

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jørgen Egholm, Trine H. Garde)

J.nr.: 2006-0007516

12. februar 2007

K E N D E L S E

Dansk Høreteknik A/S
(advokat Roberto Panada, København)

mod

Københavns Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 26. august 2005 udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) en rammeaftale om levering og installation af høretekniske hjælpemidler. Tildelingskriteriet var det »økonomisk mest fordelagtige bud«.

Udbuddet omfattede to delaftaler med betegnelserne henholdsvis »delaftale 1« og »delaftale 2«. Delaftale 1 vedrørte indkøb af høretekniske hjælpemidler, og delaftale 2 vedrørte forskellige opgaver med installation og service-ring af hjælpemidler.

Påstandene 1 og 4-6 angår kun delaftale 1. Påstandene 2-3 og 7 angår formelt begge delaftaler, men angår reelt kun delaftale 1. Da sagen således reelt kun angår delaftale 1, ses der i det følgende bort fra delaftale 2, medmindre andet fremgår.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. oktober 2005 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Phonic Ear A/S
2. Dansk Høreteknik A/S.

Den 28. oktober 2005 besluttede indklagede at indgå kontrakt med 1. Phonic Ear A/S (Phonic Ear) vedrørende begge delaftaler. Kontrakt blev først indgået i maj 2006, idet kontraktsindgåelsen afventede udfaldet af den nedenfor omtalte klage til Konkurrencestyrelsen.

Den 15. august 2006 indgav klageren, 2. Dansk Høreteknik A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 15. december 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter m.m., herunder reglerne i Udbudsdirektivet 2004/18, ved ved fastsættelsen af pointtal til tilbuddene vedrørende delaftale 1 med hensyn til underkriteriet pris at lægge vægt på, at der ved tildeling af kontrakten til den hidtidige leverandør Phonic Ears ikke ville opstå merudgifter som følge af manglende kompatibilitet med Phonic Ear's produkter, uanset at

- a. indklagede havde tilkendegivet, at indklagede ikke ville lægge vægt på dette forhold, og uanset at
- b. forholdet hørte under delaftale 2, som indklagede havde pligt til at vurdere særskilt i forhold til delaftale 1.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter m.m., herunder reglerne i Udbudsdirektivet 2004/18, ved at have tildelt tilbuddene points på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved at have fastsat underkriteriet »Leverandørens erfaring fra tidligere leverancer af samme karakter«, idet dette er et udvælgelseskriterium, der ikke må anvendes som tildelingskriterium.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved hverken i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbe-

tingelserne at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved ved sin vurdering af tilbuddene at have lagt vægt på nedennævnte forhold, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at indklagede ville gøre dette:

- a. sortimentsbredde og produktsortiment af høj kvalitet, der er i stand til at tilgodese mange forskellige situationer og behov, og
- b. toneindikering.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved at have vurderet tilbuddene udelukkende med udgangspunkt i den nuværende leverandørs produktserie.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler, herunder gennemsigtighedsprincippet, ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at aftaleperioden var 3 år, og i udbudsbetingelserne at angive, at aftaleperioden for delaftale 2 var 1 år eller 3 år.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Phonic Ear.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har erkendt at have overtrådt udbudsreglerne som anført i påstand 3. Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen i øvrigt ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 9

Om indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip

- a. ved at foretage et skøn over tilbudspriserne i stedet for en beregning af de samlede tilbudspriser ud fra en forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af hver ydelse og
- b. ved at tildele tilbuddene points for underkriteriet pris ved et skøn i stedet for ved en beregning.

Spørgsmål 10

Om indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have udformet en skriftlig tilbudsvurdering senest samtidig med tildelingsbeslutningen.

I udbudsbetingelserne var angivet:

»Ved delaftale 1 skal der afgives tilbud på høretekniske hjælpemidler, der kan anvendes af hørehæmmede borgere i Københavns Kommune m.h.p. at kompensere for borgerens funktionsnedsættelse i forbindelse med deres behov for kommunikation, underholdning og alarmering.

Hjælpemiddelcentret har de seneste 4 år anvendt PUZZLE produkter fra firmaet PhonicEar A/S. For at sikre den fortsatte mulighed for at anvende høretekniske hjælpemidler, der allerede er sat op hos københavnske borgere skal tilbudsgiver kunne dokumentere, at tilbudsgivers produktsortiment kan tilsluttes (er kompatibelt med) Puzzle konceptet fra PhonicEar A/S.«

I udbudsbetingelserne indgik nogle prisskemaer, der skulle udfyldes af tilbudsgiverne med angivelse af tilbudspris. I disse prisskemaer var udbudsstanden vedrørende delaftale 1 specificeret således:

»[Prisskema]

Trådløs alarmsender – incl. evt. tilbehør

Der ønskes tilbud på en alarmsender og evt. tilbehør...

...

[Prisskema]

Alarmering via lydsignaler

Der ønskes tilbud på en trådløs alarmmodtager/giver, herunder tilbehør, der ved modtagelse af signal fra alarmsender, via lydsignaler kan alarmere borgeren...

...

[Prisskema]

Alarmering via vibrationssignaler

Der ønskes tilbud på en trådløs alarmmodtager/giver og evt. tilbehør, der ved modtagelse af signal fra alarmsender, via vibrationsmodtagersignaler kan alarmere borgeren...

...

[Prisskema]

Alarmering via lyssignaler

Der ønskes tilbud på en trådløs alarmmodtager/giver og evt. tilbehør, der ved modtagelse af signal fra alarmsender, via lyssignaler kan alarmere borgeren...

...

[Prisskema]

Teleslyngeforstærker

Der ønskes tilbud på forstærkersystemer og evt. tilbehør...

...

[Prisskema]

Teleslynger

Der ønskes tilbud på forskellige teleslynger og evt. tilbehør, som kan tilsluttes forstærkersystemet og gøre personer med nedsat hørelse i stand til at høre radio og Tv. Som minimum ønskes der tilbud på rumslynge, hals-slynge og pudeslynge...

...

[Prisskema]

System der kan sætte personer med et FM-system i stand til at høre radio, TV mv.

Der ønskes tilbud på system(er), der kan hjælpe brugere af FM-systemer til at høre TV og radio via deres FM-system...

...

[Prisskema]

Infrarødt system til aflytning af TV og Radio

Der ønskes tilbud på infrarødt system og evt. tilbehør, der kan sætte personer med høreapparat uden telespole eller personer uden høreapparat i stand til at høre TV, radio mv.

...

[Prisskema]

Vækning og varsling

Der ønskes tilbud på vækkesystemer og evt. tilbehør, der via lyd eller vibrationssignaler kan alarmere borgeren om, at vækkeuret ringer...

...

[Prisskema]

Forstærkertelefoner

Der ønskes tilbud på forstærkertelefoner og evt. tilbehør, som kan anvendes af personer med nedsat hørelse...

...

[Prisskema]

Forstærkertelefoner med flere funktioner

Der ønskes tilbud på en forstærkertelefon og evt. tilbehør, som kan anvendes af borgere med hørenedsættelse og nedsat syn...

...

[Prisskema]

FM-systemer til kommunikation

Der ønskes tilbud på forskellige FM-systemer og evt. tilbehør...

...

[Prisskema]

Teleslynge til mobiltelefon

Der ønskes tilbud på teleslyngeløsninger, der giver personer med høreapparat mulighed for at tale i mobiltelefon.

...

[Prisskema]

Audiosko

Der ønskes tilbud på forskellige typer audioskomodeller til diverse høreapparater«

I hvert af prisskemaerne bortset fra prisskemaet vedrørende audiosko var angivet antallet af indklagedes anskaffelser af den pågældende type hjælpemiddel i 2004.

Udbudsbetingelserne indeholdt ikke yderligere angivelser om udbudsgenstanden vedrørende delaftale 1.

I udbudsbekendtgørelsen var anført:

»Rammeaftalens varighed: År: 3«

I udbudsbetingelserne var bl.a. anført:

»...

Der kan afgives tilbud på begge delaftaler eller 1 af delaftalerne. I denne sammenhæng skal oplyses, at Hjælpemiddelcentret [dvs. indklagede] agter at indgå aftale med 1 leverandør på hver delaftale eller samme leverandør på begge delaftaler.

...

7. Aftalens varighed

Der ønskes tilbud på en aftaleperiode på henholdsvis

7.1 Delaftale 1

3 år (1. november 2005 - 31. oktober 2008)

7.2 Delaftale 2

1 år (1. november 2005 - 31. oktober 2006)

Og/eller

3 år (1. november 2005 – 31. oktober 2008)

...

Der vil være mulighed for forlængelse af delaftalerne med max. 12 måneder. Herefter kan kontrakten ikke forlænges.

8. Tildelingskriterier

Ved udvælgelse af, hvilken leverandør Hjælpemiddelcentret vil indgå samarbejde med, vil Hjælpemiddelcentret vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I vurderingen vil indgå nedenstående kriterier, der er anført i prioriteret rækkefølge:

- | | |
|------------|-----------------|
| · Pris | vægtes med 50 % |
| · Kvalitet | vægtes med 30 % |
| · Service | vægtes med 20 % |

...«

I en besvarelse af nogle spørgsmål fra tilbudsgiverne før tilbuddene afgivelse udtalte indklagede:

»Spørgsmål...:

Kan kravet om kompatibilitet med PUZZLE produkter fraviges, da det i modsat fald vil være stærkt konkurrencebegrænsende?

Svar...:

Hjælpemiddelcentrets oprindelige krav om kompatibilitet med PUZZLE produkterne var alene med henblik på at begrænse Københavns Kommunes udgifter i forbindelse med fremtidig installering af nyt udstyr.

Da Hjælpemiddelcentret ikke ønsker at medvirke til en begrænsning af konkurrencen, tværtimod, har vi besluttet at frafalde dette krav. I stedet skal vi blot bede oplyst om, hvorvidt tilbudsgivers produkter er kompatible med PUZZLE produkter. Såfremt tilbudsgiver har forslag til løsningsmuligheder for fortsat anvendelse af de allerede installerede PUZZLE produkter i de københavnske borgers hjem sammen med tilbudsgivers produkter, beder vi om at modtage sådanne forslag sammen med tilbudet.

Det skal for god ordens skyld pointeres, at ovennævnte oplysninger alene vil være en orientering for Hjælpemiddelcentret og ikke indgå i de kriterier, som vil ligge til grund for valg af leverandør.

...

Spørgsmål

Er det muligt at afgive tilbud således, at man primært ønsker begge delaftaler – sekundært en bestemt af de to delaftaler?

Svar...

Ja, det er muligt at afgive et samlet tilbud på begge delaftaler og/eller afgive tilbud på én af delaftalerne.

Forudsætninger for tilbuddet skal tydeligt fremgå af tilbuddet.«

«

Begge tilbudsgivere afgav tilbud både på delaftale 1 og delaftale 2. Klageren tilkendegav dog samtidig, at klageren ikke var interesseret i delaftale 2 alene.

Tilbuddet fra Phonic Ear angik forskellige hjælpemidler i en produktserie benævnt »Puzzle«. Det anførtes i tilbuddet, at disse hjælpemidler kan kombineres og sættes sammen efter brugerens behov.

Tilbuddet fra klageren angik forskellige hjælpemidler, bl.a. af fabrikaterne Univox og Okayo, herunder nogle hjælpemidler med fællesbetegnelsen »Visit trådløst alarmsystem«.

Med enkelte undtagelser angav begge tilbudsgivere i hvert prisskema vedrørende delaftale 1 flere forskellige produkter med pris for hvert produkt.

Efter tilbuddenes modtagelse blev der den 19. og 25. oktober holdt møder mellem indklagedes hjælpemiddelcenter (HMC), der forestod udbuddet, og indklagedes Center for Specialundervisning for Voksne (CSV). På baggrund af drøftelserne på mødet den 19. oktober stillede indklagede i en e-mail den 21. oktober 2005 følgende spørgsmål til klageren:

»Undertegnede skal herved udbede sig en teknisk redegørelse for hvordan Visitserien kan overfører signaler til UniVoxserien/InfraLightserien således at man kan få signaler ud på teleslyngen eller via infrarød overførsel.«

Klageren besvarede forespørgslen i en e-mail den 24. oktober 2005, i hvilken det udtaltes:

»Det er p.t. ikke muligt med de tilbudte produkter – teleslyngeforstærker, IR- og FM systemer – at overføre alarmsignaler fra Visit systemet. Det er muligt at overføre alarmsignaler fra Visit systemet til andre modeller Univox® teleslyngeforstærkere end den tilbudte Univox® 2A.

Indikering af f.eks. telefon- eller dørkald ved anvendelse af telespolestilling på høreapparaterne sker ved hjælp af lampen på den trådløse og flytbare Visit modtagerklokke.

Det fremgår ikke af udbudsmaterialet, at toneindikering er et krav.

En løsning, der muliggør toneindikering fra Visit systemet til både den tilbudte UniVox® 2A samt til de tilbudte IR- og FM systemer, er under udvikling.«

Indklagede svarede samme dag ved en e-mail af følgende indhold:

»Tak for redegørelsen. Jeg gør opmærksom på at vi ganske rigtigt, ikke stiller krav om toneindikering.«

Den 28. oktober 2005 sendte afdelingsleder Jens Winther, CSV, en e-mail til HMC af følgende indhold:

»...

Okayo FM-sættet:

Der er kun en stor modtagerdel, ingen små modtagere til at klippe direkte på høreapparatet. Mikrofonsenderdelen virker noget stor i det og har ikke umiddelbart nogen mulighed for at skifte mellem omnimikrofon og retningsmikrofon (Zoom).

De ovennævnte funktioner har både PhonicEar- og Phonakprodukterne.

Alt i alt minder Okayosættet om tidligere versioner af ovennævnte firmaers produkter.

...«

Der er fremlagt en udateret opstilling over tilbudspriserne i de to tilbud med hensyn til de tilbudte produkter 1, udarbejdet af en medarbejder hos indklagede. For nogle af produkternes vedkommende er tilbudspriserne i opstillingen multipliceret med antallet af allerede installerede produkter af den pågældende type, og der er på grundlag heraf i opstillingen angivet absolutte og procentvise prisforskelle mellem de to tilbud med hensyn til de pågældende produkter. I opstillingen udtales desuden:

»Kommentar:

Det er svært at foretage en direkte prissammenligning. Priserne afspejler umiddelbart en forskel i de tilbudte kvaliteter, herunder funktionsmåde, anvendelsesmåde og anvendelsesområde.

På de produkter, der umiddelbart er til at sammenligne, er angivet den procentvise prisforskel. Dansk Høre Teknik er billigst på de fleste poster. Især på FM-siden og på de infrarøde systemer virke det som om der er tale om en markant kvalitativ forskel mellem de tilbudte produkter. På alarmeringsdelen virker produkterne fra Phonic Ear A/s også til at være

markant bedre, set i forhold til behovet for alarmering. Det kan forklare prisforskellen.

CSV må tage stilling til om den konstaterede prisforskel også er udtryk for en udtalt kvalitetsforskel.

Konklusionen: Ift. tildelingskriteriet pris, tilbyder Dansk Høreteknik et billigere produktsortiment end Phonic Ear.

Forskellen svinger et sted mellem 11 og 35 %. Et gennemsnit på 24%.

Anbefaling: Dansk Høreteknik tildeles 10 point. Phonic Ear tildeles 7 point.

Forbehold: Prissammenligningen er altså foretaget iht. formålet – ex alarmering af borger via lydsignaler.

Der er ikke taget højde for hvordan de tilbudte kvaliteter, herunder hvordan phjælpemidlerne anvendes og fungerer«

Indklagede besluttede den 28. oktober 2005 at indgå kontrakt med Phonic Ear. Denne beslutning byggede på drøftelserne mellem HMC og CSV og blev telefonisk godkendt af CSV. HMC bad samtidig CSV om at fremsende en uddybende redegørelse. Baggrunden herfor var, at Jens Winther ikke i sin e-mail af 28. oktober 2005 havde omtalt andet end FM-systemer, selvom der i drøftelserne mellem HMC og CSV også var indgået andre spørgsmål, bl.a. spørgsmålet om toneindikering.

I et brev af 28. oktober 2005 til klageren oplyste indklagede, at indklagede påtænkte at indgå kontrakt med Phonic Ear vedrørende begge delaftaler. Efter af klagerens advokat ved et brev af 8. november 2005 havde anmodet indklagede om en begrundet redegørelse for tildelingsbeslutningen, sendte HMC den 9. november 2005 en e-mail til Jens Winther af følgende indhold:

»...

På baggrund af vores sidste møde, har vi tilskrevet Phonic Ear A/S og Dansk Høreteknik A/S og herigennem oplyst, at Hjælpemiddelcentret påtænker at indgå aftale med Phonic Ear A/S.

Imidlertid har vi den 08.11.05 modtaget en henvendelse fra Dansk Høretekniks advokat som ønsker en detaljeret redegørelse for på hvilke punkter Dansk Høretekniks produktsortiment udviser manglende fleksibilitet (manglende mulighed for toneindikering mv.) samt på hvilke punkter de tilbudte FM-systemer fra Dansk Høreteknik A/S ikke lever op til Københavns Kommunes ønsker hertil.

Vi håber meget, at du vil være os behjælpelig med at udarbejde en detaljeret redegørelse herfor, idet vi, i vores vurdering af de to tilbud, har lagt stor vægt på CSV's udtalelser om de to firmaers tilbudte produktsortiment.

...«

Den udbedte detaljerede redegørelse fremkom i breve af 11. november og 13. november 2005 fra Jens Winther. Ved et brev af 17. november 2005 sendte indklagede herefter til klagerens advokat et ikke dateret dokument om vurdering af tilbuddene vedlagt Jens Winthers breve af 11. november og 13. november 2005.

I det omtalte ikke daterede dokument om vurdering af tilbuddene udtales:

»...

Nedenstående vurderingsmodel udgør grundlaget for vurderingen af tilbuddene.

...

Tilbuddene vil blive vurderet som to selvstændige tilbud. Først vurderes tilbudene på delaftale 1 og derefter vurderes tilbudene på delaftale 2.

Tildelingskriterier	Grundlag for vurdering af delaftale 1	Vægtning
Pris	- Anførte priser i tilbuds-skema - Prisregulering	Vægtes med 50 %
Kvalitet	- Beskrivelse af tilbudsgivers kvalitetssikringssystem - Produktbeskrivelse, herunder anvendelsesmuligheder, fleksibilitet og sortimentsbredde - Leverandørens erfaring fra tidligere leverancer af samme karakter	Vægtes med 30 %
Service	...	Vægtes med 20 %

...

Tildelingskriterierne – pris, kvalitet og service – bliver vurderet ud fra en pointskala fra 0 – 10. Den tilbudsgiver der, kvalitativt set, vurderes til at være bedst til at opfylde det enkelte tildelingskriterium tildeles 10 point. Derefter tildeles de andre tilbud point i forhold til en kvalitativ vurdering

af forskellen mellem det pågældende tilbud og det tilbud der bedst opfylder kriteriet. Pointene bliver herefter ganget med vægtningen.

...

Hjælpe-middelcentrets vurdering af de indkomne tilbud på delaftale 1

Pris...

Dansk Høretekniks pristilbud er billigst på alle produkter, på nær audioskomodellerne som Phonic Ear A/S leverer uden beregning.

Prisforskellen varierer fra produkt til produkt. Det er dog ikke på Hjælpe-middelcentrets kerneprodukter som eksempelvis en alarmsenderenhed eller en modtagerenhed, at prisforskellen er størst. Den største prismæssige forskel ligger på vibratormodtagerenheden. Det samlede udlån af vibratorenheder er dog begrænset.

En skønsmæssig beregning på det årlige udlån af vores kerneprodukter udviser, at det vil være forbundet med en merudgift på ca. 350.000 kr. årligt, at antage Phonic Ears tilbud. Omvendt må vi, hvis vi vælger at indgå aftale med Dansk Høreteknik A/S, påregne en væsentlig merudgift i forbindelse med kommende reparationer eller udbygninger af eksisterende installationer, fordi Dansk Høretekniks produktsortiment ikke kan sætte sammen med PUZZLE serien fra Phonic Ear A/S.

Set i forhold til udbudsmaterialet har vi dog modificeret kravet om kompatibilitet med PUZZLE produkterne af konkurrencemæssige hensyn. Vi kan dog ikke se bort fra, at det vil være forbundet med store omkostninger at vælge Dansk Høretekniks tilbud. Dette fordi vi i mange situationer vil være nødsaget til at udskifte en hel serie af allerede installerede PUZZLE produkter pga. en defekt alarmsender eller lignende.

...

På denne baggrund tildeles tilbudsgiverne følgende point:

Dansk Høreteknik A/S	10 x 0,50	= 5
Phonic Ear A/S	7 x 0,50	= 3,5

Kvalitet

Referencer

Begge tilbudsgivere kan dokumentere deres erfaring med leverancer af tilsvarende karakter.

...

Kvalitativ gennemgang af det tilbudte produktsortiment

På baggrund af gentagende, såvel mundtlige som skriftlige drøftelser med Center for Specialundervisning for Voksne (CSV), kan vi om Phonic Ears produktsortiment konstatere, at firmaet tilbyder et tidssvarende

produktsortiment som spiller fint sammen på tværs. Det vil sige, at det teknisk set er uden problemer, at tilkoble nye produkter på allerede eksisterende anlæg. Desuden er der mulighed for toneindikering, hvilket vil sige, at man eksempelvis kan overføre signaler fra alarmsenderenhederne til teleslynge og infrarøde anlæg. På baggrund af drøftelserne med CSV konkluderer vi, at Phonic Ears produkter er velegnet til at tilgodese, understøtte og afhjælpe borgernes funktionsnedsættelse i form af nedsat hørefunktion.

På FM siden kan vi ligeledes konstatere, at Phonic Ear A/S tilbyder et tidssvarende og bredt produktsortiment af høj kvalitet, der er i stand til at tilgodese mange forskellige situationer og behov. CSV udtaler i denne sammenhæng, at FM-systemerne fra Phonic Ear A/S i langt de fleste tilfælde, vil kunne imødekomme Københavns Kommunes borgeres behov for at kunne kommunikere, høre tv og radio mv., ved hjælp af FM-systemer.

Dansk Høreteknik har ligeledes afgivet tilbud på samtlige produkter. Ligeledes på baggrund af gentagende drøftelser med CSV kan vi konstatere, at firmaets tilbud som udgangspunkt opfylder de krav vi har stillet til det ønskede produktsortiment. Dog består Dansk Høretekniks produkter, af flere forskellige fabrikater hvor det ikke i alle tilfælde er muligt, at få de forskellige fabrikater/produkter til at fungere sammen på tværs. Eksempelvis er der med de tilbudte produkter – teleslyngeforstærker, IR- og FM-system – ikke mulighed for at overføre alarmsignaler fra Visitsystemet. Indikeringen af eksempelvis dør eller telefonkald ved anvendelse af telespoleindstilling på høreapparaterne sker ved lampeindikering fra den trådløse og mobile visitmodtager.

På FM-siden oplyser CSV, at det tilbudte produktsortiment fra Dansk Høreteknik A/S må betegnes som værende særdeles mangelfuldt.

Dansk Høretekniks FM-systemer vil efter CSV's vurdering, ikke kunne dække Københavns Kommunes faktiske efterspørgsel på FM-systemer. Ved indgåelse af aftale med Dansk Høreteknik A/S vil Københavns Kommune være nødsaget til at indkøbe størstedelen af de bevilgede FM-systemer hos andre leverandører end Dansk Høreteknik A/S. Dette anser vi for at være en væsentlig mangel ved det tilbudte produktsortiment, idet vi ønsker at indgå aftale med en leverandør, der kan indgå aftale på hele produktsortimentet. Betjeningsmæssigt set, lever den tilbudte teleslynge til mobiltelefoner fra Dansk Høreteknik ikke op til Phonic Ears alternativ.

På denne baggrund anses Phonic Ears produktsortiment som værende mere fleksibelt og homogent sammensat. På FM-siden, som i stadig stigende grad anvendes som et høreteknisk hjælpemiddel, tilbyder Phonic

Ear A/S et markant bredere og væsentligt bedre dækkende produktsortiment en Dansk Høreteknik A/S.

Vi har efterfølgende bedt CSV om at udarbejde en skriftlig teknisk redegørelse for den kvalitative vurdering af de indkomne tilbuds produktsortiment med henblik på eventuelt behov for dokumentation.

På denne baggrund tildeles tilbudsgiverne følgende point:

Dansk Høreteknik A/S	2 x 0,30	= 0,6
Phonic Ear A/S	10 x 0,30	= 3

Service

...

Det er ikke muligt at pege på en kvalitativ forskel på de to indkomne tilbud. På denne baggrund sidestilles de to tilbud i henhold til tildelingskriteriet: Service.

Dansk Høreteknik A/S	i alt	10 x 0,2	= 2
Phonic Ear A/S	i alt	10 x 0,2	= 2

Samlet konklusion

Den endelige pointtildeling kommer herefter til at se ud som følger:

Dansk Høreteknik A/S	i alt	= 7,6
Phonic Ear A/S	i alt	= 8,5

I det Dansk Høreteknik A/S ikke ønsker at påtage sig delaftale 2's aftaleforpligtelser, medmindre firmaet tildeles delaftale 1 besluttet det, at tilbyde Phonic Ear A/S den samlede aftale...«

I de omtalte vedlagte breve af 11. og 13. november 2005 fra Jens Winther udtaltes:

...

Som lovet lidt om FM-systemer.

Et tidssvarende FM sende- modtagesystem for hørehæmmede bør som minimum indeholde:

Sender/mikrofon:

Let mikrofonmodul med mulighed for hurtig omstilling mellem omni- og retningsfunktion (indbygget retnings- / omnimikrofon).

Modtager:

BTE HA Mini FM-modtager som kan klipses på høreapparatet enten direkte eller via audiosko.

AIØ HA FM-modtager med halsslynge.

Phonic Ears produkter opfylder disse krav.

Okayprodukterne kan ikke siges at opfylde kravene.

1. Ingen FM-modtager til at klippe på HA.
2. Ikke indbygget retningsmikrofon.
3. (Systemkomponenterne er ret store i forhold til, hvad der ellers findes på markedet).

...

Som lovet lidt om lytte- og alarmudstyr.

Dansk Høreteknik.

3 forskellige produktserier som ikke kan forbindes indbyrdes:

Teleslyngeforstærkersystem – infrarødt system – trådløst alarmsystem (dør, port, telefon, røgalarm, babyalarm, vækkealarm m.m. med lyd, lys eller vibrator).

Hver for sig er de tre systemer OK, men jeg finder det uhensigtsmæssigt, at der ikke er mulighed for at skabe forbindelse mellem alarmsystemer og lyttesystemer.

(Anvendes teleslyngeforstærker UniVox U2A, er der ikke umiddelbart mulighed for tonekald. Anvendes UniVox DLA-70, er der mulighed for ledningstrukket tonekald fra dør og telefon. Anvendes InfraLight, er der ikke umiddelbart mulighed for tonekald.).

Phonic Ear.

En velintegreret trådløst forbundet produktserie:

Teleslyngeforstærker – infrarødt system – FM-sender – trådløst alarmsystem (dør, port, telefon, røgalarm, babyalarm, vækkealarm m.m. med lyd, lys eller vibrator).

Automatisk tonekald til de forskellige lyttesystemer, som endvidere kan udskiftes efter behov.

Tonekald:

Alarmsystemet er trådløst eller ledningsforbundet til lytteudstyret således, at de forskellige alarmer høres via lytteudstyret, når dette benyttes.

Jeg finder ikke, at en transportabel klokke med en blinkende lampe kan erstatte tonekald.

...«

I en erklæring af 2. februar 2006 fra Jens Winther udtales:

»Min baggrund:

Jeg har i ca. 30 år beskæftiget mig med døve-/hørehæmmede mennesker såvel voksne som børn og unge. De sidste ca. 14 år i særdeleshed indenfor området høretekniske hjælpemidler. Jeg har endvidere undervist på Danmarks Lærerhøjskole ved tale- høreopædagoguddannelsen i faget hø-

retekniske hjælpemidler, samt på efteruddannelsen for tale- hørepædago-
ger også indenfor området høretekniske hjælpemidler.

Jeg mener, at jeg med denne baggrund er fuldt kvalificeret til at vurdere
høretekniske hjælpemidler på baggrund af fremsendte datablade og bro-
churer.

...

På baggrund af det fremsendte licitationsmateriale samt mit kendskab til
produkternes rent fysiske udformning mener jeg mig således i stand til at
vurdere produkterne.«

Efter at klageren havde klaget til Konkurrencestyrelsen, afgav Konkurren-
cestyrelsen en udtalelse den 17. marts 2006. I udtalelsen kritiserede Kon-
kurrencestyrelsen nogle forhold i forbindelse med udbuddet. Konkurrence-
styrelsen udtalte herved bl.a.:

[»De enkelte tilbud skal] vurderes enkeltvis op mod tildelingskriterierne,
og have tildelt points efter, hvordan tilbudet opfylder disse kriterier og
ikke hvordan tilbuddet ligger i forhold til de andre indkomne tilbud. Det
forhold, at Københavns Kommune altid tildeler det bedste tilbud 10 po-
int, betyder, at der er en risiko for, at pointtildelingen ikke giver et helt
retvisende billede.

Det forhold, at en tilbudsgiver kommer med det bedste bud blandt de
modtagne bud, er ikke ensbetydende med, at dette tilbud lever maksimalt
op til alle udbudsmaterialets krav og derfor automatisk er berettiget til 10
point.

Dertil kommer, at det også kan give et forkert billede, når de næste bud i
rækken tildeles point i forhold til det bedste indkomne bud. Det gør sig
især gældende, hvis det bedste bud, som får 10 point har overpræsteret.
Det vil sige, at virksomheden fx har afgivet tilbud på et produkt, som fx
overstiger de krav, der er stillet til teknisk formåen i udbudsmaterialet.

I sådanne tilfælde er der risiko for, at et bud, som lever op til kravspeci-
fikationerne, og som i princippet ville være berettiget til 10 point, bliver
vurderet til et lavere pointtal, fordi et konkurrerende tilbud har overpræ-
steret og derfor bliver tildelt 10 point for bedste bud. De bud, der alene
lever op til de opstillede krav, vil i den situation blive vurderet for lavt.

...I kommunens vurdering og beskrivelse af de to tilbud vurderes tilbud-
dene dog enkeltvis, og tilbuddenes fordele og ulemper beskrives særskilt.

...[De to tilbud] er vurderet stort set ens på alle punkter på nær i forhold
til kvaliteten, hvor der er et meget stort spring....Det er på den baggrund
styrelsens antagelse, at selvom kommunen havde anvendt en pointmodel,

hvor det bedste bud ikke automatisk får 10 point, ville udfaldet af konkurrencen med stor sandsynlighed have været det samme...«

Konkurrencestyrelsen anførte som sin samlede vurdering, at de kritiserede forhold ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen, således at Konkurrencestyrelsen ikke foretog sig videre i sagen.

Klagerens direktør, Poul Schmidt, har bl.a. forklaret: Klageren tilbød ikke toneindikering, da dette ikke var krævet i udbudsbetingelserne og er dyrere, og da prisen vægtede med 50 % og der findes andre måder at opnå samme funktion på. Angivelserne om mulighederne for toneindikering i klagerens e-mail af 24. oktober 2005 skyldtes en fejl. FM-systemer til at sætte på et høreapparat med clips var heller ikke krævet i udbudsbetingelserne.

Birgitte Østergaard, der er chef for HMC, har bl.a. forklaret: Indklagede lagde ved vurderingen af tilbuddene ikke vægt på, om de tilbudte produkter var kompatible med Phonic Ear's produkter. Bemærkningen om dette spørgsmål i tilbudsvurderingen, der til dels blev indsat på Birgitte Østergaards initiativ, havde til formål at henlede opmærksomheden på problemerne ved, at der mangler en fælles standard. Ved tilbudsvurderingen sammenlignede indklagede med markedets bedste standard, men markedet er de bydende, og Phonic Ear er markedsførende og sætter standarden. Opstillingen over tilbudspriser blev udarbejdet af en medarbejder før tildelingsbeslutningen. Man burde have givet Phonic Ear 9 points med hensyn til pris vedrørende delaftale 1, da den samlede beregnede prisforskel var ca. 350.000 kr., dvs. ca. 10 % af delaftale 1's værdi. Vurderingen af tilbuddene med hensyn til kvalitet blev foretaget ved kontakt mellem en medarbejder i HMC og Jens Winther. Konklusionen var, at klagerens produkter ikke var tidssvarende og ikke opfyldte alle ønskede funktioner. Tilbudsvurderingen blev lavet løbende under kontakt med Jens Winther og var færdig før tildelingsbeslutningen. Jens Winther godkendte formuleringerne i tilbudsvurderingen om de tilbudte produkters kvalitet. Den endelige tilbudsvurdering fandt sted den 28. oktober 2005 under kontakt med Jens Winther. De udførlige udtalelser fra CSV til at vedlægge tilbudsvurderingen blev aftalt samtidig, og efter henvendelsen fra klagerens advokat rykkede HMC for disse udtalelser. Det var ikke muligt for indklagede at foretage en sammenligning af tilbudspriserne på grundlag af en forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af hver af de hjælpemidler, der var udbudt under del-

aftale 1, da indklagede ikke havde tilstrækkeligt statistisk materiale til at kunne gøre dette. Indklagede erkender, at der er behov for en bedre statistik.

Afdelingsleder Jens Winther, CSV, har bl.a. forklaret: Han vedstår sine ovenfor gengivne erklæringer. Okayo-produkterne virker noget altmodische. Det var sådan de andre lavede det for 6-8 år siden. State of the art er et apparat, man sætter på et høreapparat. Som samlet produktserie er de af Phonic Ear tilbudte produkter langt, langt bedre end de af klageren tilbudte produkter. Jens Winther har ikke deltaget i pointtildelingen og har ikke haft tilbudsvurderingen til gennemsyn. Jens Winther var fra starten blevet bedt om de erklæringer, som han afgav den 11. og 13. november 2005, men havde smølet med dem.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende: Det fremgår af indklagedes tilbudsvurdering, at indklagede lagde vægt på, at der ved tildeling af kontrakten til Phonic Ears ikke ville opstå merudgifter som følge af kompatibilitetsproblemer. Dette er en overtrædelse af udbudsreglerne som beskrevet i påstanden.

Indklagede har gjort gældende: Indklagede lagde ikke ved tildelingsbeslutningen vægt på, om der ville opstå kompatibilitetsproblemer vedrørende Phonic Ear's produkter. Bemærkningen i tilbudsvurderingen om kompatibilitetsproblemer var alene en oplysning til indklagedes økonomiske forvaltning. Kompatibilitetsspørgsmålene hørte under delaftale 1.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende: Det fremgår af indklagedes tilbudsvurdering, at indklagede ved vurderingen for hvert underkriterium gav maksimum-points til det bedste tilbud og points til de øvrige tilbud i forhold hertil. Af de grunde, som er anført i Konkurrencestyrelsens udtalelse, er dette en overtrædelse af udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende: Det bestrides, at indklagedes tildeling af points til tilbuddene er sket på en måde, der har været i strid med udbudsreg-

lerne. Man bør herved være opmærksom på, at de bydende har været repræsentative for markedet.

Ad påstand 3

Indklagede har erkendt at have overtrådt udbudsreglerne som anført i påstanden, men har anført, at overtrædelsen har været uden betydning for tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 4 og 5

Klageren har gjort gældende: Indklagede lagde ved tilbudsvurderingen vægt på at få et tidssvarende og bredt produktsortiment af høj kvalitet, der er i stand til at tilgodese mange forskellige ønsker og behov, ligesom indklagede lagde vægt på muligheden for toneindikering. Det fremgik ikke af udbudsbetingelserne, at indklagede ville lægge vægt på disse forhold. Klageren gik ved udformningen af sit tilbud ud fra den angivne vægtning af underkriterierne, herunder at prisen ville blive vægtet med 50 %, og klageren udformede således sit tilbud med en lav tilbudspris. Klageren kunne uden vanskelighed have tilbudt et bredere og dyrere produktsortiment.

Indklagede har gjort gældende: Indklagedes ønsker fremgik af udbudsbetingelserne, og det var naturligt og forventeligt, at indklagede ved tilbudsvurderingen lagde vægt på de nævnte forhold. Indklagede havde ikke pligt til udtrykkeligt at nævne dem i udbudsbetingelserne. I øvrigt bestrides, at indklagede lagde afgørende vægt på toneindikering.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende: Indklagede har vurderet de af klageren tilbudte produkter ved at sammenligne dem med Phonic Ear's produkter i stedet for at vurdere dem selvstændigt. Indklagede har således ikke foretaget en objektiv, teknisk vurdering af klagerens produkter. Det er uforståeligt, at klagerens produkter kun skulle kunne opnå en særdeles lav karakter i forhold til Phonic Ear's produkter, og indklagede har ikke anvendt pointskalaen korrekt.

Indklagede har gjort gældende: Indklagede har ikke vurderet de tilbudte produkter med udgangspunkt i Phonic Ear's produkter, men har vurderet de tilbudte produkter på baggrund af sit kendskab til, hvad man i dag kvalitetsmæssigt kan forvente af høretekniske hjælpemidler.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende: Indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet i påstanden.

Indklagede har gjort gældende: Det bestrides, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet i påstanden. Det er ikke teknisk muligt i en elektronisk udbudsbekendtgørelse at angive kontraktens varighed som et eller tre år, og det forhold, som påstanden angår, er uden enhver betydning.

Ad påstand 8

Klageren har anført, at der som følge af omfanget og karakteren af indklagedes overtrædelse bør ske annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har anført, at der ikke er grundlag for annullation.

Ad spørgsmål 9

Klageren har gjort gældende: Indklagede har nok foretaget en beregning af tilbudspriserne, men denne beregning har været behæftet med betydelige mangler og har været helt uegnet. Beregningen omfatter således langt fra alle de tilbudte hjælpemidler. Med hensyn til de hjælpemidler, som beregningen omfatter, går beregningen endvidere ud fra mængden af de hjælpemidler, der allerede er anskaffet. Det er irrelevant og fører til forkerte resultater.

Indklagede har gjort gældende: Indklagedes vurdering af tilbuddene i henseende til underkriteriet pris var baseret på en saglig forhåndsvurdering af de forventede anskaffelser af de produkter, der var omfattet af udbuddet. Forhåndsvurderingen er til dels foretaget på grundlag af et skøn, da indklagede ikke har haft statistisk grundlag for på forhånd at angive den nøjagtige mængde anskaffelser af de forskellige hjælpemidler. Det er uden betydning, at indklagedes prisberegning med hensyn til nogle af hjælpemidlerne er sket på grundlag af de allerede anskaffede hjælpemidler, idet det mængdemæs-

sige forhold mellem de forskellige typer hjælpemidler må være det samme, uanset om man går fra de forventede anskaffelser eller de allerede foretagne anskaffelser. Pointtildelingen vedrørende underkriteriet pris er sket forholdsmæssigt på grundlag af skønnet og prisberegningen.

Ad spørgsmål 10

Klageren har ikke kommenteret spørgsmålet.

Indklagede har gjort gældende: Dokumentet indeholdende indklagedes tilbudsvurdering blev udfærdiget før tildelingsbeslutningen, og indklagede har således ikke overtrådt udbudsreglerne som angivet i spørgsmålet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, a

Udbudsbetingelserne stillede krav om, at de tilbudte produkter skulle være kompatible med Puzzle-produkterne, dvs. med Phonic Ear's produkter, men indklagede frafaldt kravet under spørgerunden før tilbudsafgivelsen.

I indklagedes tilbudsvurdering er anført, at tildelingen af points til tilbudde ne vedrørende underkriteriet pris skete på baggrund af nogle nærmere angivne forhold. Blandt disse forhold nævnes i tilbudsvurderingen, at indklagede ikke kunne se bort fra, at det ville være forbundet med store omkostninger at vælge klagerens tilbud, og der henvises herved til (kort gengivet) manglende kompatibilitet mellem klagerens og Phonic Ear's produkter.

Uanset indklagedes anbringende om, at indklagede ikke ved tildelingen af points for underkriteriet pris lagde vægt på kompatibilitet med Phonic Ear's produkter, er der herefter en formodning for, at indklagede desuagtet gjorde dette. Denne formodning er ikke afkræftet, allerede fordi der ikke er fremkommet præcise oplysninger om, hvordan indklagede nåede frem til de tildelte points for underkriterium pris. Tværtimod skete indklagedes tildeling af points for dette underkriterium til dels efter et skøn.

Klagenævnet lægger herefter til grund, at indklagede uanset sin forhåndstilkendegivelse om det modsatte ved tildelingen af points for underkriteriet

pris lagde vægt på, at klagerens produkter ikke var kompatible med Phonic Ear's produkter. Dette var en overtrædelse af de regler, der nævnes i påstanden, hvorfor påstanden tages til følge.

Ad påstand 1, b

Klagenævnet finder ikke grundlag for at tage denne påstand til følge.

Ad påstand 2

Ved EU-udbud, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, skal udbyderen foretage en tilbudsvurdering på grundlag af underkriterierne til tildelingskriteriet og disses relative vægtning, jf. Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2. En sådan tilbudsvurdering foretages typisk ved anvendelse af en pointmodel. Klagenævnet har ikke i denne sag anledning til at tage stilling til, hvorledes pointmodeller skal udformes, men Klagenævnet kan tiltræde den ovenfor refererede udtalelse fra Konkurrencestyrelsen, i hvert fald for så vidt angår de såkaldte »kvalitative« underkriterier, dvs. andre underkriterier end underkriteriet pris. Tildeling af points for tilbuddenes opfyldelse af i hvert fald de kvalitative underkriterier skal således ske ud fra tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden. Klagenævnet har ikke i denne sag anledning til at tage stilling til, om dette også gælder for underkriteriet pris.

Den model for tildeling af points, som indklagede anvendte, gik med hensyn til alle underkriterier ud fra tilbuddenes forhold til hinanden. Dette var en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, og det er uden betydning, om overtrædelsen havde indflydelse på tildelingsbeslutningen.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet konstaterer, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet i påstanden.

Ad påstand 4

Ved sin vurdering af tilbuddenes forhold til underkriteriet kvalitet lagde indklagede ifølge tilbudsvurderingen vægten på de tilbudte produkters ind-

byrdes kompatibilitet, mulighed for toneindikering og på de tilbudte FM-systemers egenskaber. Af erklæringerne fra Jens Winther, der dannede grundlaget for vurderingen, fremgår, at der med hensyn til FM-systemerne sigtedes til, om der var mulighed for at klippe FM-systemerne på et høreapparat, og på systemernes fysiske størrelse m.m. På grundlag af vurderingen gav indklagede klagerens tilbud et så lavt pointtal vedrørende kvalitet, at dette pointtal reelt blev afgørende for tildelingsbeslutningen, også selvom underkriteriet kvalitet kun vægtedes med 30 %. Indklagede lagde således ved tildelingsbeslutningen afgørende vægt på, om de tilbudte produkter havde de omtalte egenskaber.

Kvalitet er et vidt begreb, og udbudsreglerne stiller ikke krav om, at en udbyder i udbudsbetingelserne skal angive i alle enkeltheder, hvad der sigtes til med et underkriterium om kvalitet. Hvis udbyderen ved tildelingsbeslutningen lægger afgørende vægt på, om de tilbudte produkter har nogle bestemte egenskaber, må tilbudsgiverne imidlertid med rimelighed kunne forvente, at udbyderen har oplyst herom på forhånd. Dette gælder ikke mindst i et tilfælde som det foreliggende, hvor kvalitet vægtes væsentligt lavere end pris, og hvor det er forholdsvis nemt for udbyderen at angive, hvad der vil blive lagt vægt på.

Indklagede skulle derfor i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne have oplyst, at indklagede ville lægge afgørende vægt på, om de tilbudte produkter havde de omtalte egenskaber. Ved ikke at gøre dette overtrådte indklagede udbudsreglerne som angivet i påstanden, hvorfor påstanden tages til følge.

Ad påstand 5 og 6

På baggrund af Klagenævnets resultat vedrørende påstand 4 har Klagenævnet ikke fundet anledning til at tage stilling til disse påstande.

Ad påstand 7

Allerede fordi det forhold, som påstanden angår, er en ren bagatel, finder Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad spørgsmål 9

En udbyders vurdering af tilbuddenes forhold til et tildelingskriterium eller underkriterium om pris skal efter karakteren af et sådant kriterium foretages enten ved en simpel konstatering eller, hvis en sådan ikke er mulig, ved en eksakt beregning, i det omfang dette er muligt. Dette følger af det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Ad spørgsmål 9, a

Det foreliggende tilfælde angår udbud af en rammeaftale om en række forskellige ydelser, hvor udbyderen ikke på forhånd har oplyst, hvorledes tilbuddenes opfyldelse af kriteriet om pris vil blive beregnet. I et sådant tilfælde skal udbyderen sammenligne tilbudspriserne for hver enkelt af de udbudte ydelser på grundlag af en saglig forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af hver ydelse, og udbyderen skal derefter på grundlag af forhåndsvurderingen foretage en egentlig beregning af, hvad tilbudspriserne lyder på.

Indklagede skulle derfor have beregnet tilbudspriserne således: Indklagede skulle have gennemgået de udfyldte prisskemaer i hvert tilbud for sig. For hvert af de angivne produkter i prisskemaerne skulle indklagede have foretaget en saglig vurdering, i nødvendigt omfang skønsmæssig, af de forventede anskaffelser af det pågældende produkt under forudsætning, at tilbuddet fra den pågældende tilbudsgiver blev antaget. På grundlag af den angivne tilbudspris for det pågældende produkt skulle indklagede derefter have beregnet den forventede udgift til anskaffelse af produktet under den nævnte forudsætning. På grundlag af sådanne beregninger for hvert tilbudt produkt skulle indklagede derefter have beregnet den samlede tilbudspris for det pågældende tilbud.

Klagenævnet kan ikke tiltræde indklagedes synspunkt om, at det ikke var muligt at foretage en forhåndsvurdering af de forventede anskaffelser af de tilbudte produkter, fordi indklagede ikke havde tilstrækkeligt statistisk materiale. En offentlig udbyder som indklagede må og skal være i stand til at foretage en saglig forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af en produkttype, og en sådan forhåndsvurdering vil altid skulle indeholde et skønsmæssigt element.

Indklagede foretog ikke en beregning af tilbudspriserne som beskrevet ovenfor. Indklagede foretog ganske vist en beregning med hensyn til visse af de tilbudte hjælpemidler. Denne beregning gik imidlertid ikke ud fra en forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af de pågældende hjælpemidler, men gik derimod ud fra det allerede anskaffede antal af dem. Dette var uden mening og kan have ført til forkerte resultater. I øvrigt ansatte indklagede tilbudspriserne ved et skøn.

Ved således at have ansat tilbudspriserne dels ved en meningsløs beregning, dels ved et skøn, overtrådte indklagede ligebehandlingsprincippet som angivet i spørgsmålet.

Ad spørgsmål 9, b

Indklagede udøvede desuden et skøn med hensyn til, hvilke points der skulle tildeles de to tilbud med hensyn til underkriteriet pris. Dette var en naturlig konsekvens af, at indklagede til dels havde udøvet et skøn med hensyn til, hvad tilbudspriserne lød på, men var en yderligere, selvstændig overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Når en udbyder af en rammeaftale med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud har konstateret, hvad tilbudspriserne lyder på, skal udbyderen derefter foretage en egentlig beregning af, hvilke points der skal tildeles tilbuddene vedrørende underkriteriet om pris. Klagenævnet har ikke i denne sag anledning til at tage stilling til, hvorledes en sådan beregning skal udføres.

Da indklagede ikke har foretaget en beregning som omtalt, konstaterer Klagenævnet, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet som angivet i spørgsmålet.

Ad spørgsmål 10

I hvert fald i tilfælde, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, følger det af det EU-retlige gennemsigtighedsprincip, at udbyderen af et EU-udbud skal udforme en skriftlig tilbudsvurdering, der viser, hvorledes udbyderen er nået frem til tildelingsbeslutningen. Den skriftlige tilbudsvurdering skal kunne tjene som dokumentation i forbindelse med udbyderens oplysninger til forbigåede tilbudsgivere i medfør af

Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, eller Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 49, stk. 2, og under en eventuelt efterfølgende klagesag eller retssag. Den skal derfor være udformet senest samtidig med tildelingsbeslutningen.

Indklagedes skriftlige tilbudsvurdering er ikke dateret og bærer præg af at være udfærdiget efter tildelingsbeslutningen. Tilbudsvurderingen henviser således til, at indklagede »efterfølgende« havde bedt Jens Winther om at udarbejde en skriftlig teknisk redegørelse, og indklagede sendte tilbudsvurderingen til klagerens advokat sammen med Jens Winthers redegørelser, der var dateret i november 2005, dvs. efter tildelingsbeslutningen. Heller ikke indklagedes opstilling over tilbudspriserne er dateret, og denne opstilling er først fremlagt ved den mundtlige forhandling for Klagenævnet.

Selvom Klagenævnet lægger til grund, at indklagedes skriftlige tilbudsvurdering giver et retvisende billede af, hvad indklagede lagde vægt på ved tildelingsbeslutningen, er der herefter en formodning for, at tilbudsvurderingen først er udfærdiget efter tildelingsbeslutningen, og denne formodning er ikke afkræftet.

Klagenævnet konstaterer på den anførte baggrund, at indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip som angivet i spørgsmålet.

Ad påstand 8

Som følge af karakteren af de overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 1, a og 4 samt spørgsmål 9, tages påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1, a

Indklagede Københavns Kommune har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter m.m., herunder reglerne i Udbudsdirektivet 2004/18, ved ved fastsættelsen af pointtal til til-

buddene vedrørende delaftale 1 med hensyn til underkriteriet pris at lægge vægt på, at der ved tildeling af kontrakten til den hidtidige leverandør Phonic Ear A/S ikke ville opstå merudgifter som følge af manglende kompatibilitet med Phonic Ear A/S' produkter, uanset at indklagede havde tilkendegivet, at indklagede ikke ville lægge vægt på dette forhold.

Ad påstand 2

Indklagede har indklagede handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have tildelt tilbuddene points på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med de ad påstand 1 nævnte regler ved at have fastsat underkriteriet »Leverandørens erfaring fra tidligere leverancer af samme karakter«, idet dette er et udvælgelseskriterium, der ikke må anvendes som tildelingskriterium.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med de ad påstand 1 nævnte regler ved hverken i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte.

Ad spørgsmål 9

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip

- a. ved at foretage et skøn over tilbudspriserne i stedet for en beregning af de samlede tilbudspriser ud fra en forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af hver ydelse og
- b. ved at tildele tilbuddene points for underkriteriet pris ved et skøn i stedet for ved en beregning.

Ad spørgsmål 10

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have udformet en skriftlig tilbudsvurdering senest samtidig med tildelingsbeslutningen.

Indklagedes beslutning af 28. oktober 2005 om at indgå kontrakt med Phonic Ear A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, b. Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 5-7.

Indklagede, Københavns Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Høreteknik A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig