

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Kendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Advanced Bionics Denmark ApS
(advokat Carl Christian Illum von Scholten, København)

mod

Amgros I/S
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander, København)

Klagenævnet har den 15. januar 2018 modtaget en klage fra Advanced Bionics Denmark ApS (Advanced Bionics), der har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Amgros I/S (Amgros) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og replik med bilag 1 - 17 og svarskrift med bilag A - I.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Amgros har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og/eller gennemsigtighedsprincippet i

udbudslovens § 2 ved at skræddersy sit genudbud til Cochlear Europe Limited, herunder ved medtagelsen af navnlig kvalitetskrav 4.11, 5.3, 5.34, 5.36 og 8.10, med henblik på at give Cochlear Europe Limited en konkurrencefordel og ved at tildele kontrakten til Cochlear Europe Limited.

	Kvalitets point tildeling		Forskel 1/2 Runde
	1 Runde	2 Runde	+/-
AB	6,22	4,78	1,44
Cochlear	6,36	6,34	0,02
Diff. Cochlears favør	-0,14	-1,56	
	Kvalitets point tildeling		Forskel 1/2 Runde
"Kravs" spørgsmål	Cochlear	AB	+/-
4.11	8	0	8
5.3	7	5	2
5.34	7	0	7
5.36	7	0	7
8.10	8	0	8
Diff. Cochlears favør	37	5	32

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Amgros har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og/eller gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at annullere det oprindelige udbud uden saglig grund, herunder for at sikre, at Cochlear fik førsteprioritet, eller for at undgå, at Advanced Bionics fik førsteprioritet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Amgros' beslutning af 21. december 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Cochlear Europe Limited som førsteprioritet."

Amgros har nedlagt påstand om, at påstandene ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Den 26. april 2017 udbød Amgros to delaftaler på vegne af Region Hovedstaden, Region Syddanmark, Region Midtjylland og Region Nordjylland vedrørende kontrakter om levering af cochlear-implantater og tilbehør, som anvendes til behandling af patienter med betydeligt høretab eller døve. Ifølge udbudsbetingelserne skulle der indgås aftale med flere leverandører, og således at indkøb som udgangspunkt sker hos leverandøren, der tildeles

kontrakten med førsteprioritet. Advanced Bionics var, sammen med Cochlear Europe Limited (Cochlear), MED-EL Nordic AB (MED-EL) og Oticon Medical A/S (Oticon), tilbudsgiver på det pågældende udbud. Advanced Bionics vandt udbuddet efter en samlet vurdering af tildelingskriterierne i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, herunder pris (40 % vægtning), kvalitet (40 % vægtning) og service (20 % vægtning).

Under spørgsmål/svar-processen blev der stillet følgende spørgsmål til udbudsmaterialet:

”Spørgsmål 14327 fra MED-EL:

Kravene i materialet kan for implantatsidens vedkomne, mere end opfyldes med ca. 10 år gammel teknologi. Kan I forklare om I ønsker at gøre brug af sådanne teknologi, som i dag benyttes i f.eks. Kina og Indien, i fald prisen blot er lavere end nuværende og fremtidig teknologi, som selvfølgelig er lidt dyrere, men som også langt overstiger de opsatte krav?

Er det således korrekt forstået, at man kan få en meget positiv score i dette udbud, hvis man tilbyder forældet teknologi til en meget lav pris, og er det virkelig det man ønsker for Danmark?

Spørgsmål 14328 fra MED-EL: Det er ikke til at se nogen steder at implantaterts størrelse vægtes, kan I forklare hvorfor dette ikke er vigtigt?”

Ved evalueringen af tilbuddene blev der anvendt en pointskala fra 0-8, hvor tilbuddene blev bedømt ud fra de angivne kriterier. For så vidt angår tildelingskriteriet ”kvalitet”, blev det vurderet ud fra de konkurrenceparametre, der var angivet i kravspecifikationen.

Udbudsmaterialet bestod af udbudsbetingelser og en udbudsbekendtgørelse samt af en kontrakt med bilag, herunder kravsspecifikation og tilbudsliste.

Kravsspecifikationen indeholder en række mindstekrav og konkurrencekrav (konkurrenceparametre). Konkurrencekravene besvares af tilbudsgiverne og danner grundlag for evalueringen af tilbud i relation til underkriteriet ”kvalitet” og ”service”.

Udbuddet omfattede cochlear implantater, lydprocessorer og andet tilbehør, der er nærmere specificeret i tilbudslisten.

Såvel Advanced Bionics som Cochlear udfyldte tilbudslistes i forbindelse med det første og det andet udbud.

Tilbudslisten er som udgangspunkt ens for de to delaftaler, men adskiller sig for så vidt angår det estimerede forbrug af de enkelte varer på tilbudslisten, som danner grundlag for beregning af en evalueringsteknisk pris for hver delaftale. Vægtningen mellem de enkelte elementer er den samme, men for alle elementer er det estimerede forbrug 20 % lavere for delaftale 1 (Region Hovedstaden) end delaftale 2 (Region Syddanmark, Region Midtjylland og Region Nord). Det betyder, at den evalueringstekniske pris er forskellig for de to delaftaler, selvom tilbudsgiverne har afgivet samme priser for de enkelte varer.

Den 26. juli 2017 meddelte Amgros tilbudsgiverne, at de fire afgivne tilbud alle var konditionsmæssige, og at Amgros agtede at tildele Advanced Bionics kontrakten vedrørende både delaftale 1 og delaftale 2.

Efter underretningen om tildeling af kontrakt modtog Amgros en række spørgsmål vedrørende tilbudsevalueringen, hvorfor Amgros forlængede standstill-perioden til den 16. august 2017. På baggrund af spørgsmålene genoptog Amgros tilbudsevalueringen og underrettede den 17. august 2017 tilbudsgiverne om, at Advanced Bionics havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud for både delaftale 1 og delaftale 2. I brevet til Advanced Bionics var anført, at standstill-perioden udløb. den 28. august 2017, ”hvorfor regionerne tidligst vil underskrive og dermed indgå kontrakt efter denne dato. Snarest efter standstill periodens udløb vil I få tilsendt rammeaftalerne til underskrift.”

Amgros modtog kommentarer vedrørende evalueringen fra Cochlear og MED-EL. Amgros har den 5. september 2017 meddelt Advanced Bionics aktindsigt i dette materiale, idet visse oplysninger om tekniske og funktionelle løsninger dog blev undtaget fra aktindsigten.

Amgros meddelte den 25. august 2017, at udbuddet var blevet annulleret. Amgros begrundede beslutningen således:

” ...

Amgros har blandt andet på grundlag af henvendelser fra tilbudsgivere konstateret flere fejl i forbindelse med tilbudsevalueringen [...], herun-

der i forhold til konditionsmæssigheden af tilbud. Endvidere har Amgros i forbindelse med evalueringsprocessen konstateret flere forhold i udbudsmaterialet, som kan være uhensigtsmæssige og som Amgros ønsker at drøfte nærmere med brugergruppen og eventuelt revurdere.

På den baggrund har Amgros besluttet at annullere udbuddet med henblik på et snarligt genudbud på justerede vilkår.

...

For Amgros er det væsentligt at tilrettelægge og gennemføre vores udbud med størst mulig sikkerhed for, at disse harmonerer med udbudsreglerne, at man bruger vores og tilbudsgivernes ressourcer bedst muligt, og at vores udbud fører til indgåelse af attraktive aftaler, der harmonerer med patienternes behov.

Amgros beklager forløbet og takker tilbudsgiverne for deltagelse i udbuddet og for jeres bemærkninger vedrørende evalueringen.

...”

Advanced Bionics anmodede den 29. august 2017 Amgros om at uddybe, hvorfor udbudsproceduren blev annulleret. Den 5. september 2017 svarede Amgros blandt andet:

”Amgros har i overensstemmelse med udbudslovens § 171, stk. 6, angivet de forhold, der har været bestemmende for Amgros’ beslutning om at annullere udbuddet. Det fremgår tydeligt af begrundelsen, at Amgros har valgt at annullere udbuddet, fordi Amgros har konstateret flere fejl i udbuddet, herunder i forhold til konditionsmæssigheden af tilbuddene. Endvidere fremgår det, at Amgros i forbindelse med evalueringsprocessen har konstateret forhold i udbudsmaterialet, som kan være uhensigtsmæssige, og som Amgros ønsker at drøfte nærmere med brugergruppen og eventuelt revurdere.

Amgros er ikke forpligtet til at uddybe begrundelsen yderligere eller detaljeret angive alle konstaterede fejl i forbindelse med tilbudsevalueringen. Endvidere er det ikke et krav, at begrundelsen skal indehold en redegørelse af alle konstaterede forhold, der kan være uhensigtsmæssige i udbudsmaterialet, men som ønskes drøftet yderligere med brugergruppen. Amgros ønsker således på nuværende tidspunkt ikke at uddybe begrundelsen yderligere.

Som det fremgår af det materiale som Amgros har meddelt aktindsigt i, så vedrører de konstaterede forhold vedrørende konditionsmæssighed navnlig Advanced Bionics’ og Oticons tilbud. De faktuelle forhold herom fremgår af korrespondancen.

Amgros har forståelse for, at Advanced Bionics er skuffet over beslutningen om aflysning og genudbud, men Advanced Bionics står ikke anderledes eller dårligere end de øvrige tilbudsgivere i et genudbud. Dog vil jeg gøre opmærksom på, at Amgros har modtaget kommentarer til evalueringen fra nogle af de øvrige tilbudsgivere, jf. de oplyste dokumenter.

I forbindelse med tidligere telefonisk korrespondance med advokat Carsten Sommer, har jeg fået opfattelsen af, at Advanced Bionics muligvis også har konstateret nogle punkter, hvor Advanced Bionics mener, at der er fejl i tilbudsevalueringen. Det beror på et valg om Advanced Bionics – i lighed med de øvrige tilbudsgivere – vil fremsende sine observationer til Amgros, således at Advanced Bionics ikke på dette punkt stiller sig anderledes end de øvrige tilbudsgivere.”

Efter annullationen af det første udbud mødte den medarbejder fra Amgros, der var ansvarlig for udbuddet, alle fire tilbudsgivere på en konference. Af hensyn til det kommende genudbud ønskede medarbejderen ikke at drøfte hverken det første udbud eller det kommende genudbud, men opfordrede i stedet samtlige tilbudsgivere til at fremsende eventuelt input til Amgros.

Amgros modtog herefter input fra Cochlear, der var vedlagt virksomhedens produktoversigt, og fra Advanced Bionics, der var vedlagt kravspecifikation fra et udbud fra Karolinska Universitetssjukhuset fra 2015 ”til inspiration”. Cochlear anførte i sin fremsendelsesskrivelse, at det nye udbud bør reflektere og vægte de nyeste funktioner på markedet, ligesom virksomheden tilbød at komme og præsentere deres produktoversigt.

I Cochlears brev af 4. september 2017 til Amgros stod der blandt andet:

”Kommentarer til udbud og evaluering

Vi vil hermed takke for henvendelsen vedrørende ønske om input ... og aflysning ...

Nedenfor er beskrevet de punkter, hvor vi mener, der er uklarheder i udbudsteksten eller i evalueringen.

Herudover medsender vi produktoplysninger på vores nyeste produkt, da vi mener, der er vigtigt, at den nyeste teknik som findes på markedet, vægtes i kravspecifikationen.

Punkt 3.7

Her er det vanskeligt at se, hvordan man skal kunne opnå fuld score. Ud fra udbudsteksten og evalueringsteksten ser det ud som om, besvarelsenerne er meget forskellige, mens evalueringen er den samme for alle leverandører.

Punkt 4.9

Dette punkt bør vægte positivt, at der kan foretages 3T MRI med magneten bortopereret, da dette giver væsentligt mindre artefakter/skygger på skanning af hovedet.

Punkt 5.2

Det bør vægtes positivt, at størrelsen på processoren er lille i forhold til små børne-ører.

Punkt 8.8

Cochlears bimodalitets løsninger kommer brugeren til gode i dagligdagen. Man kan benytte samme streamingudstyr, eller man kan vælge at streame direkte fra iPhone, til både høreapparat og CI uden brug af mellemleds-løsninger.

Punkt 8.9

Her er det vanskeligt at se, hvordan man skal kunne opnå fuld score. Ud fra udbudsteksten og evalueringsteksten ser det ud som om, besvarelsenerne er meget forskellige, mens evalueringen er den samme for alle leverandører.

Punkt 9.4

Det er vores vurdering, at dette punkt bør være et vægtet punkt. Det er endvidere væsentligt at tage i betragtning, at dette punkt kan være konkurrenceforvridende, da det kræver væsentligt flere ressourcer at honorere dette krav med 2000 patienter i forhold til 20 patienter.

Punkt 9.14

Til dette punkt mener vi, det burde være muligt at vedlægge dokumentation.

Det er endvidere vigtigt, at det tydeligt fremgår, om det udelukkende er undervisning der efterspørges, eller om det også er andet.

Produkt-nyheder

Vi mener, det er vigtigt, at et nyt udbud reflekterer og vægter de nyeste funktioner som findes på markedet, således at dette kommer patienterne til gode.

Vores nyeste produkt, Nucleus 7, har en række nyheder, som vi gerne vil komme og præsentere.

Vi vedlægger en oversigt som viser disse nyheder, og nævner kort de vigtigste her:

Direkte streaming

N7 anvender den sidste 2,4 GHz streamingsteknologi som muliggør direkte streaming fra mobiltelefon (iPhone) uden mellemleds-løsninger.

Spoletykkelse

N7 har en meget tynd spole som gør brugen mere behagelig for patienterne (specielt små børn)

Størrelse

Nucleus 7 er væsentlig mindre end Nucleus 6 processoren

Trådløs Programmering

Nucleus 7 kan programmeres uden at processoren er tilkoblet en computer ved hjælp af ledninger.

Nucleus Smart App

Processoren kan både styres og man kan foretage fejlfinding med app'en til telefonen.

Find min processor

Via app'en kan man nemt finde det sted, hvor processoren sidst blev anvendt.”

Den 21. oktober 2017 foretog Amgros genudbud under nye udbudsbetingelser og en revideret kravspecifikation.

Amgros har til brug for klagesagen beskrevet ændringerne af kravsspecifikationen således:

”Kravsspecifikationen for det første udbud omfattede 63 mindstekrav og 41 konkurrencekrav, fordelt med 30 konkurrencekrav under underkriteriet kvalitet og 11 konkurrencekrav under underkriteriet service.

Kravsspecifikationen for det andet udbud omfattede 62 mindstekrav og 36 konkurrencekrav, fordelt med 27 konkurrencekrav under underkriteriet kvalitet og 9 konkurrencekrav under underkriteriet service.

Ændringerne i kravsspecifikationen relaterede sig både til mindstekrav og konkurrencekrav, og har henset til omfanget af krav en betydelig kompleksitet. Til brug for klagesagen har Amgros udarbejdet en oversigt, der afspejler ændringerne i kravsspecifikationen og konsekvenserne heraf og af de nye afgivne tilbud i relation til de tildelte point.

Som det fremgår, indebærer ændringen af kravsspecifikationen mellem de to udbud, at 10 konkurrencekrav udgik. Som eksempel gælder det krav om, at implantaterne skal være FDA-godkendte. Både Advanced Bionics' og Cochlears implantater er FDA-godkendte, og begge tilbudsgivere havde derfor fået 8 point ved besvarelse af dette krav i det første udbud, mens de to øvrige tilbudsgivere havde fået 0 point. Ændringen er udtryk for dels et ønske om at forenkle udbuddet med en reduktion af antallet af konkurrencekrav, dels et udtryk for at revurdere hvilke krav, der reelt afspejlede en højere kvalitet og dermed værdi, der i givet fald kunne afvejes mod en eventuelt højere pris.

Konsekvensen, isoleret set, af, at kravene udgik, afspejles i oversigten med det antal vægtede point, som hver af de 4 tilbudsgivere derved "mistede". Denne ændring har vist sig at være mest fordelagtig for Oticon, der mistede marginalt lavere point (samlet vægtet point 2,48) end de øvrige tilbudsgivere (samlet vægtet point 2,56 for Cochlear og MED-EL samt 2,68 for Advanced Bionics).

Der blev endvidere foretaget ændringer således, at 8 konkurrencekrav blev mindstekrav. Dette relaterer sig til krav, som alle tilbudsgivere kunne opfylde, og konsekvensen heraf er "neutral" i relation til tildeling af point (alle tilbudsgiverne mistede således samlet vægtet point på 2,18).

Ændringerne, hvorved disse krav udgik af tilbudsvurderingen, er de eneste ændringer, hvor konsekvensen kan beregnes isoleret set – dvs. det er uafhængigt af ændringerne i de afgivne tilbud. Beregningerne blev dog ikke foretaget i forbindelse med ændringerne men er resultat af en nærmere revurdering og drøftelse af de enkelte krav.

Der blev endvidere på grundlag af drøftelser i brugergruppen fastsat 13 nye konkurrencekrav, hvoraf Advanced Bionics' påstand 1 relaterer sig til 4 krav, ... som har følgende indhold;

Krav 5.3 *"det vægtes positivt, at lydprocessoren er lille, med lille vægt"*

Krav 5.34 *"det vægtes positivt, at mindst en af de tilbudte lydprocessorer ved tab, kan findes vha. en søge/trackingfunktion."*

Krav 5.36 *"det vægtes positivt, at CI brugeren (patienten) kan betjene og monitorere lydprocesserne vha. en app til smartphone"*.

Krav 8.10 *"det vægtes positivt, at leverandøren tilbyder tilpasningsudstyr, der muliggør trådløs programmering i klinikken."*

Samtlige nye konkurrencekrav er fastsat efter en faglig vurdering af brugergruppen og er således udtryk for en faglig vurdering af, hvilke funktionaliteter og serviceydelser, der afspejler kvalitet for patienterne og klinikkerne. Det gælder både de krav, som klager hæfter sig ved i påstand 1, og de øvrige fastsatte krav.

De af påstanden omfattede 4 krav er eksempler på krav, hvor Cochlear tildeles højere point end klager. Blandt de 13 nye krav er tillige eksempler på krav, hvor klager og Cochlear tildeles samme point, f.eks. krav 5.27 og 9.4, mens krav 5.35 er et eksempel på, at klager tildeles 8 point, mens Cochlear tildeles 0 point.

Som oversigten afspejler, indebærer de nye krav dog samlet set, at Cochlear tildeles flere point end Advanced Bionics. Det hænger dog i et vist omfang sammen med, at Cochlear lancerede et nyt produkt i perioden mellem de to udbud, ... og at det nye produkt, dels ved nye tekniske funktionaliteter, dels i kraft af en "Smart App" løsning opfyldte flere krav end øvrige tilbudsgiveres tilbud eller opfyldte dem bedre. Som eksempel kan nævnes krav 5.29.

Ændringen i kravsspecifikationen i relation til nye krav og konsekvensen heraf er således i nogen grad udtryk for en opdatering af udbudsmaterialet til et markedskonformt grundlag for tildeling i takt med markedsudviklingen.

21 konkurrencekrav er fastholdt, men med ændret formulering. Det gælder bl.a. krav 4.11, der er omfattet af klagers påstand 1. Dette er reelt samme krav som krav 4.15 fra det første udbud, men med en præciseret formulering. Både ved det første og det andet udbud er klager tildelt 0 point og Cochlear 8 point ved besvarelse af dette krav. Der er med andre ord ikke tale om en ændring af udbudsmaterialet, der har haft nogen betydning for udbuddets resultat.

Skemaet afspejler ændringer i point for hvert af de enkelte præciserede krav ved det første og det andet udbud. Ændringer i point for de forskellige tilbudsgiveres tilbud kan bero på præciseringen af det pågældende krav, men for det generelle billede er der tillige tale om ændring af point som følge af ændringer i tilbuddene. For mange krav er både klager og Cochlear tildelt flere point ved det andet udbud end ved det første udbud. Det gælder navnlig de krav, der relaterer sig til kriteriet "service", og hvor evalueringen baseres på tilbudsgivers beskrivelse af kravets opfyldelse. I modsætning til krav, der relaterer sig til tekniske funktionaliteter, har tilbudsgiverne for sådanne krav bedre mulighed for at forbedre deres tilbud ved mere fyldestgørende beskrivelser. Dertil kommer, at evalueringen generelt er foretaget "*med nye øjne*", og også dette kan have influeret på niveauet for point eller på konkrete point, herunder for

at rette op på nogle af de fejl, der blev konstateret ved det første udbud, og som bl.a. indgik i beslutningen om annullation af udbuddet.

Alene to konkurrencekrav er uændrede. Dette afspejler således, hvor omfattende ændringer kravspecifikationen undergik. Til trods herfor indebar genudbuddet dog ændring i point for et af disse krav. For krav 5.25 (udbud 1) henholdsvis 5.28 (udbud 2), hvorefter det *"vægtes positivt, at akustiske og visuelle alarmsignaler helt eller delvist kan deaktiveres"* (og baseret på en nærmere redegørelse for kravets opfyldelse) havde både Advanced Bionics og de øvrige tilbudsgivere fået 8 point ved det første udbud, da de alle tilbød produkter, hvor alarmfunktionen kan deaktiveres via software. Ved det andet udbud tilbød Cochlear det nye produkt, hvor brugeren har mulighed for selv at foretage deaktivering via en "Smart App" (dvs. hvis brugeren har en iOS-enhed). Dette indebærer en bedre opfyldelse af kravet, som betyder, at Cochlear blev tildelt 8 point, mens de øvrige tilbudsgivere blev tildelt 7 point.

Der er således tale om et eksempel, hvor markedsudviklingen indebærer, at den absolutte standard, som tilbuddene evalueres i henhold til, blev ændret mellem de to udbud.

Sammenfattende afspejler oversigten således en omfattende række ændringer af kravsspecifikationen, der på forskellig vis – og sammenholdt med de afgivne tilbud - har betydning for udbuddets resultat."

Amgros har til brug for klagesagen beskrevet ændringerne i de evalueringstekniske priser og udbuddets resultat herunder vedrørende point således:

"...

Det fremgår, ... at Advanced Bionics ved det første udbud havde tilbudt laveste pris for begge delaftaler, og at Cochlears evalueringstekniske pris var ca. 9,13 % højere end Advanced Bionics' evalueringstekniske pris. Det indebærer, at Advanced Bionics fik 8 point for kriteriet pris, mens Cochlear fik 6,54 point. Der var således tale om en forskel i Advanced Bionics favør med 1,46 point.

Ved det andet udbud ændrede både Advanced Bionics og Cochlear de afgivne tilbudspriser... . Som ... afspejler, har navnlig Cochlear reduceret priserne for de tilbudte varer, og for flere af varerne med betydelige beløb. Dette afspejles tillige af differencen mellem de evalueringstekniske priser for det andet udbud.

Prisdifferencen mellem Advanced Bionics og Cochlear blev reduceret således, at Cochlears evalueringstekniske pris alene var 0,45 % dyrere end Advanced Bionics'. De konkrete point under de to delaftaler er for udbud 2 forskellige, idet en tredje tilbudsgiver MED-EL afgav forskel-

lige priser for de to delaftaler, og for delaftale 1 afgav den laveste pris. Det betyder, at Advanced Bionics i udbud 2 fik tildelt 7,25 point og Cochlear 7,21 point for kriteriet pris for delaftale 1, mens der for delaftale 2 er tale om henholdsvis 8 point til klager og 7,96 point til Cochlear. For begge delaftaler er der således tale om, at differencen i point for pris alene er 0,04 i Advanced Bionics' favør.

Kompleksiteten i tilbudsvurderingen afspejles tillige af, at der ved det første udbud anvendes en lineær pointmodel for pris med et tillæg til laveste pris på 50 %, mens priserne for udbud 2 i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 12.3.2 indebærer anvendelse af en pointmodel med et tillæg på 100 %. Også dette forhold har haft en vis betydning for de tildelte point, og dermed også indgået i udbuddets resultat.”

Den 21. december 2017 meddelte Amgros tilbudsgiverne, at Amgros agtede at indgå rammeaftale for de to delkontrakter nu med Cochlear som førsteprioritet og Advanced Bionics som anden prioritet. Standstill-perioden blev fastsat til den 4. januar 2018, men er efterfølgende blevet udsat til den 15. januar 2018.

Den 3. januar 2018 anmodede Advanced Bionics om aktindsigt en nærmere række dokumenter vedrørende det første og andet udbud. Amgros imødekom den 4. januar 2018 delvis begæringen, og afviste for en anden dels vedkommende at meddele aktindsigt og tilkendegav for nogle resterende punkter, at man forventede at kunne vende tilbage senest den 11. januar 2018. Den 12. januar 2018 vendte Amgros tilbage med det resterende materiale.

Den 9. januar 2018 anmodede Advanced Bionics Amgros om at omgøre tildelingsbeslutningen på baggrund af en række fejl i tilbudsevalueringen.

Ved brev af 12. januar 2018 afviste Amgros, at der skulle være fejl i evalueringen.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Advanced Bionics har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Amgros har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Vedrørende påstand 1 – 3 har Advanced Bionics gjort gældende, at Amgros ved fastsættelsen af meget specifikke og skræddersyede krav i kravspecifikationen har givet Cochlear en urimelig og ulovlig konkurrencefordel, som hverken er sagligt begrundet eller proportional.

Dette gælder navnlig, når det kan konstateres, at en del af disse specifikke krav er krav, som Cochlear har haft indflydelse på blandt andet gennem virksomhedens henvendelse til Amgros i brevet af 4. september 2017, hvilket afstedkom, at kravene i genudbuddet blev til Cochlears fordel. Advanced Bionics har anført følgende fem specifikke punkter:

1. I brevet kritiserer Cochlear pkt. 3.7 og pkt. 8.9, som ikke er medtaget i andet udbud.
2. Efter Cochlears bemærkninger til pkt. 5.2, som medtages i andet udbud som pkt. 5.5, får Cochlear 7 point, hvor Advanced Bionics får 6 point. Endvidere tilføjes nyt pkt. 5.3 som nyt krav efter Cochlears bemærkninger.
3. Efter Cochlears bemærkninger til pkt. 8.8 får Advanced Bionics 0 point i anden udbudsevaluering (pkt. 8.7), hvorimod Advanced Bionics fik 8 point i første udbudsevaluering. Advanced Bionics' svar ved første runde (pkt. 8.8) og ved anden runde (pkt. 8.7) var nærmest identiske, og Advanced Bionics' har ikke ændret i software vedrørende bimodalitet mellem de to besvarelser.
4. Efter Cochlears bemærkninger til pkt. 9.14, indsættes punktet som pkt. 9.13, og Cochlears point ændres fra 5 til 7, hvor Advanced Bionics' point ændres fra 6 til 7, således at differencen mellem de to tilbudsgivere ved dette punkt ændres fra 1 i Advanced Bionics' favør til 0.
5. Flere af Cochlears nyheder som er særligt fremhævet i brevet og til lige anført i produktoversigten fremsendt af Cochlear til Amgros den 4. september 2017 er medtaget i genudbuddet.

Når der stilles meget specifikke krav i forbindelse med et udbud (og i særlig grad i forbindelse med et genudbud), skal ordregiver kunne påvise, at det er sagligt begrundet og proportionalt at stille sådanne krav. Det er ikke lykkedes Advanced Bionics at få Amgros til at redegøre for, hvorfor inddragelsen

af de meget specifikke krav i forbindelse med genudbuddet er sket, andet end at det skyldes feedback fra brugergruppen. Dette er selvsagt ikke tilstrækkeligt, især når Amgros undtager al brugergruppens korrespondance og mødereferater fra aktindsigt. Det er således ikke muligt for Advanced Bionics at få indsigt i, hvor indflydelsen til de nye krav er kommet fra, hvilket skaber en reel og nærliggende grund til at tro, at konkurrencegrundlaget mærkbart er fordrejet til fordel for en bestemt økonomisk aktør.

Det forhold, at de meget specifikke krav er inddraget i forbindelse med et genudbud, indgår som et skærpende moment og må i sig selv skabe en formodning for, at genudbuddet er tilrettelagt, således at kun Cochlear kunne vinde eller få væsentlige konkurrencefordele og/eller med henblik på at udelukke eller begrænse Advanced Bionics deltagelse i udbuddet. Det forhold, at der ikke er givet en klar, specifik eller *reel* begrundelse for, hvorfor det oprindelige udbud blev annulleret, bestyrker kun denne formodning.

Det indgår som et yderligere skærpende moment, at Cochlear er den eksisterende hovedleverandør på delaftale 2 og eksisterende hovedleverandør på tilbehør på den eksisterende delaftale 1. Det følger af fast praksis, at en ordregiver har en forpligtelse til at mindske den hidtidige leverandørs naturlige fordele, hvis ordregiver må forvente, at den hidtidige leverandør vil være blandt tilbudsgiverne. Amgros har ikke udlignet Cochlears konkurrencefordele, men har tværtimod tilrettelagt udbuddet til fordel for Cochlear.

Uanset at Amgros som ordregiver er nærmest til at vurdere, hvilke krav der bedst opfylder det behov, som Amgros ønsker opfyldt med den udbudte opgave, er det Advanced Bionics' vurdering, at Amgros har fastsat kravene alene med det formål, at Cochlear skulle kunne vinde udbuddet. Kravene står ikke i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb og går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme Amgros' konkrete saglige behov.

Advanced Bionics har henvist til landsrettens dom i U.2012.3232V samt til klagenævnets kendelse af 14. marts 2011, hvor klagenævnet fandt, at fastsættelse af meget specifikke konstruktionskrav i licitationsbetingelserne, svarende til det en tilbudsgiver havde tilbudt under den første licitation, kombineret med et samtidigt krav om dokumentation for overholdelse af en særlig standard, indebar, at kun virksomheder, der som én kendt tilbudsgiver allerede havde fået testet et produkt med den krævede konstruktion, havde mulighed for at afgive tilbud. Klagenævnet anførte, at det påhvilede

ordregiver at påvise, at der var særlige fordele ved den udbudte tekniske konstruktion i forhold til andre tekniske konstruktioner og dimensioner, som kunne tilbydes af andre leverandører end den omtalte tilbudsgiver, at det til trods for den konkurrencebegrænsende virkning af kravene var sagligt begrundet og proportionalt at stille krav som sket. Dette havde ordregiveren ikke godtgjort.

Særligt vedrørende de af Advanced Bionics fem specifikke krav har Am-gros gjort gældende:

Konkurrencekrav 3.7 og 8.9 fra første udbud:

Konkurrencekrav 3.7 var et krav, hvor alle tilbudsgiverne havde fået 6 point baseret på en vurdering af den vedlagte dokumentation for relevant forskning og studier. Ved det andet udbud blev der i stedet fastsat et mindstekrav om, at leverandøren på anmodning skal fremlægge dokumentationen. Konkurrencekrav 3.7 er således et af de i alt 8 konkurrencekrav, som blev ændret til mindstekrav efter brugergruppens nærmere gennemgang af det samlede udbudsmateriale. Ændringen var pointmæssigt neutral i forhold til tilbudsgiverne.

Konkurrencekrav 8.9 var et af de i alt 10 konkurrencekrav, som udgik ved det andet udbud.

Alle tilbudsgivere havde fået 6 point ved evalueringen i det første udbud, og også denne ændring var pointmæssigt neutral i forhold til tilbudsgiverne.

Ændringerne skete som led i en større samlet gennemgang og tilretning af udbudsmaterialet og er to krav blandt de i alt 18 konkurrencekrav, der udgik eller ændrede status til mindstekrav ved denne opdatering af udbudsmaterialet.

Cochlears bemærkninger relaterede sig til evalueringen af de to krav, herunder primært at evalueringen var den samme for alle leverandører. Den konkrete ændring beror ikke på forslag fra Cochlears side.

Konkurrencekrav 5.2 i første udbud og nyt konkurrencekrav 5.3 i det andet udbud:

Vedrørende konkurrencekrav 5.2 anførte Cochlear i sit brev af 4. september følgende, at ”Det bør vægtes positivt, at størrelsen på processoren er lille i forhold til små børnehører.”

Konkurrencekrav 5.2 blev medtaget i en ændret formulering som konkurrencekrav 5.6 (og ikke konkurrencekrav 5.5 som anført). Kravet relaterer sig til, om lydprocessoren kan bæres på forskellige måder og Cochlears bemærkning har ingen relevans for evalueringen af konkurrencekrav 5.6.

Der blev som to nye krav i det andet udbud indsat konkurrencekrav 4.1, der vedrørte størrelsen af implantatet, og 5.3, der vedrørte størrelsen af lydprocessoren. Begge krav er udtryk for et relevant kvalitativt forhold baseret på en faglig vurdering fra brugergruppens side, og der er tale om saglige og proportionale krav.

Konkret var det dog Oticons tilbud, der blev vurderet bedst og fik 8 point f.s.v.a. implantatet. For lydprocessoren fik Cochlears tilbud det højeste point blandt tilbudsgiverne, nemlig 7 point.

Konkurrencekrav 8.8 i første udbud:

Til konkurrencekrav 8.8 anførte Cochlear i sit brev af 4. september 2017:

”Cochlears bimodalitets løsninger kommer brugeren til gode i dagligdagen. Man kan benytte samme streamingudstyr, eller man kan vælge at streame direkte fra iPhone, til både høreapparat og CI uden brug af mellemledsløsninger.”

Cochlears bemærkning relaterede sig således til vurderingen af Cochlears tilbud i relation til kravet, og ikke til evalueringen af Advanced Bionics tilbud.

I det første udbud havde konkurrencekrav 8.8 følgende formulering:

”Det vægtes positivt, at der kan foretages bimodal tilpasning via samme software. Redegør for hvordan dette opfyldes.”

Konkurrencekrav 8.8 blev under det andet udbud ændret til konkurrencekrav 8.7, og formuleringen blev præciseret til ”via en og samme software”. Advanced Bionics tilbud havde ved evalueringen under det første udbud fået 8 point baseret på virksomhedens besvarelse af kravet. Ved det andet ud-

bud fik virksomheden 0 point baseret på besvarelsen af tilbuddet og dokumentationen til konkurrencekrav 8.7, der reelt afspejler, at virksomhedens produkt ikke kan foretage bimodal tilpasning via en og samme software.

Cochlear fik både under det første og det andet udbud tildelt 0 point for besvarelse af konkurrencekrav 8.8, henholdsvis konkurrencekrav 8.7, idet brugergruppen på baggrund af tilbuddets indhold for begge udbud kunne konstatere, at Cochlear ikke opfyldte kravet.

Cochlears bemærkninger i brevet var uden relevans for udbudsmaterialets udformning og de tildelte point, herunder ændringen af Advanced Bionics' point.

Reelt må Cochlears bemærkning ses som et forsøg på en "salgstale" for "*biomodalitets løsninger*", der ikke opfylder kravet.

Konkurrencekrav 9.14 i første udbud:

Konkurrencekrav 9.14 blev ved det andet udbud ændret til konkurrencekrav 9.13 og formuleringen blev præciseret. Ved kravet vægtedes det positivt, "at leverandøren har en bred organisation til rådighed, der dækker de relevante behov for undervisning, der sikrer korrekt anvendelse af leverandørens produkter og at leverandøren ved nyttiggørelse af medarbejdernes kompetencer sikrer en høj kvalitet i undervisningen".

Præciseringen var tilføjelsen af den understregede sætning.

Til konkurrencekrav 9.14 har Cochlear anført følgende i sit brev:

"Til dette punkt mener vi, det burde være muligt at vedlægge dokumentation. Det er endvidere vigtigt, at det tydeligt fremgår, om det udelukkende er undervisning der efterspørges, eller om det også er andet."

Kravet blev ikke ændret, så det blev muligt at vedlægge dokumentation, og omformuleringen er ikke en konsekvens af Cochlears bemærkning.

De tildelte point beror på tilbudsgivernes besvarelse af kravet. Ved det andet udbud udvidede både Advanced Bionics og Cochlear deres besvarelse af konkurrencekravet, og de tildelte point beror på en skønsmæssig vurdering af besvarelsene. Ændringen i point for Advanced Bionics fra 6 point

til 7 point henholdsvis Cochlear fra 5 point til 7 point er udtryk for, at Cochlear i højere grad end Advanced Bionics havde forbedret sit tilbud, herunder ved konkretisering af de tilbudte medarbejderes erfaring og arbejdsområder.

Ændringen i point er uden sammenhæng med Cochlears bemærkninger til konkurrencekravet.

Konkurrencekrav 5.3, 8.3, 5.36, 5.34, og 5.13 i andet udbud:

Et af de anførte krav – konkurrencekrav 5.3 – relaterer sig til størrelsen på lydprocessoren. De øvrige fire konkurrencekrav (8.10 (i klagen fejlagtigt anført som 8.3), 5.36, 5.34, og 5.13) relaterer sig til de nye tekniske funktionaliteter, der blev tilgængeligt på markedet med Cochlears nye produkt. Brugergruppen var dog allerede forud for modtagelsen af Cochlears brev opmærksom herpå og var bekendt med det nye produkt.

Særligt vedrørende påstand 2 har Amgros gjort gældende, at det følger af langvarig og fast praksis, at en ordregiver er berettiget til at annullere et udbud, og at der alene undtagelsesvis kan være tale om en overtrædelse af de udbudsretlige regler og principper, hvis annulationen forfølger formål i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt er usaglig.

Amgros har henvist til Højesterets dom af 18. august 2011 (UfR 2011.3129) samt en betydelig række af klagenævnets kendelser, herunder blandt andet kendelsen af 25. september 2017, Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S mod Hillerød Kommune.

Det påhviler Advanced Bionics at bevise, at annulationen er retsstridig, og denne bevisbyrde har virksomheden ikke løftet.

Annulationen fandt sted efter en nærmere vurdering af en række fejl og uhensigtsmæssigheder ved det første udbud, herunder konstaterede problemstillinger vedrørende konditions-mæssighed af tilbud, der bl.a. relaterede sig til Advanced Bionics tilbud. Som et element af begrundelsen for annulationen var således tvivl om tildeling lovligt kunne ske til virksomheden og til en af de øvrige tilbudsgivere. Alene på den baggrund er det åbenbart, at Amgros har været berettiget til at annullere udbuddet.

Amgros foretog en række ændringer af udbudsmaterialet, men det skete hverken med det formål eller den følge at kunne tildele kontrakten til Cochlear. I lighed med sædvanlig praksis vedrørende annulation understøtter de omfattende, efterfølgende ændringer i udbudsmaterialet således tillige, at annulationen ikke er usaglig.

Advanced Bionics har således ikke godtgjort, at der er grundlag for at antage, at annulationen skulle forfølge formål i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt være usaglig.

Særligt vedrørende påstand 3 har Amgros anført, at ændringerne af udbudsmaterialet hverken har haft til formål eller til følge, at Cochlear kunne tildeles kontrakten som førsteprioritet. Hverken annulationen eller tilrettelæggelsen og gennemførelsen af genudbuddet indebærer overtrædelse af de udbudsretlige regler eller principper. Uanset om det kan konstateres, at fastsættelse af visse nye krav er til fordel for Cochlear, er det ikke en udbudsretlig overtrædelse i sig selv, ligesom de pågældende ændringer ikke i sig selv har været udslagsgivende for udbuddets resultat.

Ad uopsættelighed

Advanced Bionics har gjort gældende, at virksomheden vil lide et økonomisk tab, hvis Amgros' tildelingsbeslutning opretholdes.

Betingelsen om uopsættelighed kan efter klagenævnets praksis lempes i tilfælde, hvor fumus boni juris er særlig stærk, og der således er tale om en åbenbar og grov overtrædelse af de udbudsretlige regler.

Henset til at det første udbud blev annulleret uden en gennemsigtig begrundelse, at Cochlear efter det oplyste som den eneste tilbudsgiver har fremsendt produktspecifik information til Amgros i perioden mellem de to udbud, og at denne henvendelse har haft indflydelse på indholdet af genudbuddet, hvorved en hidtidig leverandør er blevet tilgodeset, er det Advanced Bionics vurdering, at der er tale om en åbenbar overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Dette bør føre til, at betingelsen om uopsættelighed lempes.

Amgros har gjort gældende, at efter fast og langvarig EU-praksis og klagenævnets praksis har klageren en tung bevisbyrde for, at klageren vil lide et al-

vorligt og uopretteligt tab, hvis klageren skal afvente endelig kendelse i sagen. Det følger tillige af denne praksis, at der ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor.

Advanced Bionics har ikke redegjort for, at uopsættelighedsbetingelsen skulle være opfyldt.

Advanced Bionics har dermed ikke ført det krævede ”sikre bevis” for, at en alvorlig og uoprettelig skade er umiddelbart nært forestående, hvis virksomheden henvises til at afvente endelig kendelse i sagen.

Ad interesseafvejning

Advanced Bionics har gjort gældende, at virksomheden har en klar interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, således at AmgroS ikke indgår kontrakt med Cochlear.

Der foreligger ikke væsentlige samfundsmæssige hensyn, som med betydelig styrke taler for nødvendigheden af en hurtig kontraktindgåelse.

Den stærke formodning for, at Cochlear og AmgroS har haft en utilbørlig kontakt inden genudbuddet, som har påvirket AmgroS’ udarbejdelse af udbudsmaterialet samt evaluering, bør føre til, at AmgroS ikke kan indgå kontrakt, inden klagenævnet har foretaget en prøvelse af klagen. En realitetsafgørelse af sagen kan forventes at foreligge relativ hurtigt.

AmgroS har bestridt, at en interesseafvejning kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning.

Advanced Bionics har ikke redegjort for, at en interesseafvejning skulle tale for, at klagen tillægges opsættende virkning.

AmgroS har derimod en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, således at processen kan føre til kontraktindgåelse som forudsat.

Dette hensyn vejer tungere end Advanced Bionics interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. Også en interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at klagerens begæring om opsættende virkning ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet, at Amgros den 26. april 2017 udbød to delaftaler på flere regioners vegne vedrørende levering af cochlear-implantater og tilbehør, som anvendes til behandling af patienter med betydeligt høretab eller døve.

Det fremgår af sagens bilag, at udbudsmaterialet i vidt omfang er blevet til efter forhandling med en bred sammensat brugergruppe. Endvidere lægges det til grund, at evaluering af tilbuddene i vidt omfang har bestået af vurdering af tekniske specifikationer.

Allerede under spørgsmål/svar-processen under det første udbud blev der af en senere tilbudsgiver stillet spørgsmål, som klart indikerer, at udbudsbetingelsernes tekniske krav kunne opfyldes af forældet teknologi, hvilket formentlig kunne føre til utilsigtede pointtildelinger.

Amgros har endvidere oplyst, at der under evalueringen opstod spørgsmål om, hvorvidt de afgivne tilbud alle var konditionsmæssige. Amgros konstaterede endvidere, at ny forbedret teknologi samtidigt kom på markedet, hvorfor Amgros annullerede udbuddet.

Advanced Bionics har ikke godtgjort at annulationen var usaglig, eller at der som påstået er sket en overtrædelse af ligebehandlings- eller gennemsigthedsprincippet i udbudslovens § 2.

Klagenævnets prøvelse består i at vurdere, om Amgros har handlet i strid med traktatens grundlæggende bestemmelser eller i øvrigt på anden måde har handlet usagligt ved at annullere udbuddet. De omtvistede ændringer forekommer åbenlyst saglige, idet formålet hermed var, at borgerne skulle have nyere teknologi. I den forbindelse bemærkes, at det tilkommer ordregiveren inden for et vidt skøn at fastlægge, hvad der skal købes.

Advanced Bionics har endvidere bevisbyrden for, at Amgros har overtrådt de ovennævnte principper ved med annulationen og senere med genudbuddet at have tilrettelagt dette på en sådan måde, at Cochlear og ikke Advanced Bionics fik kontrakten tildelt. Denne bevisbyrde er efter det, der er anført ovenfor ikke løftet.

Det er således efter en foreløbig vurdering ikke udsigt til, at betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
chefkonsulent