programmer ikke opfyldte de tekniske mindstekrav 4 og 6. Klagerens henvisninger til bemærkninger om funktio-

nen »SmartFocus« i sit tilbud udgør ikke tilstrækkelig dokumentation for opfyldelsen af de tekniske mindstekrav 4 og 6. Efter indholdet af klagerens tilbud havde indklagede således en klar formodning om, at de tekniske mindstekrav 4 og 6 ikke var opfyldt. Efter fast klagenævnsspraksis kan en sådan formodning ikke afkræftes ved henvendelse til klageren. Endvidere følger det af fast klagenævnsspraksis, at tilbudsgiveren bærer risikoen for tilbuddets indhold, og at ordregiveren er forpligtet til at fortolke uklarheder til skade for tilbudsgiveren.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at beslutningen om at anse klagerens tilbud ukonditionsmæssige vedrørende delaftalerne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus 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 de nævnte delaftaler, da udbudsreglerne ikke er overtrådt som angivet i påstand 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede havde i udbudsbetingelserne for delaftalerne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus klart og entydigt fastsat et mindstekrav (nr. 4) om 4 »brugerbetjente programmer, hvor mikrofonsystemets karakteristik kan vælges separat i hvert program ...«, og et mindstekrav (nr. 6) om 4 »brugerbetjente programmer i den angivne kategori, hvor forstærkningsparametre og algoritmer kan indstilles separat i hvert program ...«, samt 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 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus en række forskellige høreapparater – »Unitron Max SPm 20«, »Unitron Max SP 20«, »Unitron Quantum2 ITC W 10«, »Unitron Quantum2 ITE W 10«, »Unitron Moxi2 10«, »Unitron Moxi Dura 10«, »Unitron Quantum2 BTE S 10«, »Unitron Quantum2 BTE

HP 10«, »Unitron Quantum BTE M 12«, »Unitron Quantum BTE S 12«, »Unitron Quantum BTE HP 12« – og henviste vedrørende dokumentation for opfyldelsen af de tekniske mindstekrav til tilbuddets bilag 7, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 og 26. Disse bilag indeholdt produktbladene for de nævnte høreapparater. Klageren henviste herudover blandt andet til brochurerne »Moxi2« og »Quantum2« og tilbuddets bilag 30A og 30D. Det fremgik af disse bilag, at de tilbudte høreapparater havde 3 manuelle programmer, som kunne betjenes af brugeren og indstilles separat, og minimum et automatisk program. Det fremgik ikke af klagerens tilbud, i hvilket omfang det automatiske program kunne betjenes af brugeren og indstilles separat. Det fremgik af tilbuddets bilag, at det automatiske program havde funktionen »SmartFocus« eller »SmartFocus2«, men det var imidlertid ikke beskrevet i tilbuddets bilag, at denne funktion indebar, at de tilbudte høreapparater havde sådanne indstillingsmuligheder, at de levede op til de tekniske mindstekrav 4 og 6. Det, klageren har anført om funktionen »SmartFocus« og »SmartFocus2«, kan derfor heller ikke føre til, at det var godtgjort, at kravene var opfyldt.

På den baggrund, og da en tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, var indklagede berettiget til at lægge til grund, at det automatiske program ikke opfyldte de tekniske mindstekrav 4 og 6. Indklagede var således berettiget til at se bort fra klagerens tilbud for behandlingskategorierne 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus.

Påstanden tages derfor ikke følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af indklagedes beslutninger om at afvise klagerens tilbud på delaftale 3A, 2B, 3B, 2C, 3C, 2E, 3E, 2F, 3F, 2Vandtæt, 3Vandtæt og 2Tinnitus til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, Unitron AB, 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