

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Birgitte Dam Kræmmegaard)

J.nr.: 2013-0035511

17. juni 2014

K E N D E L S E

GN ReSound Danmark A/S

(advokat Thomas Ryhl, København)

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.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Udbudsbetingelserne var offentligt tilgængelige på indklagedes hjemmeside. Indklagede afholdt et orienteringsmøde den 26. juni 2013 og efterfølgende blev der på indklagedes hjemmeside offentliggjort spørgsmål og svar over 3 omgange.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. august 2013 havde indklagede modtaget tilbud fra 9 virksomheder, heriblandt GN ReSound Danmark A/S (klageren).

Ved brev af 27. september 2013 til klageren (og de øvrige tilbudsgivere) meddelte indklagede blandt andet, hvilke tilbudsgivere indklagede agtede at tildele delaftalerne. Klageren, der havde afgivet tilbud i en række behandlingskategorier, var blandt de vindende tilbudsgivere for så vidt angik delaftale 24 »Behandlingskategori 3Tinnitus«. Samtidig oplyste indklagede, at indklagede anså klagerens tilbud vedrørende delaftalerne 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt for at være ukonditionsmæssige.

Den 7. oktober 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte samtidig anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 6. november 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt.

Indklagede har oplyst, at rammeaftalerne efterfølgende er indgået med de vindende tilbudsgivere.

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 foretage væsentlige ændringer i outputgrænserne for høreapparater til både små og moderate høretab umiddelbart inden udløbet af tilbudsfristen, uagtet at indklagede i det udbudsmateriale, som blev offentliggjort samtidig med udbudsbekendtgørelsen, havde anført de oprindelige outputkrav som en ufravigelig udbudsbetingelse for disse høreapparatkategorier, og kravet også efter sin beskaffenhed udgjorde en grundlæggende udbudsbetingelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, forbuddet mod diskriminerende tekniske specifikationer i udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2, og det EU-retlige proportionalitetsprincip ved i udbudsbetingelserne, jf. tilbuds-skemaet fremlagt som bilag 3, at kræve, at der for apparater i bl.a. behandlingskategorierne 1C (små høretab, stort hørebehov) og behandlingskategori

1D (små høretab, moderat/lille hørebehov) – der i værdi til sammen udgør godt 50 % af udbuddets samlede værdi – skulle tilbydes samtlige seks formfaktorer, samtidig med at stort set samtlige funktionaliteter (i form af de tekniske mindstekrav 1, 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 14 og 22) skulle være opfyldt for fem af de seks formfaktoreres vedkommende (for formfaktorerne ITC, ITE, BTE/RITE, BTE/RITE m/tynd slange og BTE/RITE m/øreprop), uanset at der i de fleste apparatkategorier hovedsagligt efterspørges og indkøbes apparater af formfaktoren bag-øret (BTE/RITE i forskellige konfigurationer). Kravet om opfyldelse af de mange tekniske mindstekrav for også formfaktorerne ITC og ITE er markedsmæssigt og audiologisk ubegrundet og egnet til at favorisere et beskedent antal producenter i strid med hensynet til at »garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter« som fremhævet i udbudsdirektivets præambel og i artikel 2 og artikel 23, stk. 2, og i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved umiddelbart inden tilbudsfristens udløb at ændre definitionen af det tekniske mindstekrav nr. 1 (antal kanaler og indstillingsmuligheder) i væsentlig grad, uagtet at indklagede i det udbudsmateriale, som blev offentliggjort samtidig med udbudsbekendtgørelsen, havde anført det oprindelige tekniske mindstekrav som en ufravigelig udbudsbetingelse for en række høreapparat kategorier, og kravet også efter sin beskaffenhed udgjorde en grundlæggende udbudsbetingelse.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at kvalificere klagerens tilbud som ukonditionsmæssige under henvisning til, at det ikke opfyldte det tekniske mindstekrav nr. 1, idet det af indklagedes besvarelse af spørgsmål 93 sammenholdt med klagerens tilbud tydeligt fremgår, at det tekniske mindstekrav nr. 1 var opfyldt af klageren for de relevante høreapparat kategorier.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at kvalificere klagerens tilbud som ukonditionsmæssige under henvis-

ning til, at det ikke opfyldte de tekniske mindstekrav nr. 4 og nr. 6, uagtet at det af bilag 4.21 til klagerens tilbud tydeligt fremgik, at de tekniske mindstekrav nr. 4 og nr. 6 var opfyldt af klageren for de relevante høreapparatkategorier.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 1-5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, sammenholdt med stk. 5, ved ikke at give tilbudsgiverne en frist på mindst 45 kalenderdage til udarbejdelse af tilbud regnet fra indklagedes offentliggørelse af svaret på spørgsmål 81, idet indklagede først med dette svar den 6. august 2013 – 7 dage inden den oprindelige tilbudsfrist og 21 dage inden den samme dag forlængede tilbudsfrist – fastsatte de endelige grundlæggende udbudsbetingelser, der skulle være gældende for afgivelse af tilbud, ved at ændre det ufravigelige krav om outputgrænser for hhv. små og mellemstore høretab.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere udbudsproceduren og herunder samtlige tildelingsbeslutninger af 27. september 2013.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 27. september 2013 om at anse klagerens tilbud for ukonditionsmæssige for så vidt angår opfyldelsen af de tekniske mindstekrav nr. 1, nr. 4 og nr. 6.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede var berettiget, om end ikke forpligtet, til at kvalificere klagerens tilbud på apparater i behandlingskategorierne 3D og 3Vandtæt som konditionsmæssige, om nødvendigt efter en henvendelse til klageren i medfør af implementeringsbekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 1, idet det af bilag 4.12 og bilag 4.17 til klagerens tilbud tydeligt fremgik, at outputkravet, jf. tilbudsskemaet i bilag 3, var opfyldt af klageren for de to høreapparatkategorier.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har over for påstand 1 - 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge og over for påstand 9 nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært 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 fjernbetjeninge fremgår af udbudsmaterialet, herunder navnlig tilbudsskemaet.

...

Oplysninger om delaftaler

...

5) Yderligere oplysninger om delaftaler

...

Den skønnede værdi af de enkelte delaftaler anslås således:

...

Behandlingskategori 3C (delaftale nr. 9): 0,5-1 000 000 DKK

Behandlingskategori 1D (delaftale nr. 10): 33-45 000 000 DKK

Behandlingskategori 2D (delaftale nr. 11): 4-6 000 000 DKK

Behandlingskategori 3D (delaftale nr. 12): 1,5-2 000 000 DKK

...

Behandlingskategori 3E (delaftale nr. 15): 0,5-1 000 000 DKK

...

Behandlingskategori 3F (delaftale nr. 18): 0,5-1 000 000 DKK

Behandlingskategori 1VANDTÆT (delaftale nr. 19): 1-1,5 000 000 DKK

Behandlingskategori 2VANDTÆT (delaftale nr. 20): 1-1,5 000 000 DKK

Behandlingskategori 3VANDTÆT (delaftale nr. 21): 0,5-1 000 000 DKK

...

VI.3) Yderligere oplysninger

1. Udbyder giver fra datoen for denne bekendtgørelses offentliggørelse fri, direkte og elektronisk adgang til det fulde udbudsmateriale på internetadressen ...

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 fjernbetjening 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.

9. Amgros holder orienteringsmøde om udbuddet den 26.6.2013, kl. 10.00. ...

...

Amgros vil udarbejde et kort referat fra orienteringsmødet, som efterfølgende offentliggøres på hjemmesiden: ...

10. Spørgsmål vedrørende udbuddet sendes til: ...

...«

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 fjernbetjening

De tilbudte høreapparater skal være deklareret i henhold til følgende internationale standarder: IEC 60118-0, -1, -2, -6 (elektroakustiske egenskaber) og 60118-13 (EMC-egenskaber) som nærmere specificeret i NR Nordic Requirements »HEARING AIDS Requirements and guidelines

7th edition 2007-03-01« eller tilsvarende. Egenskaber for taleforstærkning skal være deklareret i henhold til Nordic Requirements, IEC 60118-15 eller tilsvarende.

Deklareret betyder i den forbindelse målt af et uafhængigt teknisk institut.

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 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 fjernbetjeninger er opfyldt.

Opfyldelse af mindstekravet om deklarering, herunder tidspunktet herfor, jf. ovenfor pkt. 2, skal dokumenteres ved rapporter fra et uafhængigt teknisk institut.

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.

...«

Tilbudsskemaet, arket »Behandlingskategorier«, viste en oversigt over alle behandlingskategorierne. Heraf fremgik, hvilke formfaktorer der indgik i hver behandlingskategori, og hvilke tekniske mindstekrav der var stillet til hver enkelt formfaktor. For hver behandlingskategori var det muligt at tilbyde høreapparater i op til 6 forskellige formfaktorer. Formfaktorerne var benævnt ved følgende betegnelser: CIC, ITC, ITE, BTE/RITE, BTE m/tynd slange og BTE m/øreprop. Formfaktorerne relaterede sig til høreapparatets udformning, størrelse og placering ved øret. Høreapparater i formfaktorerne CIC, ITC og ITE placeres i øret eller øregangen, og høreapparater i formfaktorerne BTE/RITE, BTE m/tynd slange og BTE m/øreprop placeres bag ved øret. Der var for hver enkelt behandlingskategori stillet specifikke tekniske mindstekrav til hver enkelt formfaktor. De numeriske angivelser for de tekniske mindstekrav henviste til tilbudsskemaet, arket »Tekniske mindstekrav«. Herudover var der for hver enkelt behandlingskategori stillet krav til antallet af formfaktorer, som der som minimum skulle tilbydes. Der var således enten krav om tilbud på mindst én formfaktor, mindst to formfaktorer eller på samtlige formfaktorer. Af arket fremgik også kravene til det output, høreapparaterne skulle levere inden for kategori 1 (»små høretab«), 2 (»moderate høretab«) og 3 (»kraftige høretab«).

I tilbudsskemaet, arket »Tekniske mindstekrav« var de tekniske mindstekrav nr. 1, nr. 4 og nr. 6 fastsat med følgende ordlyd:

[1] »Signalbehandling i det for behandlingskategorien angivne antal kanaler. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 1(15))«

og

[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 formfaktorerne gældende i behandlingskategorierne 3C, 1D, 2D og 3D gjaldt det tekniske mindstekrav 1, og det var i parenteserne angivet, at der i henhold til mindstekravet krævedes 9 kanaler. Mindstekrav 1 gjaldt også for behandlingskategorierne 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt, idet kravet for disse var fastsat til 10 kanaler.

For formfaktorerne gældende i behandlingskategorierne 3C og 3F gjaldt de tekniske mindstekrav 4 og 6, og det var angivet i parenteserne, at der i henhold til begge mindstekrav krævedes 4 programmer.

Den 26. juni 2013 afholdt indklagede et orienteringsmøde. Præsentationerne fra mødet blev offentliggjort på indklagedes hjemmeside. Referatet af mødet blev også offentliggjort på indklagedes hjemmeside. Af referatet fremgik blandt andet:

»Udbudsmateriale og delaftaler:

[Vibeke Fabricius Nordlander] gennemgik kort dagens program. Tilbudsgiverne blev opfordret til at stille spørgsmål undervejs og eller efterfølgende skriftligt.

I forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet er Amgros blevet bistået af en ekspertgruppe, som er sammensat på en måde, der sikrer en bred faglig baggrund. Ekspertgruppens opgave har været at udforme udbudsmaterialet, herunder bl.a. fastsættelse af tekniske mindstekrav, krav til formfaktorer samt antal leverandører i hver behandlingskategori (delaftale).

Udbudsmaterialets indhold blev overordnet gennemgået, ...

... Oversigtsbilaget over behandlingskategorierne (delaftalerne) blev kort gennemgået, og det blev særligt påpeget, at der for høretab er fastsat specifikke krav til det målbare output for apparaterne. Skemaet er derudover opdelt efter kommunikationsbehov eller behov for særlige funktioner.

...

For hver behandlingskategori (delaftale) er fastsat en række tekniske mindstekrav. Der blev forevist et eksempel fra tilbudsskemaet på en række behandlingskategorier (delaftaler). De tekniske mindstekrav er nummeret og fremgår af et særskilt ark for overskuelighedens skyld.

Ved gennemgangen af eksemplet blev det understreget, at tilbudsgiverne skal være opmærksomme på, at de tilbudte høreapparater opfylder de tekniske mindstekrav, herunder krav til output, samt krav til formfakto-

rer. Kravet til formfaktorer fremgår af tilbudsskemaet for hver kategori enten med angivelse af, at der skal afgives tilbud på en, to eller samtlige formfaktorer i en behandlingskategori (delaftale).

Som reaktion på dette blev der fra tilbudsgivernes side bedt om en afklaring af hvad der i udbudsmaterialet menes med »formfaktor«, da formfaktorer overordnet kan ses som: i-øret, bag-øret og RITE.

Det blev hertil bemærket, at formfaktorer skulle forstås som de formfaktorer, der er angivet på de enkelte linjer for hver behandlingskategori (delaftale) i tilbudsskemaet, hvorfor følgende seks formfaktorer findes i udbuddet: CIC, ITC, ITE, BTE/RITE, BTE m/tynd slange samt BTE m/øreprop. ...

...

Tilbuddets indhold

Derefter gennemgik [Vibeke Fabricius Nordlander], hvad tilbuddet skal indeholde. Der blev gjort opmærksom på, at der skal medsendes dokumentation for opfyldelsen af samtlige tekniske mindstekrav. Der bør af tilbudsskemaet fremgå klare henvisninger til, hvor opfyldelsen af de enkelte tekniske mindstekrav findes i den medsendte dokumentation, dels ved at identificere dokumentationen i tilbudsskemaet, eks. bilag 1, og dels ved at anvende samme identifikation af det konkrete dokument ved fremsendelsen heraf.

Det blev oplyst, at dokumentation skal godtgøre, bevise eller på anden vis sandsynliggøre, at de tilbudte høreapparater opfylder de tekniske mindstekrav. Det er ikke et krav, at dokumentationen er produktblade eller offentligt tilgængeligt materiale og kan f.eks. i stedet bestå af en beskrivelse, der redegør for funktionaliteterne. Det er ikke tilstrækkeligt blot at afgive en erklæring om, at alle mindstekrav er opfyldt.

Ved udfyldelse af tilbudsskema blev tilbudsgiverne opfordret til at være særligt opmærksomme på kravene til formfaktorer...

Der blev gennemgået et eksempel på, hvordan tilbudsskemaet udfyldes. Dette findes i præsentationen fra orienteringsmødet, der tillige er offentliggjort på Amgros' udbudshjemmeside.

...

[Vibeke Fabricius Nordlander] understregede, at der ikke kan tages forbehold for udkast til rammeaftalen samt de tekniske mindstekrav eller formfaktorkrav. Tilbudsgiverne blev i den forbindelse opfordret til ikke at medsende mere materiale med end forespurgt om, da dette erfaringsmæssigt kan medføre, at tilbudsgivere uforvaret kommer i en situation, hvor der tages forbehold. Tager en tilbudsgiver forbehold – uanset om det er tiltænkt eller ej – vil det med overvejende sandsynlighed betyde, at Amgros er nødsaget til at afvise tilbuddet. Tilbudsgiverne blev tillige

gjort opmærksomme på, at de fremsendte tilbud kan blive omfattet af aktindsigt, hvorfor tilbudsgiverne også af denne grund alene bør medsende det nødvendige materiale.

Tidsplan

Der var en kort gennemgang af tidsplanen for udbuddet. Særligt spørgsmålsfristen den 31. juli – seneste dato for spørgsmål, der med sikkerhed kan nå at besvares – og deadline for afgivelse af tilbud 13. august kl. 12 blev fremhævet.

Amgros vil offentliggøre spørgsmål og besvarelsen af disse i anonymiseret form på Amgros' udbudshjemmeside.«

Spørgsmål og svar er løbende blevet offentliggjort på indklagedes hjemmeside. Den 18. juli 2013 offentliggjorde indklagede besvarelsen af spørgsmål 1-61. Af spørgsmål og svar-dokumentet fremgik blandt andet:

»

<u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
...	...
<u>Spørgsmål nr. 2</u> I de enkelte behandlingskategorier er der anført dB output – kan et kraftigere apparat, med mulighed for mere forstærkning optræde i den enkelte kategori?	Nej, et høreapparat, hvis output (målt som gennemsnittet ved frekvenserne 1000, 1600 og 2500 Hz, jf. IEC 60118-0) overstiger det angivne interval, kan ikke optræde i en behandlingskategori. Det bemærkes dog, at kravet alene relaterer sig til gennemsnittet (målt som angivet oven for), og forstærkningen kan således for en bestemt frekvens både være større eller mindre end det angivne interval så længe gennemsnittet (målt som angivet oven for) ligger inden for intervallet for den pågældende behandlingskategori.
...	...
<u>Spørgsmål nr. 13</u> Er de nævnte output-intervaller defineret ud fra en OSPL90 kurve eller i henhold til en basic frequency response kurve?	Output intervallerne er angivet ud fra en OSPL90 kurve. Beregningen af gennemsnittet foretages som angivet i besvarelsen til spørgsmål 2.
...	...
<u>Spørgsmål nr. 31</u> I referat af 1. juli 2013 fra orienteringsmøde af 26. juni 2013 er følgende anført: »[...] Tager en tilbudsgiver forbehold - uanset om det er tiltænkt eller ej - vil det med <u>overvejende sandsynlighed</u> betyde, at Amgros er nødsaget til at afvise tilbuddet. [...]« I udbudsbekendtgørelsen fremgår imidlertid følgende skærpede bestemmelse under punkt VI.3), nr. 8:	Det kan bekræftes, at formuleringen i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3), nr. 8 finder anvendelse.

»8. Tilbudsgiverne er <u>ikke berettiget til at tage forbehold</u>. Tilbud, der indeholder forbehold, anses for ukonditionsmæssige og vil blive afvist...« Kan AMGROS bekræfte, at ethvert forbehold i et tilbud – såvel implicit som eksplicit – vil medføre afvisning af tilbuddet som ukonditionsmæssigt?	
...	...
<u>Spørgsmål nr. 34</u> Tekniske mindstekrav 1: Signalbehandling i det for behandlingskategorien angivne antal kanaler. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 1 (15)). Kan det bekræftes, at der under dette krav udelukkende er anført et bestemt antal kanaler, hvori der skal foregå signalbehandling?	Antallet af kanaler (angivet i parentes), skal forstås således, at dette er det antal kanaler, der er tilgængelige i tilpasningssoftware til at indstille frekvenskarakteristikken.

«

Den 6. august 2013 offentliggjorde indklagede en opdateret udgave af spørgsmål og svar-dokumentet, der tillige indeholdt besvarelsen af spørgsmål 62-82. Af spørgsmål og svar-dokumentet fremgik blandt andet:

»

<u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
...	...
<u>Spørgsmål nr. 68</u> Vedrørende spørgsmål 34: i kravet står: Signalbehandling i det for behandlingskategorien angivne antal kanaler. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 1(15)) Hvordan kan dette blive til antal kanaler tilgængelige i tilpasningssoftware, da der jo ofte er dokumenteret signalbehandling i flere kanaler, end der er indstillelige i tilpasningssoftwaren?	Tallet i parentes angiver det antal kanaler, der skal kunne indstilles af tilpasseren. Høreapparaterne må gerne have et større antal kanaler end det krævede. Dette kan f.eks. være underliggende kanaler, der i givet fald er opdelt i »grupper«, der kan indstilles i tilpasningssoftwaren. Der skal i givet fald være mindst det i parentes angivne antal »grupper« af kanaler, der kan indstilles i tilpasningssoftwaren.
...	...
<u>Spørgsmål nr. 80-81</u> I fortsættelse af AMGROS' besvarelse af Spørgsmål 2: I tilbudsskemaet er høreapparatkategorierne inddelt i op til tre forskellige outputintervaller afhængig af den enkelte høreapparatkategori, hvor output defineres i henhold til IEC 60118-0 som et gennemsnit ved målinger på henholdsvis 1000 Hz, 1600Hz og 2500 Hz	
<u>Spørgsmål nr. 80</u> Menes der hermed output målt ved kurven »IEC 60118-0.7.2: Output sound pressure level response, OSPL90«, med høreapparatet	Det bekræftes, at målingen jf. IEC 60118-0 skal foretages med høreapparatet sat til »Full on gain«.

tet sat til »Full on gain« svarende til maksimal forstærkning? Såfremt spørgsmål 18 besvares bekræftende, må det antages, at kun ganske få leverandører vil kunne opfylde kravet om, <u>at</u> der for de udbudte høreapparat kategorier 1B, 1C, 1D, 1E, 1F 1VANDTÆT, 1TINNITUS, 1CROS og 1BiCROS skal afgives tilbud på samtlige udbudte formfaktorer inden for de anførte høreapparat kategorier, og dermed, <u>at</u> tilbudte høreapparater i alle formfaktorer under de nævnte høreapparat kategorier skal have et maksimalt output efter standarden på 119,9 dB SPL. Konsekvensen af dette vil formentlig være, at AMGROS kun modtager meget få – om overhovedet nogen – tilbud i de nævnte høreapparat kategorier, og at udbuddet dermed vil begrænse konkurrencen blandt tilbudsgiverne med unaturligt høje priser til følge. Denne virkning vil blive forstærket væsentligt som følge af, at de omhandlende høreapparat kategorier samtidig har den anslåede økonomiske volumen. De apparater på det globale marked, der specifikt er designet og bliver brugt til brugere med et meget lille høretab, vil ofte have et kraftigere maksimalt output end de af AMGROS fastsatte 119,9dB SPL målt som OSPL90, jf. IEC 60118-0.7.2 som gennemsnit ved 1000 Hz, 1600 Hz og 2500 Hz. For at tilsikre den bedst mulige sammenhæng mellem de produktmæssige muligheder og kravspecifikationen – og dermed for at tilsikre den størst mulige konkurrence til gavn for den regionale økonomi og løsningsmulighederne for de hørehæmmede, vil en modificering af kravene være nødvendig.	Se tillige besvarelsen af spørgsmål 81.
<u>Spørgsmål nr. 81</u> Vil AMGROS konkret og med begrundet stillingtagen overveje følgende mulighed for en mindre justering af de fastsatte output krav?: Output-intervallerne modificeres således, at de apparater, der <u>i daglig audiologisk praksis</u> anvendes både til moderate og små høretab, også i en vist omfang kan tilbydes til både moderate og små høretab, ved at lade output-intervallerne for små og moderate høretab overlappe hinanden som følger:	På baggrund af dette og øvrige spørgsmål vil Amgros foretage følgende justering af outputkravene til høreapparaterne: For små høretab ændres området for BTE m/øreprop fra 105-119,9 dB SPL til at omfatte området fra 105-124,9 dB SPL. For moderate høretab ændres området for BTE m/øreprop fra 120-131,9 dB SPL til at omfatte området fra 125-131,9 dB SPL. Målingen foretages som angivet i besvarel-

(a) Små høretab: Maksimalt output i området 105 til 125 dB SPL, målt som OSPL90, jf. IEC 60118-0.7.2 som gennemsnit ved 1000 Hz, 1600 Hz og 2500 Hz; apparater med målt output på mindre end 115 dB skal alene kunne tilbydes til små høretab, jf. (b). (b) Moderate høretab: Maksimalt output i området 115 til 131,9 dB SPL, målt som OSPL90 jvf. IEC 60118-0.7.2. som gennemsnit ved 1000 Hz, 1600 Hz og 2500 Hz; apparater med et målt output på over 125 dB men under 132 dB skal alene kunne tilbydes til moderate høretab, jf. (a) og (c). (c) Kraftige høretab: Output-intervallet fastholdes uændret – som følge af AMGROS' ønske om en speciel kategori for meget kraftige høreapparater – til 132 dB SPL og derover, målt som OSPL90, jf. IEC 60118-0.7.2 som gennemsnit ved 1000 Hz, 1600 Hz og 2500 Hz	sen af spørgsmål 2 og 80. Amgros vil ikke justere outputkravene for de øvrige formfaktorer. Tilbudsskemaet er rettet til, jf. ovenstående justering.
---	---

«

Samme dag afsendte indklagede en supplerende bekendtgørelse til udbudsbekendtgørelse 2013/S 115-195908 af 13. juni 2013, hvorved indklagede forlængede fristen for modtagelse af spørgsmål og tilbudsfristen. Disse frister, som oprindeligt var fastsat til henholdsvis den 31. juli 2013 og den 13. august 2013, blev forlænget 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...
...«

Samme dag orienterede indklagede også tilbudsgiverne ved e-mail om offentliggørelsen af indklagedes besvarelse af spørgsmålene 62-82 samt den supplerende bekendtgørelse.

Den 20. august 2013 offentliggjorde indklagede et opdateret spørgsmål og svar-dokument med besvarelse af spørgsmål 83-95. Af det samlede spørgsmål og svar-dokument fremgik blandt andet:

»

<u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
...	...
<u>Spørgsmål nr. 93</u> Tekniske mindstekrav 1: Signalbehandling i det for behandlingskategorien angivne antal kanaler (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 1(15). Amgros bedes tydeliggøre svarene til spørgsmål 34 og senest spørgsmål 68, hvordan definerer Amgros Citat: »Tallet i parentes angiver det antal kanaler, der skal kunne indstilles af tilpasseren«. Der er i spørgerens optik 2 saglige fortolkninger: A) Amgros ønsker at kanalerne, antallet i parentes 1(15) kan indstilles af tilpasser, men tillader interpolation således at der tillades en vis automatik hvor tilpasser ikke har audiometrisk viden om hørenedsettelsen. B) Amgros ønsker at kanalerne, antallet i parentes 1(15) er manuelt justerbare af tilpasser, også for frekvenser, tilpasser ingen audiometrisk viden har om, til at basere manipulationen på. Hvis Amgros definition passer ind i fortolkning B, bedes Amgros tage stilling til følgende: I modsætning til herværende udbudsmaterialer øvrige tekniske mindstekrav, savner teknisk mindstekrav 1, både teknisk og audiologisk baggrund. Amgros skal være opmærksom på, at man her ønsker en funktionalitet, der ikke på baggrund af de undersøgelser der foretages i forbindelse med udredning af hørelsen, kan retfærdiggøres i et ønske om højere præcision i tilpasningen, der vil til enhver tid savnes reference for validiteten af justeringen i den eller de kanaler (Amgros fortolkning af kanaler), der ligger udover de audiologisk målbare frekvenser (10) ofte kun 6 Spørger hæfter sig endvidere ved at Amgros definition af kravet, i sin oprindelige formulering, var i tæt overensstemmelse med definitionen i; <u>Guidelines for the Audiologic Management of Adult Hearing Impairment</u> (Udgivet af American Academy of Audiology I Audiology Today, 2006) afsnit 3.7. Men det er også tydeligt, at den senere fortolkning (svar på spørgsmål 34 og 68), ikke på samme måde er forankret i, dette giver næring til spekulationer om hvorvidt ønsket (fortolkning B) må udspringe af en promovering af teknisk specifikation hos enkelte	For at opfylde det tekniske mindstekrav 1, skal der som minimum være det i parentes angivne antal kanaler i det tilbudte høreapparat samt mulighed for indstilling af det i parentes angive antal kanaler i tilpasningssoftwaren. De tekniske mindstekrav er fastsat ud fra kliniske ønsker og behov, og generelt ligger det uden for rammerne af spørgsmål/svar proceduren at redegøre nærmere for de overvejelser, der ligger bag de forskellige krav.

producenter og derfor kan have til formål udelukkende at begrænse antallet af udbydere i flere behandlingskategorier. Det vurderes, at ved at vælge af fortolkning A opnår Amgros et væsentligt bredere udbud, hvor behandlingskvaliteten ikke kompromitteres og vil derved være indenfor rammerne af udbudsdirektivet.	
--	--

«

Ved e-mail af 21. august 2013 orienterede indklagede tilbudsgiverne om offentlighedsloven af indklagedes besvarelse af spørgsmålene 83-95.

Klageren tilbød en række forskellige høreapparater i behandlingskategorierne 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt. Til dokumentation for, at de tilbudte høreapparater opfyldte de tekniske mindstekrav havde klageren blandt andet i sit tilbud henvist til bilag 4.1.0, bilag 4.3.0 og bilag 4.13.0, der er produktblade til høreapparaterne »ReSound Verso®«, »ReSound Alera®« »ReSound Up®«. Som yderligere dokumentation for opfyldelsen af de tekniske mindstekrav havde klageren også henvist til bilag 4.21.

Af tilbuddets bilag 4.1.0 fremgik blandt andet:

»ReSound Verso®

...

Mere frihed

Når du er på farten, og bevæger dig fra sted et sted til et andet, tilpasser høreapparaterne sig automatisk for at give dig den ultimative følelse af forståelse og bevidsthed. Så det at høre er nemt og bekvemt, uanset hvor du er.

Tre priskategorier	ReSound Verso™ 9	ReSound Verso™ 7	ReSound Verso™ 5
...	...	...	...
Tilpasningsfunktioner			
Justeringshåndtag	...	...	6
Fuldt fleksible programmer	...	...	2

«

Af tilbuddets bilag 4.3.0 fremgik blandt andet:

»ReSound Alera®

...

Fire priskategorier	ReSound Alera 9	ReSound Alera 7	ReSound Alera 5	ReSound Alera 4
---------------------	-----------------	-----------------	-----------------	-----------------

...	...	...	...	...
Fleksibel tilpasning				
Justeringshåndtag	9	...	6	...

«

Af tilbuddets bilag 4.13.0 fremgik blandt andet:

»ReSound Up®

...

ReSound Up™ tilbyder:

- ...
- Præcis og verificerbar tilpasning
- ...

ReSound Range™ II chip	Resound Up™ 9	ReSound Up™ 7
...		
<u>Tilpasningsfunktioner</u>		
Gain håndtag	9	7
Helt fleksible programmer	...	3

«

Af tilbuddets bilag 4.21 fremgik blandt andet:

»Dokumentation for tekniske krav mindstekrav

...

- 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))*

Alle ReSound apparater tilbudt i kategorier hvor der er krav om flere programmer, har adgang til 4 programmer, hvor mikrofonsystemets karakteristik kan vælges separat i hvert program – dette kan med lethed demonstreres i vores tilpasnings software

- 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))*

Samme som for krav 4«

Til opfyldelse af kravet om, at høreapparaterne skulle være deklareret i henhold til de oplyste eller tilsvarende standarder, medsendte klageren som en del af sit tilbud angående behandlingskategorierne 3D og 3Vandtæt, hvor klageren blandt andet tilbød henholdsvis høreapparatet ReSound

AL587-DVIW og høreapparatet ReSound AL987-DVIW, bilagene 3.13.1 og 3.18.1, som var officielle testrapporter. Der var tale om samme testrapport, og på forsiden var blandt andet anført »Acoustic Test Report according to IEC 60118-0, 1, 2, 6 on Alera 9 AL977/87-DVIW NP manufactured by GN Resound«.

Af rapporten fremgik blandt andet:

»Name and type GN ReSound Alera 9 AL977/87-DVIW NP

...

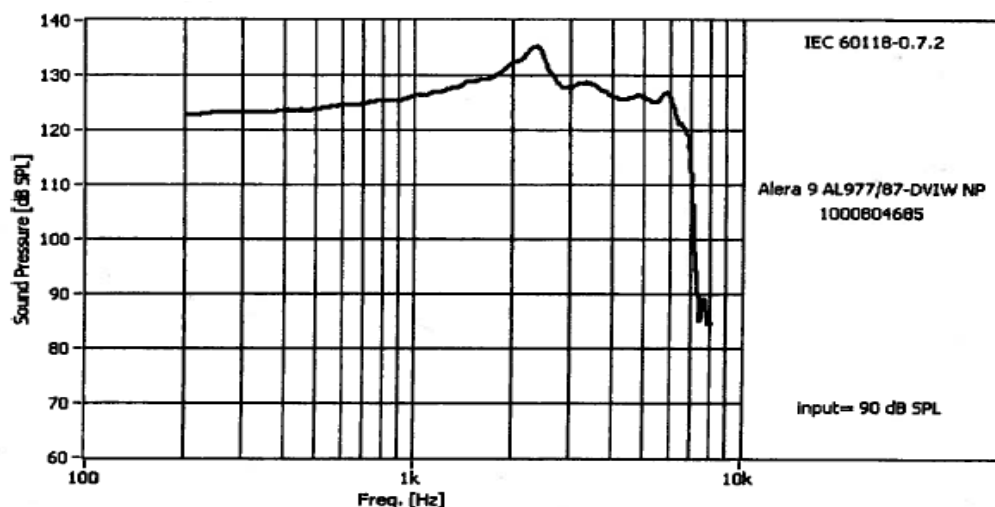
The manufacturer states that the below listed instruments has the same electro acoustical characteristics as Alera 9 AL977/87-DVIW NP.

- Alera 7 AL777/87-DVIW NP
- Alera 5 AL577/87-DVIW NP

...

IEC 60118-0.7.2: Output sound level response, OSPL90

HA adjustment: Full-on gain.



Input = 90 dB SPL

Frequency response of the sound pressure level obtained in the ear simulator using an input of 90 dB SPL.«

I relation til kravet om deklaration for taleforstærkning havde klageren medsendt deklaration for taleforstærkning både efter Nordic Requirements og IEC 60118-15.

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 som nævnt alene blandt de vindende tilbudsgivere for så vidt angik delaftale 24 »Behandlingskategori 3Tinnitus«. Indklagede vedlagde blandt andet en oversigt over de behandlingskategorier, hvor klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt med angivelse af en begrundelse herfor (brevets bilag C).

Heraf fremgik blandt andet (i det følgende citeres fra en opdateret udgave af brevets bilag C, som blev sendt til klageren umiddelbart forud for klagen. Ændringsmarkører i forhold til tidligere udgave fremgår ikke):

»GN ReSound A/S – ukonditionsmæssige tilbud

Ufravigelige krav til de tilbudte høreapparater og fjernbetjening

Det fremgår af tilbudsskemaet (ark »Om tilbudsgivning«), at der er fastsat en række ufravigelige krav til de høreapparater og fjernbetjening, 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 fjernbetjening, der kan tilbydes. Dvs. at kravene skal være opfyldt, for at tilbuddet kan anses for ukonditionsmæssigt og accepteres af Amgros.

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

Kravene blev ligeledes omtalt på orienteringsmødet den 26. juni 2013, og det blev understreget, at tilbudsgiverne skal være opmærksomme på, at de tilbudte høreapparater skal opfylde både de tekniske mindstekrav, herunder krav til output og krav til formfaktor.

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 til-

budt 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.

Outputkrav

Delaftalerne: 3D og 3Vandtæt

For disse delaftale har GN ReSound A/S tilbudt bl.a. ReSound AL587-DVIW, samt ReSound AL987-DVIW.

I beskrivelsen af den ovenfor anførte behandlingskategori fremgår følgende outputkrav: *»1. Små høretab 105-119,9 dB output - for BTE m/øreprop dog 105-124,9 dB output (jvf. IEC 60118-0 som gennemsnit ved 1000, 1600 & 2500 Hz).«*

Der er besvaret en række spørgsmål, der relaterer sig til forståelsen af outputkravene. Særlig relevant er besvarelsen af spørgsmål 2, hvoraf fremgår: *»Nej, et høreapparat, hvis output (målt som gennemsnit ved frekvenserne 1000, 1600 og 2500 Hz jf. IEC 60118-0) overstiger det angivne interval, kan ikke optræde i en behandlingskategori.«* Endvidere fremgår af besvarelsen af spørgsmål 13, at *»Output intervallerne er angivet ud fra OSPL90 kurve.«* Endelig fremgår af besvarelsen af spørgsmål 80, at *»Det bekræftes, at målingen jf. IEC 60118-0 skal foretages med høreapparatet sat til "Full on gain".«*

For ReSound AL587-DVIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af teknisk dokumentation (bilag 3.13.1).

Af bilagets side 6 fremgår den relevante måling jf. OSPL, med høreapparatet sat til *»Full on gain«*. Af kurven fremgår det, at Resound AL587-DVIW ikke opfylder det stillede outputkrav, idet gennemsnittet ligger under intervallet.

For ReSound AL987-DVIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af teknisk dokumentation (bilag 3.18.1).

Af bilagets side 6 fremgår den relevante måling jf. OSPL90, med høreapparatet sat til »Full on gain«. Af kurven fremgår det, at ReSound AL987-DVIW ikke opfylder det stillede outputkrav, idet gennemsnittet ligger under intervallet.

Det fremgår således eksplicit af tilbuddet, at de tilbudte høreapparater ikke opfylder outputkravet. Amgros er som følge deraf forpligtet til at anse tilbuddene under de pågældende behandlingskategorier for ukonditionsmæssige og bortse fra tilbuddene.

Tekniske mindstekrav 1

Delaftalerne: 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt, 3Vandtæt

For disse delaftaler har ReSound A/S bl.a. tilbudt Resound VO588-DW, ReSound AL510, ReSound AL530-W, ReSound AL550-DW, ReSound AL567-DIW, ReSound AL530-MUW, ReSound AL550-DPW, ReSound AL562-DVIRW HP, ReSound AL577-DVIW, ReSound AL587-DVIW, ReSound UP988-DW, ReSound UP788-DW, ReSound AL967-DIW, ReSound AL977-DVIW samt ReSound AL987-DVIW.

I beskrivelsen af de ovenfor anførte behandlingskategorier fremgår det tekniske mindstekrav 1, der har følgende formulering: *»Signalbehandling i det for behandlingskategorien angivne antal kanaler. (Antallet er angivet i parentes efter kravet f.eks. 1(15)).«* For delaftalerne 3C, 1D, 2D samt 3D er der i parantensen angivet 9 - således at der er krav om signalbehandling i 9 kanaler i disse behandlingskategorier. For delaftalerne 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt samt 3Vandtæt er der i parentes angivet 10 - således at der er krav om signalbehandling i 10 kanaler i disse behandlingskategorier.

Der er besvaret en række spørgsmål, der relaterer sig til forståelsen af det tekniske mindstekrav 1, herunder spørgsmål 34, 68 og 93. Af besvarelsen af spørgsmål 93 fremgår bl.a., at: *»For at opfylde det tekniske mindstekrav 1, skal der som minimum være det i parentes angivne antal kanaler i det tilbudte høreapparat samt mulighed for indstilling af det i parentes angivne antal kanaler i tilpasningssoftwaren.[...]«*

For ReSound VO5588-DW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Verso (bilag 4.1.10) samt et data blad for ReSound VO588-DW (bilag 4.2). Af bilag 4.1.10 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.2 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL510 er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL510 (bilag 4.3.1). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.3.1 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL530-W er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL530-W (bilag 4.4). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.4 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL550-DW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL550-DW (bilag 4.5). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.5 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL567-DIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL567-DIW (bilag 4.7). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.7 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL530-MUW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL530-MUW (bilag 4.8). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.8 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL550-DPW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL550-DPW (bilag 4.9). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.9 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL562-DVIRW HP er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL562-DVIRW HP (bilag 4.10). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.10 fremgår, at apparatet har 5 »gain handles«.

For ReSound AL577-DVIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL577-DVIW (bilag 4.11). Af bi-

lag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.11 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound AL587-DVIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL587-DVIW (bilag 4.12). Af bilag 4.3.0 fremgår, at apparatet har 6 justeringshåndtag. Af bilag 4.12 fremgår, at apparatet har 6 »gain handles«.

For ReSound UP988-DW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound UP (bilag 4.13.0) samt et data blad for ReSound UP988-DW (bilag 4.13.1). Af bilag 4.13.0 fremgår, at apparatet har 9 gain håndtag. Af bilag 4.13.1 fremgår, at apparatet har 9 ”gain handles”.

For ReSound UP788-DW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound UP (bilag 4.13.0) samt et data blad for ReSound UP788-DW (bilag 4.14). Af bilag 4.13.0 fremgår, at apparatet har 7 gain håndtag. Af bilag 4.14 fremgår, at apparatet har 7 »gain handles«.

For ReSound AL967-DIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL967-DIW (bilag 4.15.1). Af bilag 4.3 fremgår, at apparatet har 9 justeringshåndtag. Af bilag 4.15.1 fremgår, at apparatet har 9 »gain handles«.

For ReSound AL977-DVIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL977-DVIW (bilag 4.16). Af bilag 4.3 fremgår, at apparatet har 9 justeringshåndtag. Af bilag 4.16 fremgår, at apparatet har 9 »gain handles«.

For ReSound AL987-DVIW er medsendt den for kravet relevante dokumentation i form af produktbeskrivelse for ReSound Alera (bilag 4.3.0) samt et data blad for ReSound AL987-DVIW (bilag 4.17). Af bilag 4.3 fremgår, at apparatet har 9 justeringshåndtag. Af bilag 4.17 fremgår, at apparatet har 9 »gain handles«.

Det fremgår således eksplicit af tilbuddet, at de tilbudte GN ReSound apparater ikke er i besiddelse af mindst 9 hhv. 10 kanaler, og høreapparaterne opfylder derfor ikke det tekniske mindstekrav 1. Amgros er som følge deraf forpligtet til at anse tilbuddene under de pågældende behandlingskategorier for ukonditionsræssige og bortse fra tilbuddene.

Det tekniske mindstekrav 4 og 6

Delaftalerne: 3C og 3F

For disse delaftaler har GN ReSound A/S tilbudt ReSound VO588-DW og ReSound UP788-DW.

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

For ReSound VO588-DW er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 4.1.0 og bilag 4.2. Af begge bilag fremgår eksplicit, at høreapparatet har 2 manuelle programmer (benævnt hhv. »fuldt fleksible programmer« og »fully flexible programs«).

For ReSound UP788-DW er den for kravene relevante dokumentation medsendt som bilag 4.13.0 og bilag 4.14. Af begge bilag fremgår eksplicit, at høreapparatet har 3 manuelle programmer (benævnt hhv. »fuldt fleksible programmer« og »fully flexible programs«).

Det fremgår således eksplicit af GN ReSound A/S' tilbud, at ingen af de ovennævnte høreapparater opfylder tekniske mindstekrav 4 hhv. 6 i de nævnte behandlingskategorier. Amgros er som følge deraf forpligtet til at anse GN ReSound A/S' tilbud under de nævnte behandlingskategorier for ukonditionsmæssige og bortse fra tilbuddene.«

Ved e-mail af 25. november 2013 til klageren uddybede indklagede sin begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud som ukonditionsmæssige i behandlingskategorierne 3D og 3Vandtæt som følge af manglende overholdelse af outputkravene. I e-mailen, der for klagenævnet alene er oplyst i uddrag gennem et citat i et af klagerens processkrifter, var blandt andet anført:

»Jeg kan bekræfte, at databladene bilag 4.12 og 4.17 var vedlagt som en del af tilbuddet, men jeg har vanskeligt ved at bekræfte hvad der var »korrekt« og »forkert« indhold af tilbuddet.

Problemstillingen er den, at tilbuddet også indeholdt en officiel testrapport (bilag 3.13.1 og 3.18.1). Af denne rapport fremgår, at outputkravet ikke er opfyldt. Det forstår jeg, at du enig i.

Ud fra indholdet af denne officielle testrapport kan Amgros ikke se, at der er tale om »forkert« dokumentation. Rapporten omfatter det tilbudte høreapparat og rapporten afspejler ikke, at der skulle være forskel på AL977 og AL987 apparaterne, som vi tidligere har korresponderet om.

Amgros har således som en del af tilbuddet modtaget dokumentation - i form af officielle testrapporter - der afspejler, at kravet ikke er opfyldt. Det indebærer, at Amgros må anse tilbuddet for ukonditionsmæssigt. Det forhold, at tilbuddet tillige var vedlagt databladene ændrer ikke på, at tilbuddet indeholder dokumentation for at kravene ikke er opfyldt. Efter rapportens indhold er der heller ikke grundlag for tvivl om, hvorvidt der er tale om den »korrekte« officielle testrapport.

Amgros mener således ikke, at vi havde andre handlemuligheder end at anse tilbuddet for ukonditionsmæssigt. Det beror på, at de udbudsretlige regler i sådanne tilfælde er ganske restriktive og mulighederne for at »reparere« fejl i tilbuddet er meget begrænsede. Retsstillingen relaterer sig til de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, og EU-Domstolen har i domme om spørgsmålet påpeget, at problemet med et bud »kun følger af en tilsidesættelse af ansøgernes pligt til at udvise omhu i affattelse af budet, som de i lighed med de øvrige ansøgere er underlagt.«

Udbudsreglerne betyder bl.a. at man ikke kan rette henvendelse til tilbudsgiverne om tilbuddenes indhold, hvis dette indebærer, at oplysninger i tilbuddet frafaldes eller erstattes. I jeres tilfælde skulle en »reparation« i givet fald bestå i, at Amgros skulle se bort fra et dokument, som I havde indsendt som en del af tilbuddet - og i givet fald lade det erstatte af de »korrekte rapporter«, som du sendte efterfølgende.

Det er efter vores opfattelse i strid med udbudsreglerne.

Hvis man skulle »se bort fra« testrapporten ville tilbuddet jo også være ukonditionsmæssigt som følge af, at rapporten skal være en del af tilbuddet til dokumentation for deklareringskrav.«

Indklagede har til brug for klagesagen bl.a. oplyst:

»Følgende tilbud blev anset for ukonditionsmæssige på grund af manglende opfyldelse af det tekniske mindstekrav nr. 1: 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt. Heraf var tilbud på behand-

lingskategorierne 3D og 3Vandtæt dog tillige ukonditionsmæssige pga. manglende opfyldelse af outputkrav, ... Tilbud på behandlingskategorierne 3E og 3F var tillige ukonditionsmæssige pga. manglende opfyldelse af det tekniske mindstekrav 23, ...

Såfremt klagers tilbud var blevet anset for konditionsmæssige på det tekniske mindstekrav nr. 1, ville dette herefter have haft betydning for følgende fem behandlingskategorier: 3C, 1D, 2D, 1Vandtæt og 2Vandtæt. Af de fem behandlingskategorier var klagers tilbud på grund af prisniveauet alene blevet tildelt rammeaftaler i to, nemlig 1D og 1Vandtæt. Klager ville på grund af prisniveauet i klagers tilbud ikke i nogen af de to kategorier været blevet tildelt en aftale med førsteprioritet.

Følgende tilbud blev anset for ukonditionsmæssige på grund af manglende opfyldelse af det tekniske mindstekrav 4 og 6: 3C og 3F.

Klager ville dog uanset dette forhold ikke være blevet tildelt nogen af disse to rammeaftaler, da tilbuddet på kategori 3F tillige var ukonditionsmæssig på grund af manglende opfyldelse af det tekniske mindstekrav 23, ... For behandlingskategori 3C var tilbuddet tillige ukonditionsmæssigt på grund af manglende opfyldelse af det tekniske mindstekrav nr. 1 ..., og herudover var tilbudsprisen under alle omstændigheder for høj til at blive tildelt en rammeaftale.«

Indklagede har fremlagt en oversigt over de 28 behandlingskategorier med henholdsvis antallet af parallelle rammeaftaler og antallet af modtagne tilbud for hver af kategorierne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig anført, at indklagedes ændring af outputkravene undervejs i udbudsforløbet udgør en væsentlig ændring af en teknisk specifikation, hvilket er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Klageren har herved henvist til EU-domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene (»Max Havelaardommen«). Ændringen i outputkravene vedrørte definitionen af kategori 1

(»små høretab«) og påvirkede dermed delaftaler, hvis samlede værdi udgjorde mellem 69 og 81 % eller 214,5 - 286,5 mio. kr. af de udbudte delaftalers samlede værdi på mellem 300 - 420 mio. kr. Ændringen indebar, at høreapparater, der før kun kunne tilbydes under kategori 2, hvor de enkelte delaftaler typisk havde en anslået værdi på 3 - 6 mio. kr., efter ændringen skulle tilbydes under kategori 1, hvor de enkelte delaftaler havde en anslået værdi på 7 - 45 mio. kr. Ændringen gav en række producenter mulighed for at afgive tilbud med høreapparater, som ellers ikke kunne tilbydes, men har også i væsentligt omfang begrænset det udvalg af høreapparater, andre producenter kunne tilbyde. Outputkravene blev ændret med indklagedes svar på spørgsmål 81, som blev offentliggjort den 6. august 2013 – 21 dage før udløbet af den forlængede tilbudsfrist – og var hverken audiologisk eller teknisk begrundet. De 21 dage er en urimelig kort periode, idet der i en række tilfælde skulle udarbejdes et ganske anderledes tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at ændre outputkravene. Der er ikke tale om ændring af et element, der karakteriserer »kontaktens genstand«, og dermed ikke et grundlæggende element. Det forhold, at der for outputkravet er tale om et mindstekrav, er efter kravets karakter og den sammenhæng, hvori det optræder, ikke i sig selv til hinder for, at indklagede kunne justere kravet. Der er alene tale om ændring af outputkravet for én ud af seks formfaktorer. Det ændrede outputkrav har ikke forrykket spændet mellem kategori 1 og kategori 3, men alene haft betydning for, om et givent høreapparat i formfaktoren BTE m/øreprop skulle tilbydes i kategori 1 eller kategori 2. Ændringen har således ikke været »særligt indgribende«. Ændringen er endvidere sket med henblik på at sikre mere markedskonforme vilkår. Klageren har ikke påvist eller på nogen måde sandsynliggjort, at det oprindelige krav eller ændringen har haft nogen konkret eller væsentlig betydning for kredsen af potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage. Det forhold, at klageren ikke er enig i ordregivers valg, indebærer ikke en udbudsretlig overtrædelse. Indklagede udskød samme dag, som indklagedes svar på spørgsmål 81 blev offentliggjort, tilbudsfristen med 14 dage. Den tid, der efter ændringen var til rådighed for udarbejdelse af tilbud, var fuldt ud tilstrækkelig til at sikre tilbudsgiverne rimelig tid, henset til ændringens karakter og tilbuddenes indhold.

Ad påstand 2

Klageren har navnlig anført, at kravet om samme funktionaliteter i hver enkelt formfaktor for de mest solgte og anvendte høreapparater er ude af proportion. Der er for alle væsentlige apparatkategorier under kategori 1 – bortset fra i behandlingskategori 1A – stillet et mindstekrav om at tilbyde »samtlige af de i behandlingskategorien angivne formfaktorer«. Det erklærede formål med udbudsreglerne forspildes, hvis der på vilkårligt grundlag ganske ubegrundet kan opstilles så vidtgående krav til f.eks. sortimentsbredde, at en række anerkendte producenter på det indre marked på forhånd udelukkes fra konkurrencen om en udbudt offentlig kontrakt. Desuden må der kræves særligt tungtvejende grunde for på forhånd at udelukke en række producenter fra deltagelse i dette udbud, som har en meget betydelig økonomisk værdi og dermed er et af de større enkeltudbud af høreapparater i år, og dette ses hverken at være oplyst eller at kunne forekomme. Kravet synes derfor mere egnet til at diskriminere mellem de potentielle tilbudsgivere end til at identificere specielt gode høreapparater, da det er velgenet til at favorisere et beskedent antal producenter på et tilsyneladende arbitrært grundlag.

Indklagede har navnlig anført, at der er stillet forskellige tekniske mindstekrav til de forskellige formfaktorer, hvilket også fremgår af udbudsbetingelserne. Påstanden er således baseret på et faktisk forkert grundlag. De tekniske mindstekrav er udarbejdet i samarbejde med en bredt fagligt sammensat ekspertgruppe ud fra behov, som høreklivkerne skal kunne behandle i praksis. Det følger af fast klagenævnsspraksis, at det er ordregivers valg, hvordan kontraktgenstanden skal defineres. Det forhold, at klageren ikke er enig i indklagedes valg, indebærer ikke en udbudsretlige overtrædelse. Klageren har heller ikke godtgjort, at indklagede har overskredet de vide rammer, der tilkommer indklagede. Klagerens betragtninger om, at indklagede skulle have favoriseret et beskedent antal producenter, er i øvrigt ikke konkretiserede, ligesom de er udokumenterede og uden støtte i de faktiske omstændigheder. For de behandlingskategorier, hvor der er sket tildeling, har indklagede modtaget mange tilbud og tilbud fra mange forskellige producenter.

Ad påstand 3

Klageren har i første række anført, at indklagede med svarene på spørgsmål nr. 34, 68 og 93 foretog væsentlige ændringer i det tekniske mindstekrav 1. Disse ændringer indebar en fravigelse af en grundlæggende udbudsbetingelse.

gelse på et meget sent tidspunkt i udbudsprocessen, hvilket er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2. Svarene på spørgsmål 34, 68 og 93 var uigennemsigtige og indbyrdes modstridende. Ved svaret på spørgsmål 34 blev der stillet specifikke krav til antallet af kanaler i tilpasningssoftwaren. Dermed blev der stillet krav til antallet af justeringshåndtag – og således ikke kun til antallet af kanaler i den samlede softwarepakke. Ved svaret på spørgsmål 68 var det som følge af indklagedes ordvalg ikke klart, om der blev stillet krav til antallet af kanaler i selve høreapparatet eller til antallet af kanaler i tilpasningssoftwaren. Ved svaret på spørgsmål 93 blev det afklaret, at det tekniske mindstekrav 1 alene omhandlede antallet af kanaler i høreapparatet. Der blev således ikke længere stillet krav til antallet af kanaler og justeringshåndtag i selve tilpasningssoftwaren – men derimod som oprindeligt formuleret – alene til antallet af kanaler, der kunne indstilles gennem tilpasningssoftwaren. Den seneste ændring af det tekniske mindstekrav 1 skete med svaret på spørgsmål 93, som blev offentliggjort den 26. august 2013, og dermed dagen inden udløbet af den forlængede tilbudsfrist.

For det tilfælde, at klagenævnet er enig med indklagedes forståelse af det tekniske mindstekrav 1, har klageren gjort gældende, at denne forståelse tidligst lægges til grund efter indklagedes svar af spørgsmål nr. 68 og således meget sent i udbudsforløbet, hvilket er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Indklagede har navnlig anført, at der med svarene af spørgsmål nr. 34, 68 og 93 ikke er foretaget væsentlige ændringer i det tekniske mindstekrav 1. Der er en klar sammenhæng mellem svarene på de tre spørgsmål, og svarene er ikke indbyrdes modstridende. Dette bestyrkes endvidere af det forhold, at indklagede havde praksis for tydeligt at adressere ændringer i forhold til tidligere afgivne svar. Klagerens betragtninger om forståelsen af besvarelsen af spørgsmålene har hverken støtte i formuleringen af svarene eller omstændighederne i øvrigt. Svarene på de tre spørgsmål skulle således forstås sådan, at det tekniske mindstekrav betød, at der skulle være (minimum) det relevante antal kanaler i det tilbudte høreapparat samt indstillingsmulighed i tilpasningssoftwaren i mindst det relevante antal kanaler (altså antal justeringshåndtag), jf. spørgsmål 34 og 93, og at indstillingsmulighederne i tilpasningssoftwaren i den situation, hvor der måtte være tale om »grupper« af kanaler, skulle omfatte mindst det relevante antal »grupper«. Indklagedes ændring af det tekniske mindstekrav 1 skete ved offent-

liggørelsen af svaret på spørgsmål 34 den 18. juli 2013 – knap 4 uger inden den ordinære tilbudsfrist og knap 6 uger inden den endelige tilbudsfrist – og således i behørig tid.

Ad påstand 4

Klageren har navnlig anført, at indklagedes afvisning af klagerens tilbud vedrørende behandlingskategorierne 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt som ukonditionsmæssige i forhold til det tekniske mindstekrav 1 beror på en klar og tydelig fejllæsning af indklagedes eget svar på spørgsmål nr. 93 og af den omfattende tekniske dokumentation, der fulgte med klagerens tilbud. Indklagede har forsøgt at formulere indholdet af det tekniske mindstekrav 1 på forskellig vis i besvarelsen af spørgsmål nr. 34, 68 og 93. Besvarelsene er indbyrdes modstridende og har blot bidraget til at skabe øget forvirring om kravet, jf. ovenfor under påstand 3. Et krav om, at det specificerede antal kanaler også skulle kunne indstilles individuelt i tilpasningssoftwaren, fremgår ikke af svaret på spørgsmål nr. 93. De tilbudte høreapparater på behandlingskategorierne 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt bestod af modellerne »Alera 5« og »Alera 9«, som har henholdsvis 6 og 9 justeringshåndtag i tilpasningssoftwaren. Dette siger intet om antallet af kanaler, der kan benyttes og indstilles. Indklagede har alene forholdt sig til antallet af justeringshåndtag og dermed ikke til antallet af tilgængelige kanaler i de tilbudte høreapparater. Det fremgik tydeligt af produktbladene til høreapparaterne »Resound Verso«, »Resound Alera« »ReSound Up« – bilagene 4.1.0, 4.3.0 og 4.13.0 til tilbuddet – at der i kraft af den samlede softwarepakke kunne indstilles og tilpasses til mindst 10 kanaler.

Indklagede har navnlig anført, at indklagede var forpligtet til at se bort fra de dele af klagerens tilbud, hvor det af produktbladene til høreapparaterne »Resound Verso«, »Resound Alera« »ReSound Up« – bilag 4.1.0, 4.3.0 og 4.13.0 – fremgår, at kravet til et antal justeringshåndtag i det tekniske mindstekrav 1 ikke var opfyldt. Af klagerens tilbud fremgår eksplicit af bilag 4.1.0, 4.3.0 og 4.13.0, at der findes et mindre antal justeringshåndtag end de, der efter det tekniske mindstekrav 1 er krævet på den relevante delaftale. Det forhold, at de tilbudte høreapparater faktisk ikke har et antal justeringshåndtag, der lever op til det krævede antal i det tekniske mindstekrav 1, er ikke bestridt. Klageren har ikke haft belæg for at antage, at svaret på spørgsmål nr. 93 ændrede de tidligere afgivne svar på spørgsmål nr. 34 og

68, jf. ovenfor under påstand 3. Svarene på de tre spørgsmål skal forstås sådan, at det tekniske mindstekrav 1 betød, at der skulle være (minimum) det relevante antal kanaler i det tilbudte høreapparat samt indstillingsmulighed i tilpasningssoftwaren i mindst det relevante antal kanaler (altså antal justeringshåndtag), jf. spørgsmål nr. 34 og 93, og at indstillingsmulighederne i tilpasningssoftwaren i den situation, hvor der måtte være tale om »grupper« af kanaler, skulle omfatte mindst det relevante antal »grupper«, jf. spørgsmål nr. 68.

Ad påstand 5

Klageren har navnlig anført, at indklagede har foretaget en forkert vurdering af klagerens dokumentation i relation til opfyldelsen af de tekniske mindstekrav 4 og 6 i behandlingskategorierne 3C og 3F, da indklagede alene har foretaget sin vurdering på baggrund af produktbladene for de tilbudte høreapparater. I tilbudsskemaerne, som var en del af klagerens tilbud, havde klageren henvist til bilag 4.21, hvoraf det tydeligt fremgik, at de tilbudte høreapparater opfyldte de tekniske mindstekrav 4 og 6, og at dette let kunne demonstreres. Klageren har bestridt, at bilag 4.21 kun er en erklæring og gjort gældende, at der i stedet er tale om en »beskrivelse, der redegør for funktionaliteterne«. I bilaget er der redegjort for, at der er adgang til ikke blot to og tre programmer – som det fremgår af produktbladene – men derimod til hele fire programmer. Der er endvidere redegjort for, hvad det indebærer, at mikrofonsystemets karakteristik kan vælges separat i hvert program, og hvordan dette er dokumenteret i tilbuddet (i tilpasningssoftwaren). Det synes derfor ikke urimeligt at kræve, at en ordregiver fæster lid til en indgivet redegørelse. Alternativt må det kunne kræves, at en ordregiver ved vurderingen af så komplekse produkter som i det aktuelle udbud får afklaret en mulig tvivl om troværdigheden af en redegørelse ved at tænde for den medsendte software.

Indklagede har navnlig anført, at klagerens tilbud i behandlingskategorierne 3C og 3F var ukonditionsmæssige, og at indklagede derfor var forpligtet til at se bort fra disse tilbud. Den udbudsretlige vurdering af tilbuddets konditionsmæssighed skal ske på grundlag af tilbuddets indhold, og indklagede var som følge af produktbladene forpligtet til at anse tilbuddene for ukonditionsmæssige. Bilag 4.21 til klagerens tilbud er alene en erklæring om, at de tekniske mindstekrav er opfyldt. Bilaget gengiver alene kravets ordlyd og med en (ukonkretiseret) henvisning til, at det kan demonstreres i softwaren.

Der er intet element af »redegørelse« i bilagets ordlyd. Bilaget er derfor ikke i sig tilstrækkelig dokumentation for opfyldelsen af de tekniske mindstekrav 4 og 6. Erklæringen strider endvidere mod produktbladene, og indklagede har – henset til den tydelige markering på orienteringsmødet af, at tilbudsgiver ikke kunne nøjes med at indgive en erklæring om opfyldelsen af det tekniske mindstekrav – ikke haft mulighed for at se bort fra de oplysninger, der er angivet i produktbladene, og som eksplicit demonstrerer, at de tekniske mindstekrav 4 og 6 ikke er opfyldt. Det følger 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 6 (subsidiær i forhold til påstand 1-5)

Klageren har navnlig anført, at indklagedes væsentlige ændringer af outputkravene for kategori 1 og kategori 2 må fordre, at tilbudsgiverne gives en rimelig frist til at tilpasse deres tilbud til de ændrede mindstekrav. Henset til udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, sammenholdt med stk. 5, må en rimelig frist i dette tilfælde anses for at udgøre 45 kalenderdage til udarbejdelse af tilbud regnet fra indklagedes offentliggørelse af svaret på spørgsmål 81.

Indklagede har gjort gældende, at ændringens karakter og betydning for tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud ikke tilsiger, at der efter ændringen skal gives tilbudsgiverne en frist svarende til en fuld tilbudsfrist – konkret 40 dage, da udbudsbetingelserne er direkte og frit tilgængelige. Ordregivers mulighed for at foretage præciseringer, suppleringer og ændringer undervejs i udbudsprocessen, indebærer i sagens natur, at det endelige grundlag for tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud kan blive fastlagt undervejs i tilbudsfasen, og den ydre tidsmæssige grænse herfor fastlægges af udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, med den såkaldte fredningsregel. Indklagede har ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, idet indklagede ikke ved den foretagne ændring var forpligtet til at give tilbudsgiverne en ny tilbudsfrist, og idet indklagede har sikret en efter omstændighederne passende frist for udarbejdelse af tilbud, herunder ved udskydelse af tilbudsfristen.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at udbuddet og de deraf følgende beslutninger, herunder tildelingsbeslutningerne, skal annulleres på grund af de anførte overtrædelser.

Indklagede har gjort gældende, at der hverken er grundlag for en annullation af udbudsproceduren eller indklagedes tildelingsbeslutninger, da udbudsreglerne ikke er overtrådt som angivet i påstand 1-6. Dertil kommer, at klageren ikke har påvist eller nærmere redegjort for, hvorledes de konkrete overtrædelser af udbudsretlige regler skulle have haft konkret og væsentlig betydning for klageren.

Ad påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klageren har gjort gældende, at beslutningen om at anse klagerens tilbud ukonditionsmæssige vedrørende delaftalerne 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt i relation til opfyldelse af de tekniske mindstekrav 1, 4 og 6 skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud på behandlingskategorierne 3C, 1D, 2D, 3D, 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt, da klageren hverken har bevist, godtgjort eller sandsynliggjort, at klagerens tilbud opfyldte de tekniske mindstekrav 1, 4 og 6. Der skal efter fast klagenævns praksis foretages en konkret væsentlighedsvurdering af (eventuelt) konstaterede overtrædelser af de udbudsretlige regler. Afvisningen af klagerens tilbud som ukonditions-mæssige i forhold til det tekniske mindstekrav 1 har ikke haft konkret betydning for tildelingen af delaftaler på behandlingskategorierne 2D, 3C, 3D, 3E, 3F, 2Vandtæt og 3Vandtæt, da klagerens tilbud herved også var ukonditions-mæssige på andre punkter, og/eller klagerens priser var for høje til at få tildelt en delaftale. Afvisningen af klagerens tilbud som ukonditions-mæssige i forhold til de tekniske mindstekrav 4 og 6 har heller ikke haft nogen konkret betydning for tildelingen af delaftaler på behandlingskategorierne 3C og 3F. For behandlingskategori 3F var klagerens tilbud også ukonditions-mæssigt på andre punkter. Dette er også ubestridt af klageren. Klagerens priser var under alle omstændigheder for høje til, at klageren ville få tildelt delaftalen i behandlingskategori 3C.

Ad påstand 9

Klageren har navnlig anført, at indklagede var berettiget – om end ikke forpligtet – til at anse klagerens tilbud i behandlingskategorierne 3D og 3Vandtæt for konditionsmæssige, om nødvendigt efter en henvendelse til klageren i medfør af implementeringsbekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 1. De tilbudte høreapparater i de nævnte behandlingskategorier opfyldte outputkravene. Dette fremgik af den medsendte dokumentation i form af produktblade for de tilbudte høreapparater. De officielle testrapporter som var indgivet sammen med klagerens tilbud på de tilbudte høreapparater AL587-DVIW og AL987-DVIW var indgivet ved en fejl, da de ikke vedrørte de tilbudte høreapparater. Klageren har bestridt, at påstanden ikke vedrører en udbudsretlig overtrædelse. Påstanden vedrører en konkret overtrædelse af udbudsreglerne i form af en forkert afgørelse (»beslutning«) og begrundelse om reglerens anvendelse, som må kunne vurderes af klagenævnet.

Indklagede har i første række anført, at påstanden ikke relaterer sig til en udbudsretlig overtrædelse. Hvis betragtningen er, at indklagede er berettiget, men ikke er forpligtet, er der tale om et valg og ikke et spørgsmål om forkert fortolkning eller forkert anvendelse af udbudsreglerne. Indklagede anså klagerens tilbud i behandlingskategorierne 3D og 3Vandtæt for ukonditionsmæssige. Indklagede var – som erkendt af klageren med den anførte formulering af påstanden – ikke forpligtet til at anse tilbuddene for konditionsmæssige, og der er således ikke tale om en udbudsretlig overtrædelse.

Indklagede har i anden række anført, at indklagede var forpligtet til at anse klagerens tilbud i behandlingskategorierne 3D og 3Vandtæt for ukonditionsmæssige. Tilbuddet var vedlagt den samme officielle testrapport for klagerens tilbudte høreapparater i de nævnte behandlingskategorier. Rapporten viser, at de fastsatte outputkrav ikke var opfyldt. Indklagede har ikke haft grundlag for at tro, at der var tale om en forkert rapport. Det fremgår af rapporten, at denne vedrører AL 977/87-DVIW, men at høreapparaterne AL777/87-DVIW og AL 577/87-DVIW har samme akustiske egenskaber som AL977/87-DVIW. Det følger klart af ordlyden af bestemmelsen i implementeringsbekendtgørelsens § 12 og praksis, at en ordregiver ikke er forpligtet til at anvende bestemmelsen. Formuleringen af påstand 9 indeholder også en klar erkendelse heraf.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende udbudsbetingelser for udbuddet, der indebærer, at ordregiveren har været forpligtet til at annullere udbuddet og efter omstændighederne foranstalte nyt udbud.

EU-domstolens dom af 10. maj 2010 i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene (»Max Havelaar«-dommen) angår ikke direkte spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren under et udbud af en række rammeaftaler med tildelingskriteriet »laveste pris« kan ændre outputkravene under overholdelse af fredningsreglen i artikel 39, stk. 2. Af dommens præmis 55 følger imidlertid, at ændringen i outputkravene ikke må have ændret »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne«, og dermed have haft indflydelse på »interesserede erhvervsdrivende[s] ... beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlende udbudsprocedure«.

De oprindelige outputintervaller for kategori 1 og kategori 2 for formfaktoren BTE m/øreprop, som ikke var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, men fremgik af de øvrige udbudsbetingelser, blev den 6. august 2013 ved indklagedes besvarelse af spørgsmål nr. 81 ændret fra henholdsvis 105-119,9 dB SPL og 120-131,9 dB SPL til henholdsvis 105-124,9 dB SPL og 125-131,9 dB SPL. Ændringen vedrørte alene intervallet mellem kategori 1 og kategori 2 på én ud af i alt 6 formfaktorer. Desuden forblev det samlede spænd fra kategori 1-3 uændret.

Som det fremgår af spørgsmål og svar-arkene af 18. juli og 6. og 20. august 2013 modtog indklagede en række spørgsmål fra tilbudsgiverne om de oprindelige outputkrav, herunder opfyldelsen heraf i relation til formfaktoren BTE m/øreprop, hvilket indebar, at indklagede ændrede de nævnte outputkrav. Indklagede har villet sikre, at udbuddet ville resultere i et tilstrækkeligt bredt sortiment til at dække patienternes behov.

Efter det oplyste må det således antages, at ændringen af outputintervallerne har udvidet kredsen af potentielle tilbudsgivere inden for visse delaftaler.

Klageren har derimod ikke sandsynliggjort, at de oprindelige outputkrav har haft indvirkning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om deltagelse i udbuddet som sådan.

Ændringen skete samtidig med en forlængelse af tilbudsfristen, således at tilbudsgiverne havde ca. 3 uger til at tage højde for denne.

Den foretagne ændring af outputkravene har på den baggrund ikke ændret ved »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet« og kan ikke antages at have haft indflydelse på »interesserede erhvervsdrivende[s] ... beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlende udbudsprocedure«.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter fast klagenævns praksis er det ordregivers valg, hvordan kontraktgenstanden skal defineres. En ordregiver fastsætter således inden for de rammer, der følger af udbudsreglerne, bl.a. hvorledes de udbudte ydelser skal beskrives, og hvilke krav der skal stilles til ydelserne. Klagenævnet efterprøver ikke ordregivers skøn, men alene om grænserne for skønnet er overskredet.

Af tilbudsskemaet, arket »Behandlingskategorier«, fremgår, at der var fastsat specifikke mindstekrav for hver enkelt formfaktor. Herudover er der for hver enkelt behandlingskategori stillet forskellige krav til antallet af formfaktorer, som der som minimum skulle tilbydes. I behandlingskategorierne 1A, 2A, 3A, 3B, 3C, 3D, 3E, 3F, 3Tinintus og 3Bi-Cros var der således enten krav om tilbud på mindst én formfaktor eller mindst to formfaktorer, mens der i de øvrige behandlingskategorier var fastsat krav om, at tilbuddet skulle omfatte samtlige formfaktorer. Indklagede modtog tilbud fra flere forskellige virksomheder i de forskellige behandlingskategorier.

Efter det, klageren har anført for klagenævnet, er der herefter ikke grundlag for at fastslå, at indklagedes krav til de udbudte høreapparater er fastsat i strid med princippet om proportionalitet.

Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har overtrådt udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det har været klart for tilbudsgiverne, hvilke mindstekrav de udbudte høreapparater i hver behandlingskategori skulle opfylde, og tilbudsgiverne på dette marked har haft lige muligheder for at byde på opgaven.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

Indklagede havde i udbudsbetingelserne for delaftalerne 3C, 1D, 2D og 3D fastsat et mindstekrav (nr. 1) om 9 kanaler til signalbehandling i de høreapparater, som tilbudsgiverne tilbød, og om 10 kanaler til signalbehandling i de høreapparater, som tilbudsgiverne tilbød i delaftalerne 3E, 3F, 1Vandtæt, 2Vandtæt og 3Vandtæt.

Indklagede besvarede under udbuddet spørgsmål nr. 34, 68 og 93 om det tekniske mindstekrav 1. Ved svar på spørgsmål nr. 34 ændrede indklagede det tekniske mindstekrav 1 således, at der – udover kravet om antallet af kanaler i signalbehandling i høreapparaterne – også blev fastsat krav om, at det tilsvarende mindste antal kanaler skulle være tilgængelige til indstilling i tilpasningssoftwaren. En tilsvarende forståelse af kravet er i øvrigt angivet i formuleringen af spørgsmål 68, der efter sit indhold ikke angår *indholdet* af ændringen, men alene *baggrunden* for denne. Mindstekrav nr. 1 omfattede herefter således tillige et krav til antallet af de såkaldte »gain handles« i tilpasningssoftwaren. Det ændrede tekniske mindstekrav 1 blev ikke efterfølgende ændret ved indklagedes svar på spørgsmål nr. 68 og 93. Svaret på spørgsmål nr. 34 blev offentliggjort på indklagedes hjemmeside den 18. juli 2013 eller cirka 4 uger inden udløbet af den oprindelige tilbudsfrist og cirka 6 uger inden udløbet af den forlængede tilbudsfrist, og der er derfor ikke grundlag for at tage påstand 3 til følge.

Det er ubestridt, at klagerens tilbud ikke overholdt mindstekravet, i det omfang dette – således som det er fastslået ovenfor – omfattede et mindstekrav til antallet af de såkaldte »gain handles«. Der er herefter heller ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Ad påstand 5

Indklagede havde i udbudsbetingelserne for delaftalerne 3C og 3F klart og entydigt fastsat et mindstekrav (nr. 4) om 4 »brugerbetjente programmer, hvor mikrofonsystemets karakteristik kan vælges separat i hvert program ...«, 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. Af tilbudsskemaet, arket »Om tilbudsgivning..«, punkt 4, fremgik, at dokumentation for opfyldelse af de tekniske mindstekrav f.eks. kunne være produktblade eller datablade, beskrivelser eller lignende. Til orienteringsmødet den 26. juni 2013 blev det præciseret, at det ikke var et krav, at dokumentationen var produktblade eller offentligt tilgængeligt materiale og kunne f.eks. i stedet bestå af en beskrivelse, der redegjorde for funktionaliteten. Det blev endvidere præciseret, at det ikke var tilstrækkeligt blot at afgive en erklæring om, at alle mindstekrav var opfyldt.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik endvidere, at tilbudsgiverne ikke var berettiget til at tage forbehold, og at tilbud, der indeholdt forbehold, ville blive afvist som ukonditionsmæssige. Dette blev efterfølgende bekræftet ved indklagedes svar på spørgsmål nr. 31.

Vedrørende delaftalerne 3C og 3F tilbød klageren efter det oplyste høreapparaterne »ReSound VO588-DW« og »ReSound UP788-DW«. Klagerens tilbud indeholdt modstridende angivelser om opfyldelsen af de tekniske mindstekrav 4 og 6 i relation til de tilbudte høreapparater. Af tilbuddets bilag 4.1.0 og 4.13.0, som var produktblade for de tilbudte høreapparater, fremgik, at høreapparatet »ReSound VO588-DW« havde 2 fuldt fleksible programmer, og at høreapparatet »ReSound UP788-DW« havde 3 helt fleksible programmer. Af bilag 4.21 til klagerens tilbud fremgik derimod, at alle tilbudte »ReSound«-høreapparater, hvor der var krav om flere programmer, havde adgang til 4 programmer. Risikoen for den uklarhed, der følger af, at dokumentationen ikke er overensstemmende, påhviler tilbudsgiveren.

På den baggrund var indklagede berettiget til at lægge til grund, at de tilbudte høreapparater ikke opfyldte de tekniske mindstekrav 4 og 6. Indklagede var således berettiget til at se bort fra klagerens tilbud for behandlingskategorierne 3C og 3F.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 1-5)

Efter det oplyste om karakteren og omfanget af ændringen af udbudsbetingelserne vedrørende outputintervallerne for formfaktoren BTE m/øreprop for kategori 1 og kategori 2 er der ikke grundlag for at fastslå, at indklagede skulle fastsætte en ny tilbudsfrist svarende til den normale frist for offentlige udbud, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, jf. stk. 5 og 6.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7 og påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Efter klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 1-6 er der ikke grundlag for at tage påstand 7 eller påstand 8 til følge.

Ad påstand 9

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 1, kan klagenævnet tage stilling til, om en ordregiver »har overtrådt« udbudsreglerne, jf. lovens § 1, stk. 2 og 3. Klagenævnet kan efter samme bestemmelse endvidere ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået.

Som påstand 9 er formuleret, angår den ikke en overtrædelse af udbudsreglerne, og påstanden er derfor uegnet til at danne grundlag for en afgørelse fra klagenævnet.

Klagenævnet tager på den baggrund indklagedes afvisningspåstand til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 9 afvises.

Den resterende del af klagen tages ikke til følge.

Klageren, GN ReSound Danmark A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Amgros I/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig