

K E N D E L S E

Oticon A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, København)

mod

Kommunernes Landsforening
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander, København)

Efter tidligere at have annulleret flere udbud udbød indklagede, Kommunernes Landsforening, ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 178-292152 af 12. september 2011 som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) rammeaftaler om indkøb af høreapparater. Det anføres i udbudsbekendtgørelsen, at maksimum antal deltagere i den planlagte rammeaftale er 5, at rammeaftalens varighed er 12 måneder, og at rammeaftalen er opdelt i 31 delaftaler. Den anslåede værdi ekskl. moms er 180 – 270 mio. kr.

Tilbud skulle sendes til Amgros I/S, der er et interessentskab ejet af regionerne. Kommunernes Landsforening og Amgros I/S har indgået aftale om, at Amgros I/S på vegne Kommunernes Landsforening udbyder og indgår aftaler om indkøb af høreapparater, således at landsforeningens medlemmer kan levere høreapparater til offentlige klinikker og andre, der ordinerer og tilpasser høreapparater for det offentlige.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 25. oktober 2011 havde 10 virksomheder, heriblandt Oticon A/S, afgivet tilbud.

Ved brev af 7. december 2011 meddelte indklagede tilbudsgiverne sine tildelingsbeslutninger. Brevet var vedlagt en »oversigt over samtlige behand-

lingskategorier (delaftaler) i Høreapparatudbud 2012 med angivelse af, hvilke tilbudsgivere Amgros agter at tildele kontrakt for hver af de enkelte behandlingskategorier (delaftaler) nævnt i en rækkefølge svarende til prioriteringen af rammekontrakter«. I brevet redegjorde indklagede ligeledes for standstill-perioden.

Den 17. december 2011 indgav klageren, Oticon A/S, 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. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Ved kendelse af 11. januar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Den 16. december 2012 havde en anden tilbudsgiver, Widex DK A/S, ligeledes indgivet klage til klagenævnet over samme udbud. Klagenævnet besluttede ved kendelse af 11. januar 2012 ikke at tage Widex DK A/S' begæring om opsættende virkning til følge og har endeligt afgjort klagesagen ved kendelse af 15. marts 2012.

Klageren har under denne sag nedlagt påstande som anført nedenfor i kendelsen af 11. januar 2012.

Sagen er behandlet uden medvirken af sagkyndige medlemmer, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 4.

Sagens nærmere omstændigheder:

Klagenævnets kendelse af 11. januar 2012 har følgende ordlyd:

»...

Klagers indhold:

Klageskriftet indeholder i alt 10 påstande.

Påstandene 1 – 6 vedrører tildelingen af delrammeaftalerne 1, 5, 6, 7, 13 og 20 til GN ReSound Danmark A/S, der ifølge påstandene ikke opfylder nærmere beskrevne mindstekrav.

Påstand 7, der vedrører delrammeaftalerne 4, 6, 10, 11, 12 og 15, lyder:

»Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 samt det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at afvise tilbuddene fra Hansaton ApS, uagtet Hansaton ApS ikke opfylder mindstekravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III. 2. 3) om »dokumentation for at have en service- og supportorganisation med minimum 2 medarbejdere, som har uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer til levering af de supplerende ydelser...« og således skulle have været udelukket som tilbudsgiver.«

Klageren har desuden nedlagt annullationspåstande og påstande om lovliggørelse.

Andre oplysninger i sagen:

Efter tidligere at have annulleret flere udbud udbød Kommunernes Landsforening ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 178-292152 af 12. september 2011 rammeaftale om »Høreapparater 2012«. Rammeaftalens varighed er angivet til 12 måneder og dens anslåede værdi til mellem 180 og 270 mio. kr. Tildelingskriteriet er »laveste pris«.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»På vegne af Kommunernes Landsforening som formidler for sine medlemmer (danske kommuner) ønsker AmgroS at udbyde og indgå rammeaftaler om indkøb af høreapparater, således at Kommunernes Landsforenings medlemmer kan levere høreapparater til offentlige klinikker og til andre, der ordinerer og tilpasser høreapparater for det offentlige.

De ufravigelige krav til høreapparaterne fremgår af udbudsmaterialet...

Udbyder agter at indgå aftaler for i alt 31 behandlingskategorier, og udbuddet omfatter således 31 separate delaftaler...
...«

I udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3) Teknisk kapacitet anføres:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

En beskrivelse af leverandørens service- og supportorganisation, herunder med oplysninger om antal ansatte samt disses kvalifikationer, jf. det angivne mindstekrav.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Leverandøren skal dokumentere at have en service- og supportorganisation med minimum 2 medarbejdere, som har uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer til levering af de supplerende ydelser, der fremgår af pkt. 3A i udkast til rammeaftale, dvs. at medarbejderne skal være fagligt kvalificerede inden for brugen af høreapparater og tilpasningssoftware samt have erfaring med undervisning vedr. disse områder. Såfremt tilbuddet omfatter kategori G eller H (børnekategorierne), skal service- og supportorganisationen tillige omfatte mindst en medarbejder med særlige kompetencer indenfor audiologi.«

Klagen fra Widex DK A/S

En anden tilbudsgiver, Widex DK A/S, har ligeledes indgivet klage i standstill-perioden. Widex DK A/S har bl.a. nedlagt følgende påstande:

»Påstand 35

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist klagerens tilbud som ikke – konditionsmæssigt med den begrundelse, at klagerens tilbud ikke var vedlagt »en beskrivelse af virksomhedens service- og supportorganisation, der dokumenterer, at det i udbudsbekendtgørelsen fastsatte mindstekrav til teknisk kapacitet er opfyldt«, hvorefter tilbudsgiverne skulle have (i) »en service- og supportorganisation med minimum 2 medarbejdere, som har uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer til levering af de supplerende ydelser, der fremgår af pkt. 3A i udkast til rammeaftale«, der – såfremt tilbuddet omfattede kategori G eller H (børnekategorierne) – (ii) »skulle omfatte mindst en medarbejder med særlige kompetencer inden for pædiatrisk audiologi«, uagtet, at klagerens tilbud var vedlagt et organisationsdiagram med angivelse af beskyttede uddannelses titler for navngivne medarbejdere, som på grundlag af lovreguleret uddannelsesforløb var fuldt ud i stand til at udføre samtlige de supplerende ydelser under rammeaftalens punkt 3A

Påstand 70

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 7. december 2011 om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.«

Widex DK A/S har desuden i påstand 1 – 34 nedlagt påstand om, at indklagede i nærmere præcist beskrevne tilfælde har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele rammeaftaler til tilbudsgivere, der ikke opfyldte de ufravigelige krav, der var fastsat.

Widex DK A/S har i påstand 36 – 69 nedlagt dertil svarende annullationspåstande.

Widex DK A/S afgav tilbud på 26 delaftaler. Til opfyldelse af mindstekravet var vedlagt et organisationsdiagram (bilag 19) med navngivne medarbejdere. Om 5 af medarbejderne anføres »Audiologiassistent«.

Kommunernes Landsforening meddelte ved brev af 7. december 2011 med henvisning til udbudsbekendtgørelsens pkt. 11.2.3) Widex DK A/S, at Widex DK A/S' tilbud var afvist. Det hedder videre i brevet:

» ...I udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3) (yderligere oplysninger) er det under pkt. 4 fremhævet, at tilbuddet skal indeholde alle de i pkt. iii.2) udbedte oplysninger om formaliteter. I tilbudsskemaet ...er tillige under pkt. 3 (afgivelse af tilbud) anført: »Tilbuddet skal indeholde de dokumenter, der er nævnt i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3), pkt.4-6, og i øvrigt afgives i overensstemmelse med det i udbudsmaterialet anførte.«

Der er med Widex' tilbud alene sendt et organisationsdiagram. Tilbuddet indeholder således ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3.) en beskrivelse af leverandørens service- og supportorganisation, herunder med oplysning om de ansattes kvalifikationer. Af organisationsdiagrammet fremgår, at der under »Salg« er en enhed med audiologiske konsulenter med i alt fem navngivne personer alle med tilføjesen »audiologiassistent«.

Der er ingen nærmere oplysninger om faglige kvalifikationer, herunder kvalifikationer og erfaring i relation til brug af høreapparater og software samt undervisning vedrørende disse områder.

Hverken organisationsdiagrammet eller tilbuddet i øvrigt indeholder således oplysninger, der afspejler en service- og supportorganisation med minimum to med arbejdere, som har uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer til levering af de supplerende ydelser, der fremgår af bestemmelsen i udkast til rammekontrakten,....

Med tilbuddet er således ikke fremlagt en beskrivelse af leverandørens service- og supportorganisation, der dokumenterer, at det fastsatte mindstekrav er opfyldt.

På den baggrund er Amgros forpligtet til at bortse fra Widex' tilbud under samtlige ...delaftaler.«

Widex DK A/S har i det væsentlige gjort gældende, at klageren helt åbenbart for indklagede opfyldte mindstekravet til dokumentation for service- og supportorganisation i og med, at det i organisationsdia-

grammet om fem navngivne medarbejdere er anført, at de er audiologi-assistenter.

Kommunernes Landsforening har i det væsentlige gjort gældende, at det af diagrammet fremgår, at der er fem navngivne personer, som er audiologiassistenter, men der er ikke nærmere oplysninger om faglige kvalifikationer, herunder kvalifikationer og erfaring i relation til brug af høreapparater og software samt undervisning vedrørende disse områder.

Klagenævnet har i sagen Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening truffet afgørelse vedrørende spørgsmålet om at tillægge klagen opsættende virkning den 11. januar 2012. Klagenævnet har begrundet sin afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning således:

»Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet om påstand 35 og 70, at klageren ikke i sit tilbud har beskrevet, hvorledes medarbejderne opfylder det udtrykkelige mindstekrav til erfaring med undervisning vedrørende brugen af høreapparater og tilpassningssoftware. At det om en medarbejder er anført »Ekspert i Børnefitting« er heller ikke tilstrækkelig dokumentation for »mindst en medarbejder med særlige kompetencer indenfor pædiatrisk audiologi«.

Tilbudsgiveren bærer risikoen for tilbuddets udformning. At selve uddannelsen som audiologiassistent muligt borger for de krævede kvalifikationer, sådan som klageren har anført, og at indklagede muligt burde vide dette, ændrer ikke på, at klageren ikke har redegjort for medarbejdernes erfaring og særlige kompetencer som krævet.

Indklagede har derfor været forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at der i en situation, hvor indklagede med rette har set bort fra klagerens tilbud, ikke foreligger uopsættelighed.

Betingelse nr. 1 og nr. 2 er derfor ikke opfyldt.«

Andre oplysninger, ad påstand 1 – 6 (GN ReSound Danmark A/S)

Indklagede har i anledning af klagen fra Oticon A/S (og fra Widex DK A/S) stillet en række spørgsmål til tilbudsgiverne. Efter det, indklagede har oplyst i svarskriftet, foreligger GN ReSounds besvarelse endnu ikke.

Af svarskriftet fremgår vedrørende mindstekravet til trådløs kommunikation bl.a.:

»Det fremgår dog af GN ReSounds besvarelse, at en enkelt af de tilbudte formfaktorer (tilbudt under delaftale 1A, 4B, 1C og 4D) ikke opfylder kravet. For samtlige disse delaftaler er dog tillige tilbudt andre formfaktorer, som opfylder kravet. Forholdet vil blive berigtiget ved et tillæg til vurderingsnotatet, således at det fremgår, at tilbuddet på den pågældende formfaktor ikke er konditionsmæssigt, og at den pågældende formfaktor derfor udgår af tildelingen. Tildeling af ordre til GN ReSound f.s.v.a. de resterende formfaktorer opretholdes.«

Tilsvarende anføres vedrørende mindstekravet Power med fittingområde til og med 95 dB HL »visse af de tilbudte formfaktorer (tilbudt under delaftale 2B)«.

Det oplyses i svarskriftet, at der udestår afklaring for så vidt angår mindstekravet Forberedt til Bluetooth/trådløs overførsel af lyd.

Andre oplysninger, ad påstand 7 (Hansaton ApS)

Hansatons opfyldelse af kravet til dokumentation for service – og supportorganisationen er et dokument med følgende ordlyd:

»Høreapparater 2012
Rammeaftale om høreapparater 2012

Bilag 2: Kontaktpersoner

Nedenstående beskrives Hansaton ApS egne service og supportorganisation i Danmark, som består både af administrative, tekniske og rådgivningsfunktioner som er lokal tilgængelig. Udover dette støttes alle funktioner fra Hansatons centrale afdelinger for udvikling og audiologi. Alle medarbejdere er løbende uddannet mht. brugen af Hansaton høreapparater og tilpasningssoftware. Tilpasningssoftwaren er baseret på platformen af Connexx gruppen, af hvilket Hansaton er en del af. Al support understøttes af faguddannet personale både lokalt og i centralen. Alle funktioner er tilgængelig via vores centrale telefonnummer og e-mail adresse, samt i gennem direkte kontaktmuligheder per mobiltelefon.«

Herefter angives i bilaget navne og e-mailadresser på seks personer uden angivelse af uddannelse eller erfaring.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

...

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet om påstand 7 og den dertil svarende annullationspåstand 9, at kravet om, at tilbudsgiverne skal dokumentere at have en service- og supportorganisation med nærmere beskrevne medarbejdere, herunder med erfaring med undervisning, ikke kan anses for opfyldt ved Hansaton ApS' almindeligt holdte og ganske kortfattede beskrivelse i bilag 2B. Dette understreges af, at indklagede – efter klagenævnets opfattelse med rette – har anset sig for forpligtet til at afvise tilbuddet fra Widex DK A/S, der i modsætning til Hansaton ApS dog oplyste om fem navngivne medarbejderes uddannelse som audiologiassistenter.

Betingelse nr. 1 er derfor opfyldt for så vidt angår delrammeaftaler 4 (1B), 6 (3B), 10 (1D), 11 (2D), 12 (3D) og 15(5D).

Vedrørende påstand 1 – 6 og den dertil svarende annullationspåstand 8 er betingelse nr. 1 efter indklagedes oplysninger i svarskriftet i hvert fald delvist opfyldt. Der er ikke fuld klarhed over, i hvilket omfang GN ReSound også efter indklagedes opfattelse ikke opfylder mindstekravene, og tildelingsbeslutningen tilsvarende er ændret. Klagenævnet finder det derfor rettest på dette foreløbige grundlag tillige at anse betingelse nr. 1 for opfyldt for så vidt angår delrammeaftale 1 (1A), 5 (2B), 6 (3B), 7 (4B), 13 (4D) og 20 (1F).

Der er tale om rammeaftaler, hvorfor det vil være forbundet med visse vanskeligheder for klageren at dokumentere sit tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagenævnet finder imidlertid ikke, at klageren har sandsynliggjort at ville lide et uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

...«

Det efterfølgende forløb

Efter klagenævnets kendelse af 11. januar 2012 meddelte indklagede ved brev af 13. februar 2012 følgende:

»...

Som anført i mit brev af 27. januar 2012 har klagenævnets kendelser i denne og anden sag vedrørende samme udbud hos klagenævnet...samt de supplerende processkrifter i sagen givet anledning til en række yderligere drøftelser med indklagede om håndteringen af udbuddet.

Disse drøftelser har nu udmøntet sig i en beslutning om at aflyse det påklagede udbud.

...«

I brevet til tilbudsgiverne om annullationen anførte indklagede desuden:

»Beslutningen beror på en nærmere vurdering af, at dette efter omstændighederne er det mest hensigtsmæssige valg.

Beslutningen er navnlig truffet som følge af klagenævnets kendelse om egnethedsvurderingen af Hansetons tilbud i klagesagen anlagt af Oticon. Klagenævnets vurdering for så vidt angår Hansetons tilbud rejser den problemstilling, at flere andre tilbud efter en tilsvarende restriktiv vurdering næppe kan anses at opfylde de fastsatte krav. De pågældende tilbudsgivere modtager en separat skrivelse om problemstillingen i forhold til deres tilbud.

...

Dertil kommer, at processen i relation til afklaring vedrørende de tekniske mindstekrav og igangværende eller eventuelle yderligere tvister herom i sags natur er forbundet med en vis procesrisiko, og at processen i øvrigt har givet anledning til overvejelser i relation til den konkrete formulering af enkelte af de anførte mindstekrav..

...«

Klageren besvarede klagenævnets forespørgsel om, hvorvidt klageren herefter hævede sagen, således:

»...

...at der ikke for nuværende er grundlag for at kalde klagen tilbage.

...«

Klagenævnet udtaler:

Klagerens hovedsynspunkt som anført i klageskriftet er, at indklagede har tilsidesat sine udbudsretlige forpligtelser ved at tildele rammeaftaler til tilbudsgivere, der ikke opfylder udbudsbetingelsernes mindstekrav om de til-

budte produkters funktionalitet, ligesom indklagede har tildelt rammeaftaler til en tilbudsgiver, der ikke opfylder et nærmere beskrevet mindstekrav i udbudsbekendtgørelsen.

Klageren har med henvisning hertil nedlagt påstande om annullation og om lovliggørelse.

Indklagede har imidlertid i konsekvens af denne klage og klagen fra Widex DK A/S annulleret udbuddet.

På denne baggrund tager klagenævnet ikke klagerens påstand 1-10 under påkendelse.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet tager ikke påstand 1- 10 under påkendelse.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig