

K E N D E L S E

Widex DK A/S
(advokat Peter Lund Meyer, 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 Widex DK A/S, afgivet tilbud.

Indklagede meddelte ved brev af 7. december 2011 med henvisning til udbudsbekendtgørelsens pkt. 11.2.3) klageren, Widex DK A/S, at klagerens tilbud var afvist. Brevet var vedlagt en »oversigt over samtlige behandlingskategorier (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 16. december 2011 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. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Ved kendelse af 11. januar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Sagen er afgjort uden medvirken af sagkyndige medlemmer, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Klagenævnets kendelse af 11. januar 2012 har følgende ordlyd:

»...

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder i alt 70 påstande, herunder bl.a.

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.

Klageren har 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.

Klageren har i påstand 36-69 nedlagt dertil svarende annullationspåstande.

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.

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.«

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

Indklagede meddelte ved brev af 7. december 2011 med henvisning til udbudsbekendtgørelsens pkt. 11.2.3) klageren, at klagerens 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.«

Klageren 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 organisationsdiagrammet om fem navngivne medarbejdere er anført, at de er audiologiassistenter.

Indklagede 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 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 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 tilpasningssoftware. 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 berettiget 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.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.«

Det efterfølgende forløb

Efter klagenævnets kendelse 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.

...«

Klageren besvarede klagenævnets forespørgsel om, hvorvidt klageren her efter hævdede sagen, således:

»...

...at klager fastholder klagen mod AMGROS, og at klager derfor ønsker, at Klagenævnet skal påkende de nedlagte påstande.

Under hensyntagen til, at Klagenævnet i sin delkendelse af 11. januar 2012 vedrørende opsættende virkning ikke på det foreliggende foreløbige grundlag fandt, at betingelse om fumus boni juris var opfyldt i forhold til klagers påstand 35 og 70, frafaldes disse påstande dog.

Ligeledes frafaldes klagers påstand 36-69 som følge af, at indklagede selv har truffet beslutning om annullation af den af klagesagen omhandlede udbudsprocedure.

Klager fastholder således påstand 1-34.

Det bemærkes, at det fortsat er af væsentlig betydning for klager og de øvrige høreapparatsproducenter at få afklaret, om indklagede handlede i

strid med udbudsreglerne ved ikke at afvise de i påstand 1-34 nævnte udbud som ikke konditionsræssige med henvisning til, at disse ikke ifølge klager opfyldte indklagedes ufravigelige mindstekrav.

Jeg mener derfor, det fortsat vil tjene et formål, at klagenævnet for Udbud påkender påstand 1-34.

...«

Klagenævnet udtaler:

Ved kendelsen af 11. januar 2012 har klagenævnet vurderet, at indklagede med rette havde undladt at tage klagerens tilbud i betragtning (påstand 35), og at der derfor ikke var grundlag for at annullere indklagedes beslutning herom (påstand 70).

Klageren har herefter frafaldet påstand 35 og 70.

Da indklagede har annulleret udbuddet i overensstemmelse med det, der i øvrigt var formålet med de påstande, som klageren havde nedlagt som påstand 1-34, tager klagenævnet ikke disse påstande under påkendelse.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet tager ikke påstand 1- 34 under påkendelse.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig