

K E N D E L S E

Widex DK A/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Kommunernes Landsforening
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 58-094689 af 21. marts 2012 udbød indklagede, Kommunernes Landsforening, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) rammeaftaler om indkøb af høreapparater opdelt i 32 separate delaftaler (»behandlingskategorier«). Der er tale om parallelle rammeaftaler med en varighed på 6 måneder, og den samlede værdi er anslået til mellem 210 og 315 mio. kr.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Udbuddet er det fjerde i rækken af udbud af høreapparater, som Amgros I/S har forestået for Kommunernes Landsforening. De tre forudgående udbud er annulleret af Kommunernes Landsforening. Klagenævnet har herom tidligere afsagt kendelse af 15. marts 2012, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening, kendelse af 16. marts 2012, Oticon A/S mod Kommunernes Landsforening og kendelse af 16. august 2012, Pnonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening.

Udbudsbetingelserne har været offentligt tilgængelige på indklagedes hjemmeside.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. maj 2012 havde indklagede modtaget tilbud fra de samme 10 tilbudsgivere som under forrige udbud.

Den 25. maj 2012 orienterede Amgros I/S tilbudsgiverne om, at indklagede havde til hensigt at indgå følgende rammeaftaler:

»

HT\KB	A meget stort	B meget stort	C stort	D stort	E almin- deligt	F lille	G børn	H børn
1 Kom- plice- rede	1.Phonak 2.Widex	1.Unitron 2.Phonak 3.Widex 4.Siemens 5.GN Re- sound	1.Unitron 2.Phonak 3.Bernafon	1.Interton 2.Unitron 3.Phonak	1.Interton 2.Unitron 3.Phonak 4.Oticon 5.Bernafon	1.Oticon 2.Interton 3.Unitron	1.Oticon 2.Bernafon	1.Phonak 2.Widex 3.Oticon 4.Bernafon 5.Siemens
2 krafti- ge	1.Phonak	1.Unitron 2.Phonak 3.GN Re- sound		1.Interton 2.Unitron 3.Phonak	1.Interton 2.Unitron 3.Phonak 4.Oticon 5.Bernafon	1.Oticon 2.Interton 3.Widex	1.Phonak 2.Bernafon	1.Phonak 2.Bernafon 3.Siemens
3 meget krafti- ge	1.Unitron 2.Phonak 3.GN Re- sound	1.Unitron 2.Phonak 3.GN Re- sound		1.Interton 2.Unitron 3.Phonak	1.Interton 2.Unitron 3.Phonak 4.Oticon 5.GN Re- sound	1.Interton 2.Widex 3.Unitron	1.Phonak 2.Oticon 3.Siemens	1.Phonak 2.Oticon 3.Siemens
4 Flade til Lettere faldende	1.Unitron 2.Phonak 3.Siemens	1.Unitron 2.Widex 3.Phonak		1.Bernafon 2.Interton 3.Unitron	1.Interton 2.Unitron 3.Phonak 4.Widex 5.Oticon	1.Bernafon 2.Oticon 3.Interton		1.Widex 2.Phonak 3.Oticon 4.Bernafon 5.Siemens
5 Speci- elle/ andre høretab	1.Phonak 2.GN Re- sound 3.Oticon	1.Widex 2.GN Re- sound 3.Siemens	1.Phonak	1.Widex 2.Siemens				

«

Den 4. juni 2012 indgav klageren, Widex DK A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kommunernes Landsforening. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 26. juni 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Indklagede har herefter indgået rammeaftalerne som meddelt den 25. maj 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2

- (i) ved i Rettelsesblad 1 af 17. april 2012 at frafalde det af indklagede fastsatte krav om, at tilbudte høreapparater i den udbudte høreapparatkategori 5D (delaftale 17) skulle tilbydes med formfaktoren »BTE m/receiver in the ear (RITE)«, og
- (ii) ved efterfølgende i Rettelsesblad 3 af 23. april 2012 tillige at frafalde det samme krav for de udbudte høreapparatkategorier 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 2E – 3E og 2F – 3F (delaftalerne 2 – 3, 7 – 8, 14 – 15, 19 – 20, og 23 – 24),

uagtet at indklagede i udbudsbekendtgørelsen og i tilbudsskemaet havde anført dette krav som en ufravigelig udbudsbetingelse for disse høreapparatkategorier, og kravet også efter sin beskaffenhed udgjorde en grundlæggende udbudsbetingelse, der derfor hverken kunne fraviges af tilbudsgiverne eller af indklagede.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede 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 afsendelse af udbudsbekendtgørelsen den 21. marts 2012, idet indklagede først den 23. april 2012 fastsatte de endelige grundlæggende udbudsbetingelser, der skulle være gældende for afgivelse af tilbud, ved at frafalde det ufravigelige krav om, at tilbudte høreapparater i høreapparatkategorierne 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 2E – 3E og 2F – 3F skulle tilbydes med formfaktoren »BTE m/receiver in the ear (RITE)«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 1A (delaftale 1) til Phonak Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Naida S V« i modellerne (a) SP, (b) UP og (c) CRT og høreapparatet »Versata Art« i modellerne (a)

ITC/HS VZ, (b) ITC/HS P VZ, (c) FS VZ og (d) F P VZ, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2A (delaftale 2) til Phonak Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Naida S V« i modellerne (a) SP, (b) UP og (c) CRT, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 4A (delaftale 4) til Unitron Sverige som 1. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Unitron Quantrum 20« i modellerne (a) M, (b) S, (c) HP og (d) ITE P Wireless, og høreapparatet »Unitron Moxi 20«, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 4A (delaftale 4) til Phonak Danmark A/S som 2. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Phonak Naida S V« i modellerne (a) SP, (b) UP og (c) CRT, og høreapparatet »Versata Art« i modellerne (a) ITC/HS VZ, (b) ITC/HS P VZ, (c) FS VZ og (d) F P VZ, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høre-

apparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 4A (delaftale 4) til Siemens Høreapparater A/S som 3. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparaterne »Siemens Motion 501 DM/VC«, »Siemens Pure 501« og »Siemens Life 501«, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 1G (delaftale 26) til Bernafon A/S som 2. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Chronos 9« i modellerne (a) CPx, (b) CP og (c) M, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2G (delaftale 27) til Phonak Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Phonak Naida S V« i modellerne (a) SP Junior og (b) UP Junior, selv om ingen af disse høreapparater kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2G (delaftale 27) til Bernafon A/S som 2. prioriteret leverandør uagtet, at denne tilbudsgiver inden for denne høreapparatkategori tilbød høreapparatet »Chronos 7« i modellen (a) CPx, selv om dette høreapparat ikke kunne opfylde den ufravigelige udbudsbetingelse om »Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem«.

Påstand 11

Klagenævnet skal annullere udbudsproceduren og herunder samtlige tildelingsbeslutninger af 25. maj 2012.

Påstand 12

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere (i) indklagedes beslutning af 17. april 2012 om at frafalde den ufravigelige udbudsbetingelse om, at tilbudte høreapparater i den udbudte høreapparatkategori 5D skulle tilbydes med formfaktoren »BTE m/receiver in the ear (RITE)«, og (ii) indklagedes efterfølgende beslutning af 23. april 2012 om også at frafalde denne ufravigelige udbudsbetingelse i forhold til de udbudte høreapparatkategorier 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 2E – 3E og 2F – 3F.

Påstand 13

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3A (delaftale 3) til Unitron Sverige som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 14

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2B (delaftale 7) til GN ReSound Danmark A/S som 3. prioriteret leverandør.

Påstand 15

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3B (delaftale 8) til Unitron Sverige som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 16

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3B (delaftale 8) til GN ReSound Danmark A/S som 3. prioriteret leverandør.

Påstand 17

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2D (delaftale 14) til Interton Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 18

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3D (delaftale 15) til Interton Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 19

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3D (delaftale 15) til Unitron Sverige som 2. prioriteret leverandør.

Påstand 20

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2E (delaftale 19) til Interton Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 21

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3E (delaftale 20) til Interton Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 22

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3E (delaftale 20) til Unitron Sverige som 2. prioriteret leverandør.

Påstand 23

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3E (delaftale 20) til Oticon A/S som 4. prioriteret leverandør.

Påstand 24

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3E (delaftale 20) til GN Re-Sound Danmark A/S som 5. prioriteret leverandør.

Påstand 25

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2F (delaftale 23) til Oticon A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 26

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2F (delaftale 23) til Interton Danmark A/S som 2. prioriteret leverandør.

Påstand 27

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3F (delaftale 24) til Interton Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 28

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 3F (delaftale 24) til Unitron Sverige som 3. prioriteret leverandør.

Påstand 29

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 1A (delaftale 1) til Phonak Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 30

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2A (delaftale 2) til Phonak Danmark A/S som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 31

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 4A (delaftale 4) til Unitron Sverige som 1. prioriteret leverandør.

Påstand 32

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 4A (delaftale 4) til Phonak Danmark A/S som 2. prioriteret leverandør.

Påstand 33

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 4A (delaftale 4) til Siemens Høreapparater A/S som 3. prioriteret leverandør.

Påstand 34

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 1G (delaftale 26) til Bernafon A/S som 2. prioriteret leverandør.

Påstand 35

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2G (delaftale 27) til Phonak Danmark A/S som 2. prioriteret leverandør.

Påstand 36

(subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale for høreapparatkategori 2G (delaftale 27) til Bernafon A/S som 2. prioriteret leverandør.

Kommunernes Landsforening har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 21. marts 2012 indeholder bl.a. følgende:

»Del II:

Kontraktens genstand

...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

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

Rammeaftalerne er ikke-eksklusive. De nærmere aftalevilkår fremgår af det i udbudsmaterialet indeholdte udkast til rammeaftale, jf. pkt. VI.3, pkt. 1 og 2.

Høreapparaterne videresælges til Kommunernes Landsforenings medlemmer til indkøbspris med %-tillæg og/eller et gebyr pr. høreapparat.

De ufravigelige krav til høreapparaterne fremgår af udbudsmaterialet, herunder navnlig tilbudsskemaet.

...

Udbyder agter at indgå aftaler for i alt 32 behandlingskategorier, og udbuddet omfatter således 32 separate delaftaler (partier), som beskrevet i Bilag B. De forskellige delaftaler fremgår i oversigtsform tillige af en oversigt over behandlingskategorier på det vejledende bilag "Oversigt over behandlingskategorier (delaftaler)", der er offentliggjort som en del af udbudsmaterialet, jf. pkt. VI.3, pkt. 2. Hver behandlingskategori anses for en selvstændig delaftale. Det fremgår af bilaget for hvilke behandlingskategorier, der vil blive indgået 3 henholdsvis 5 parallelle rammeaftaler.

...

Leverandøren må højst afgive ét tilbud i hver af de 32 behandlingskategorier (delaftaler). Hvert tilbud må gerne indeholde flere høreapparater, såfremt samtlige de høreapparater, leverandøren tilbyder i den pågældende behandlingskategori opfylder de ufravigelige krav, der er fastsat for behandlingskategorien.

...

Ved anvendelse af rammeaftalerne skal kommunerne/høreklinikkerne som udgangspunkt vælge høreapparatet inden for den pågældende delaftale (behandlingskategori) til laveste pris (rammeaftale 1).

Undtagelsen til dette udgangspunkt kan alene ske, når et af følgende forhold gør sig gældende:

...

II.2) Kontraktens mængde eller omfang

II.2.1) Samlet mængde eller omfang:

Det skønnes, at der under rammeaftalen i alt vil skulle leveres ca. 35 000 høreapparater i den 6 måneders kontraktperiode og eventuelt ca. 35 000 høreapparater i hver af de op til 2 på hinanden følgende 6 måneders forlængelse.«

Det var for alle høreapparat kategorier som et ufravigeligt krav fastsat, at de tilbudte høreapparater skulle leveres i flere forskellige formfaktorer, der ikke nødvendigvis var ens for alle kategorier.

I udbudsbetingelserne er i afsnittet »Oplysninger om delaftaler« som udtrykkeligt ufravigelige krav vedrørende delaftale 1 betegnelse 1A, delaftale 2 betegnelse 2A, delaftale 26 betegnelse 1G og delaftale 27 betegnelse 2G bl.a. fastsat:

»Trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem.«

Vedrørende delaftale 3 betegnelse 3A, delaftale 4 betegnelse 4A, delaftale 7 betegnelse 2B, delaftale 8 betegnelse 3B, delaftale 14 betegnelse 2D, delaftale 15 betegnelse 3D, delaftale 17 betegnelse 5D, delaftale 19 betegnelse 2E, delaftale 20 betegnelse 3E, delaftale 23 betegnelse 2F og delaftale 24 betegnelse 3F er som udtrykkeligt ufravigeligt krav bl.a. fastsat:

»Alle apparater i mindst formfaktorerne BTE m/konventionel øreprop og BTE m/receiver in the ear (RITE)«

Indklagede besvarede under udbuddet i et »spørgsmål/svardokument« (af klageren benævnt »Rettelsesblad 1«) af 17. april 2012 spørgsmål 57 således:

»Spørgsmål nr. 57:

I kategori 5D er det et krav at der indleveres i mindst formfaktorerne BTE m/konventionel øreprop, BTE med tynd slange uden hook og BTE m/receiver in the ear (RITE). Audiologisk synes det ikke formålstjenligt at kræve RITE/Ric apparater; fastholdes kravet om RITE/RIC apparater i gruppe D5?

Svar:

Nej i kategori 5D er det et krav at der indleveres i mindst formfaktorerne BTE m/konventionel øreprop og BTE m/tynd slange uden hook. Kravet om BTE m/ receiver in the ear (RITE) frafaldes derfor.«

Oplysningen om, at kravet om RITE var frafaldet for kategori 5D, blev sendt til tilbudsgiverne ved mail af 17. april 2012, ligesom spørgsmål/svardokumentet, ny version af tilbudsskemaet og den samtidigt afsendte berigtigelsesbekendtgørelse blev offentliggjort på hjemmesiden.

Den 23. april 2012 frafaldt indklagede kravet om RITE for de øvrige kategorier, der er omhandlet af påstandene. I øvrigt blev kravet opretholdt for en række andre kategorier. Oplysning herom blev offentliggjort på samme måde som ændringen af 17. april 2012.

Ved e-mail af 24. april 2012 gjorde klageren indsigelse mod indklagedes frafald af kravet om RITE og opfordrede indklagede til at annullere udbuddet og foretage genudbud. I tilfælde af, at indklagede ikke imødekom op-

fordringen, stillede klageren er lang række spørgsmål, som blev besvaret bl.a. således:

»[Spørgsmål 42] Hvad er det udbudsretlige grundlag for, at AMGROS overhovedet ser sig i stand til at fravige ufravigelige udbudsbetingelser, når disse udgør grundlæggende udbudsbetingelser?

Ad Spørgsmål 78 (42) Amgros er opmærksom på de udbudsretlige regler og på at håndtere spørgsmål/svar proceduren og eventuelle præciseringer og suppleringer af udbudsmaterialet inden for de udbudsretlige rammer. Det fastholdes, at spørgsmål/svar fasens formål er at afklare eventuelle uklarheder i udbudsmaterialet, og processen er ikke egnet til nærmere at redegøre for de overvejelser og udbudsretlige betragtninger, der ligger bag de valg, Amgros træffer.

...

[Spørgsmål 43] I fortsættelse af forrige spørgsmål ... bedes AMGROS oplyse, hvorledes det i sig selv kan være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, at AMGROS begunstiger visse tilbudsgivere ved at frafalde det ufravigelige krav om formfaktoren BTE m/receiver in the ear (RITE) i forhold til adskillige høreapparat kategorier, men at AMGROS omvendt ikke kan imødekomme en audiologisk velbegrundet anmodning fra en anden tilbudsgiver om at frafalde kravet om BTE m/konventionel øreprop i specifikke høreapparat kategorier, hvis der i stedet kan leveres i formfaktoren RITE?

Ad Spørgsmål 79 (43) Der henvises til besvarelsen af øvrige spørgsmål, herunder spørgsmål 78. Som supplement hertil bemærkes, at Amgros ikke tilsigter at begunstige eller forfordle visse tilbudsgivere, men vurderer de rejste problemstillinger under hensyntagen til saglige hensyn, herunder det behov som de offentlige høreklinikker har. Hensyn til markedssituationen indgår generelt med det fokus at skabe størst mulig konkurrence i overensstemmelse med formålet med de udbudsretlige regler.«

Ved bekendtgørelse i EU-Tidende af 26. april 2012 forlængede indklagede tilbudsfristen, der oprindeligt var fastsat til den 1. maj 2012, til den 8. maj 2012.

Indklagede modtog tilbud fra 10 tilbudsgivere. I alt blev 16 af de tilbudte høreapparater under samlet set 20 af de 32 delaftaler vurderet som ukonditionsmæssige.

Klagerens anførte i følgebrevet til sit tilbud af 7. maj 2012:

»...

AMGROS I/S har frafaldet den ufravigelige udbudsbetingelse om, at høreapparater i følgende kategorier skal kunne leveres med formfaktoren BTE m/receiver in the ear (RITE):

- 2A, 2B, 2D, 2E og 2F,
- 3A, 3B, 3D, 3E og 3F, samt
- [5D]

Dette har givet Widex DK A/S mulighed for at afgive tilbud også på høreapparatkategorierne 2F og 3F.

Widex DK A/S er dog af den opfattelse, at AMGROS I/S ikke i overensstemmelse med udbudsreglerne kan frafalde fastsatte ufravigelige udbudsbetingelser.

På dette grundlag er Widex DK A/S indstillet på, at der skal ses bort fra virksomhedens tilbud på kategori 2F og 3F, såfremt AMGROS I/S måtte beslutte at fastholde den omhandlede ufravigelige udbudsbetingelse, eller såfremt Klagenævnet for Udbud eller domstolene måtte træffe bestemmelse herom.

...«

I klagenævnets kendelse af 26. juni 2012 er bl. a. anført:

»Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet, at der ikke er noget grundlag for at antage, endsige fastslå, at indklagede ved at frafalde kravet om RITE for så vidt angår visse af delaf-talerne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. At der er tale om et mindstekrav, er efter kravets karakter og i den sammenhæng, hvori det optræder, ikke i sig selv til hinder for, at indklagede har kunnet frafalde kravet uden at foranstalte nyt udbud. Der er således efter klagenævnets foreløbige vurdering ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1.

Der er efter kravets karakter og den sammenhæng, hvori det optræder, sammenholdt med, at tildelingskriteriet er laveste pris, heller ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Om de øvrige 34 påstande bemærkes, at der efter det, der er anført af indklagede herom, ikke synes at være udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.

Betingelsen om »*fumus boni juris*« er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet for det første, at klageren alene har afgivet tilbud på 4 af de 16 rammeaftaler, der er omfattet af klagen. For så vidt angår de rammeaftaler, hvor klageren ikke har afgivet tilbud, vil klageren derfor ikke lide et uopretteligt tab, såfremt det ved klagenævnets endelige afgørelse trods det ovenfor anførte måtte vise sig, at klagen tages til følge. For det andet er klageren for de resterende 4 rammeaftalers vedkommende tildelt kontrakt på de 3 af rammeaftalerne og har derfor ikke udsigt til eventuelt at lide et uopretteligt tab på nogen måde. For så vidt angår den ene rammeaftale omfattet af klagen, hvor klageren ikke er tildelt kontrakt, vil et eventuelt tab kunne udlignes i form af erstatning.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor heller ikke opfyldt.

Klagenævnet bemærker, at klagenævnets kendelser af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems A/S mod Region Sjælland, og af 1. maj 2012, Rail & Road Protec GmbH mod DSB Vedligehold A/S m.fl., som parterne har omtalt i deres indlæg, begge omhandler situationer med *direkte tildeling*. Klagenævnet anfører i begge kendelser, at »overtrædelsens karakter« - den direkte tildeling - fører til, at kravet om uopsættelighed ikke er til hinder for opsættende virkning. Deri ligger selvsagt, at klageren ved direkte tildeling hverken vil kunne få erstattet negativ kontraktinteresse (eftersom der ikke er afgivet tilbud) eller positiv opfyldelsesinteresse. Situationen svarer til den, der foreligger ved en klage over manglende prækvalifikation. De nævnte kendelsers præjudikatværdi bør efter klagenævnets opfattelse reserveres til sammenlignelige situationer.

Klagenævnet tillægger herefter ikke klagen opsættende virkning.«

Klageren har indhentet en erklæring af 27. november 2012 fra overlæge Ture Andersen, Odense Universitetshospital, hvori overlægen besvarer spørgsmål fra klageren. Af erklæringen fremgår bl.a.:

» Under AMGROS' seneste udbud af høreapparater (Udbudsbekendtgørelse 2012/S 58-094689 af 21. marts 2012) var der i udbudsbekendtgørelsen fastsat ufravigeligt krav om, at høreapparater i de forskellige 32 kategorier skulle leveres i alle fastsatte formfaktorer for den enkelte kategori.

Dette omfattede en eller flere af følgende formfaktorerne i individuelle kombinationer for de forskellige kategorier:

BTE m/ konventionel øreprop,

BTE m/tynd slange uden hook
 BTE m/receiver in the ear (RITE)

For kategorierne 1A – 4F var der fastsat ufravigeligt krav om, at alle høreapparater blandt andet skulle kunne leveres i formfaktoren BTE m/receiver in the ear (RITE).

Hvorfor blev der stillet ufravigeligt krav om denne formfaktor for de nævnte kategorier?

SVAR: Af hensyn til størst mulig fleksibilitet i den individuelle HA-behandling stilles der i disse kategorier krav om at HA-modellerne alle skal kunne tilbyde RITE version.

Der er i disse kategorier tale om patienter med støre til meget stort hørebehov. For at kunne tilbyde disse patienter optimal teknisk løsning, er det et krav, at der kan vælges mellem HA med bl. a. RITE. Dette gør desuden, at der ved progredierende høretab – og dermed krav om øget forstærkning - ofte blot kan skiftes receiver i stedet for at skulle indkøbe et helt nyt kraftigere HA. Altså en billigere løsning, når man ser på det tidsmæssige forløb af HA behandlingen.

Hvilke patientgrupper havde gavn af høreapparater med formfaktoren RITE?

SVAR: Se svar på spg 1. Det skal supplerende oplyses, at der med RITE ofte kan opnås mindre feedback risiko. Dette er en markant fordel når HA skal tilpasses til patienter med bashøretærskler på 40 dB HL eller bedre og med moderat til stejlt faldende diskant høretab. Generelt må det anses at gælde, at RITE vil give en langt mere fleksibel tilpasningsmulighed. Man vil med samme HA (med RITE) lettere kunne lave en optimal tilpasning specielt når man ser på det altid eksisterende kompromis mellem occlusion og feedback. Dette gælder for alle patienter, fraset patienter med meget svært høretab i hele frekvensområdet.

Hvorfor laver man overhovedet høreapparater med formfaktoren RITE?

SVAR: Ved at placere receiveren i øregangen opnås i mange tilpasningssituationer en fordel i forhold til BTE mo-

del med receiver placeret i selve HA-huset. Dette både når der ses på ”åben” tilpasning og på tilpasning med konventionel akryl øreprop med/uden ventilation. Som allerede omtalt vil feedbackrisikoen ofte mindskes (mht. ekstern feedback). Dette gør at man kan tillade sig at tilpasse med en større ventilation og dermed modvirke det for mange patienter meget generende occlusionsproblem (gælder for patienter med bashøretærskler på ca 40 dB HL eller bedre). Til patienter med sværere høretab og dermed behov for kraftigere forstærkning vil en RITE løsning også give fordel mht. markant mindre risiko for intern feedback.

Det bliver med RITE lettere at afprøve patienten med forskellige ventilationsstørrelse specielt når patienten ligger på grænsen mellem ”åben” fitting og lukket tilpasning med ventilation. Tilsvarende i ”den anden ende” hvor patienten ligger på grænsen mellem almindeligt forstærkende HA og et power HA. Her kan man ved valg af RITE HA afprøve patienten med forskellige forstærkningsgrader, blot ved at skifte receiver. Der er således ikke behov for at indkøbe både almindelig HA og power HA til afprøvning/udskiftning mellem de 2 modeltyper. En RITE løsning vil desuden gøre huset på BTE apparatet mindre (skal jo ikke indeholde en receiver) og forbindelsen ned til øregangen udgøres blot af en tynd ledning. RITE vil på denne måde give en kosmetisk pænere løsning. Ved receiver defekt kan patienten ved henvendelse på den audiologiske afdeling med det samme få en ny receiver monteret, mens det ved anvendelse af BTE med indbygget receiver vil kræve at HA indsendes til fabrikanten til reparation.

AMGROS frafaldt ved Rettelsesblad 1 af 17. april 2012 den ufravigelige udbudsbetingelse om, at tilbudte høreapparater i kategori 5D (delaftale 17) skulle kunne leveres i formfaktoren RITE.

Endvidere frafaldt AMGROS ved Rettelsesblad 3 af 23. april 2012 den samme ufravigelige udbudsbetingelse også i forhold til kategorierne 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 2E – 3E og 2F – 3F (delaftalerne 2 – 3, 7 – 8, 14 – 15, 19 – 20, og 23 – 24).

Hvad var grunden til dette?

SVAR:

Det blev skønnet at udvalget af HA med kraftig til meget kraftig forstærkning til patienter i ”række 2 og 3 i licitationsskemaet” ville blive meget begrænset hvis man fastholdt RITE formfaktor kravet til disse HA. Heri indgik betragtninger over hvilke andre forstærkningsalgoritme-detajler (specielt dynamiske detaljer i forstærkningen) der ville være til rådighed hvis kravet blev fastholdt. Man valgte derfor at slette dette krav. Dette indebærer ikke, at der ikke er ønske om mulighed for at et power HA kan tilpasses med RITE formfaktor, men det blev skønnet, at det var ønskeligt også at medtage power HA der ikke kan tilbyde RITE formfaktoren. Eksempelvis at kunne vælge et HA med umiddelbar mulighed for indstilling af forstærkningsrationale med lineær forstærkning til patienter med meget svært høretab.

I spørgsmål 74 blev der stillet spørgsmålet, om den ufravigelige udbudsbetingelse om formfaktoren BTE m/konventionel øreprop ville kunne frafalde for kategorierne 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 2E – 3E, 2G – 3G og 2H – 3H, hvis høreapparaterne alternativt kunne leveres med formfaktoren RITE.

AMGROS besvarede spørgsmålet med, at kravet om formfaktoren BTE m/konventionel øreprop ikke kunne frafalde.

Er det i forhold til lydkvalitet korrekt,

at et RITE apparat kan levere kraftigere lyd ved højere frekvenser end et BTE m/ konventionel øreprop på grund af den korte lydkanal i RITE proppen, og

at et RITE super power apparat kan leveres med en lang lydkanal i proppen, som giver det ønskede respons, såfremt klienten har brug for en lyd-kvalitet svarende til et BTE m/ konventionel øreprop (med slangeresonans omkring 1kHz og mere styrke ved lave frekvenser)?

SVAR:

Jeg vil svare bekræftende på begge spørgsmål.

Er det i forhold til vedligehold korrekt,

at der ikke skal skiftes slange ved et RITE apparat, og

at ledningen skal skiftes sjældent ved en enkelt operation, der ikke kræver mange kræfter eller opvarmning, hvilket nogle gange er nødvendigt ved klassiske slanger, og

at afrensning af voks ved et BTE m/ konventionel øreprop kan ske ved afmontering af proppen fra apparatet, skylning af proppen, udrensning af kanalerne og genmontering, mens afrensning af et RITE apparat blot kan ske ved aftørring af proppen med en fugtig klud og udskiftning af voksfilteret uden, at proppen skal afmonteres fra apparatet?

SVAR: Jeg vil svare bekræftende på alle 3 spørgsmål med dog den tilføjelse til (iii) at visse typisk ældre patienter med nedsat sensibilitet i fingre kan have vanskeligt ved at skifte cerumenfilteret i RITE. Andre kan fordi der ikke skal fjernes slange til konventionel øreprop have lettere ved at skifte filteret på RITE løsningen.

«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede for de udbudte høreapparat kategorier 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 5D, 2E – 3E og 2F – 3F i udbudsbekendtgørelsen havde fastsat krav om, at de tilbudte høreapparater skulle kunne leveres i formfaktoren BTE m/receiver in the ear (RITE). Der var tale om en ufravigelig betingelse, der tillige efter sin beskaffenhed udgjorde en grundlæggende udbudsbetingelse. Ufravigelige udbudsbetingelser er ikke kun forpligtende for tilbudsgiverne, men også for indklagede. Ved at frafalde betingelsen ændrede indklagede grundlæggende karakteren af den udbudte ydelse. Ændringen bevirkede en forskelsbehandling af tilbudsgiverne, idet tilbudsgivere, der var i stand til at afgive konkurrencedygtige tilbud på høreapparater med formfaktoren RITE i høreapparat kategorier 2A – 3A, 2B

– 3B, 2D – 3D, 5D, 2E – 3E og 2F – 3F, blev frataget muligheden herfor. Indklagede har herved foretaget en væsentlig tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, der i afgørende grad har ændret grundlaget for konkurrencen imellem tilbudsgiverne. Risikoen i forbindelse med efterfølgende ændringer af mindstekrav må nødvendigvis påhvile den ordregivende myndighed derved, at mindstekrav i sig selv – og således også ændringer heraf – kvalificeres som væsentlige. I relation til indflydelsen på, hvem der kan anses for at være aktuelle og potentielle tilbudsgivere, er det ubestridt, at ændringen har medført en ændring i kredsen af tilbudsgivere, idet visse tilbudsgivere – som konsekvens af ændringen af mindstekravet – har fået mulighed for at afgive tilbud på de pågældende høreapparat kategorier. Det er således helt åbenbart, at ændringen derved har haft indvirkning på såvel konkurrenceforholdet mellem tilbudsgiverne som kredsen af tilbudsgivere.

Klageren har endvidere henvist til EU-Domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene. Ændringen muliggjorde netop levering af andre produkter – og dermed en anden kontraktgenstand – end oprindeligt specificeret i såvel udbudsbekendtgørelsen som udbudsbetingelserne.

Endelig har klageren henvist til de meget væsentlige forskelle mellem høreapparater med formfaktoren RITE og høreapparater med andre formfaktorer, som de er beskrevet i overlæge Ture Andersens redegørelse. Klageren har henvist til, at det ligeledes fremgår af redegørelsen, at indklagedes frafald af mindstekravet om RITE medførte en betydelig udvidelse af kredsen af tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af fast praksis, at ordregiveren kan foretage visse ændringer i udbudsbetingelserne. Klagenævnets praksis er udtryk for en pragmatisk anerkendelse af, at der af ordregivende myndigheder ikke sjældent foretages en række præciseringer, suppleringer og ændringer af udbudsmaterialet. EU-Domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene, viser, at betingelserne for ændringer er snævre, dersom angivelser i udbudsbekendtgørelsen effektivt har afskåret nogle virksomheder, som på grundlag af angivelserne af kravene i udbudsbekendtgørelsen har afstået fra at deltage i udbuddet. I indklagedes udbud af høreapparater var kravet om RITE modsat ikke et element, der karakteriserede »kontraktens genstand«. Der er tale om en enkelt be-

stemt formfaktor, og det er åbenbart, at kravet ikke efter sin karakter har været egnet til at afskære visse virksomheder fra at udvise og fastholde interessen for udbuddet som helhed. Endvidere er der sket effektiv kommunikation til alle relevante potentielle tilbudsgivere ved, at der er offentliggjort berigtigelser til udbudsbekendtgørelsen. Indklagede har ligeledes sendt orienteringsmails til tilbudsgiverne, og klageren har da heller ikke påvist, at ændringen har haft nogen konkret eller væsentlig betydning for kredsen af potentielle tilbudsgiveres interesse i udbuddet.

Efter indklagedes opfattelse skal påstand 1 og 2 ses i lyset af, at klageren havde foretrukket en anden formfaktor frafaldet, jf. herved spørgsmål 74, idet klageren ønskede mulighed for kun at tilbyde RITE og ikke den anden krævede formfaktor. Det er ikke korrekt som anført af klageren, at ændringen bevirkede en forskelsbehandling af tilbudsgiverne ved, at de tilbudsgivere, der var i stand til at give konkurrencedygtige tilbud på høreapparater med formfaktoren RITE, blev frataget muligheden herfor. Tilbudsgivere, der ikke kunne tilbyde den anden formfaktor, kunne hverken før eller efter ændringen afgive tilbud på delaftalerne 2A-3A, 2B-3B, 2D-3D, 5D, 2E-3E og 2F-3F. Indklagede har således ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet ved at foretage de pågældende ændringer.

Indklagede har endelig gjort gældende, at overlæge Ture Andersens erklæring ikke er udtryk for den samlede ekspertgruppes holdning. Indklagede har dog i den forbindelse navnlig gjort gældende, at erklæringen ikke har betydning for den udbudsretlige vurdering af, om frafald af formfaktoren RITE er i strid med de udbudsretlige regler. Erklæringen afspejler alene, at der er forskelle mellem formfaktoren RITE og andre formfaktorer, og er dertil en ensidig udlægning af sådanne forskelle og de påståede fordele derved. Det synes åbenbart, at klageren mener, at behandling med formfaktoren RITE sikrer patienterne den bedste behandling, og klagerens væsentligste indvending i forhold til udbuddet synes at være, at indklagede ikke imødekom klagerens forslag om at ændre kravene således, at der kunne gives tilbud alene med formfaktoren RITE. Samlet set var frafald af kravet begrundet i, at høreklinikkerne ikke har et væsentligt behov for formfaktoren RITE til patienterne i de pågældende behandlingskategorier. Indklagede blev således opmærksom på, at et krav om, at tilbud skulle omfatte formfaktoren RITE, ikke var nødvendigt og indebar en unødigt risiko for begrænsning af konkurrencen, dvs. en eventuel begrænsning af konkurrencen,

der ikke i tilstrækkeligt omfang kunne opvejes af et sagligt og proportionalt behov.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede havde fastsat tilbudsfristen til den 1. maj 2012, men den 26. april 2012 udsatte tilbudsfristen til den 8. maj 2012. Indklagede foretog den 23. april 2012 en ændring af den ufravigelige og grundlæggende udbudsbetingelse om, at høreapparater i høreapparatkategorierne 2A – 3A, 2B – 3B, 2D – 3D, 2E – 3E og 2F – 3F skulle tilbydes med formfaktoren »BTE m/receiver in the ear (RITE)« og havde tidligere den 17. april 2012 frafaldet dette krav også i forhold til kategori 5D. Det endelige grundlag for tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud blev derfor først meddelt dem den 23. april 2012. Tilbudsgiverne havde derfor alene en frist til udarbejdelse af tilbud på 14 kalenderdage i henhold til fristforordningens fristberegningsregler, svarende til perioden 23. april – 8. maj 2012. Det følger af udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, sammenholdt med stk. 5, at tilbudsfristen regnet fra afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen skal udgøre mindst 45 kalenderdage. Indklagede har dermed handlet i strid med disse bestemmelser ved alene at meddele tilbudsgiverne en tilbudsfrist på 14 kalenderdage.

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 på 45 dage. Ordregivers mulighed for at foretage præciseringer, suppleringer og ændringer af udbudsmaterialet 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 art. 39, stk. 2, med den såkaldte fredningsregel på 6 dage. Indklagede har sikret en efter omstændighederne passende frist for udarbejdelse af tilbud, herunder ved udskydelse af tilbudsfristen. Indklagede har således ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2.

Ad påstand 3 -10

(Klagenævnet gengiver for disse påstandes vedkommende alene parternes overordnede synspunkter).

Klageren har fælles for påstand 3-10 gjort gældende, at indklagede i udbudsbekendtgørelsen og i tilbudsskemaet havde stillet krav om, at høreapparater i kategorien 1A skulle have trådløs kommunikation direkte mellem højre og venstre høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem. Kravet var anført som en ufravigelig udbudsbetingelse og udgjorde tillige efter sin beskaffenhed en grundlæggende udbudsbetingelse. Indklagede var ifølge udbudsbetingelserne forpligtet til at foretage en udtømmende kontrol af, om de fastsatte ufravigelige udbudsbetingelser var opfyldt i samtlige tilbud. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3), nr. 6, og af tilbudsskemaet, at tilbudsgiverne skulle godtgøre opfyldelse af de ufravigelige udbudsbetingelser. Desuden fremgik det af indklagedes svar på spørgsmål 2 i »Rettelsesblad 1« af 17. april 2012, at tilbudsgivernes dokumentation for opfyldelse af de ufravigelige udbudsbetingelser skulle »være egnet til, at Amgros entydigt [kunne] fastslå, om hvert enkelt af de ufravigelige mindstekrav [var] opfyldt for hvert enkelt tilbud ud fra den indsendte dokumentation«. Indklagede burde under tilbudsgennemgangen have konstateret, om det omhandlede krav om trådløs kommunikation var opfyldt i alle afgivne tilbud, da indklagede til gennemgang af tilbuddene fik »bistand af personer med både teknisk og audiologisk indsigt«.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens synspunkt til dels synes at bero på, at klageren har - eller ønsker - en anden forståelse af det fastsatte krav om direkte trådløs kommunikation end det indhold af kravet, der efter indklagedes opfattelse kan udledes af ordlyden af kravet, og den forståelse af kravet, som tillige er blevet uddybet ved en række spørgsmål i spørgsmål/svar-fasen. I et vist omfang synes klagerens synspunkt tillige at bero på, at klageren ikke har tilstrækkelig information om konkurrenternes produkter. Det synes særligt at være klagerens forståelse af begrebet »forstærkningsalgoritme«, der afviger fra indklagedes forståelse, som er baseret på drøftelser med eksperter, der har bistået med arbejdet med udbuddet og evalueringen af tilbud, samt fra den forståelse af kravet, som de øvrige tilbudsgivere har. Indklagede har i spørgsmål/svarfasen besvaret flere spørgsmål, der belyser forståelsen af kravet (spørgsmål 11, 13, 15). For en række af de tekniske krav, der er fastsat i det påklagede udbud, findes der på markedet forskellige betegnelser, der dækker over samme funktionalitet, og eksperter, der anvender høreapparater er bekendte med den terminologi, der anvendes for tekniske funktioner. For flere af de omtvistede høreapparater er det efter indklagedes opfattelse alment kendt i branchen, at de opfyl-

der kravet om direkte trådløs kommunikation. Der er ikke grundlag for at tage påstandene til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om ordregiveren i stedet har været forpligtet til at annullere udbuddet og foranstalte nyt udbud.

EU-Domstolens dom af 10. maj 2010 i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene («Max Havelaar-dommen») handler ikke direkte om spørgsmålet om, hvorvidt en ordregiver under et udbud af en række rammeaftaler med tildelingskriteriet »laveste pris« under overholdelse af fredningsreglen i artikel 39, stk. 2, kan frafalde et krav som det omhandlede. Af dommen følger imidlertid, at frafald af kravet om RITE i visse delaftaler ikke må have ændret »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne« og dermed have haft indflydelse på »interesserede erhvervsdrivendes... beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure«, som anført i dommens præmis 55.

Som anført i følgebrevet til klagerens tilbud har indklagedes frafald af kravet om RITE givet klageren mulighed for at afgive tilbud på yderligere 2 delaftaler, nemlig 2F og 3F.

Det forhold, at kravet blev frafaldet, må efter det oplyste desuden antages også herudover at have udvidet kredsen af tilbudsgivere inden for visse delaftaler.

Dertil kommer, at det ikke på nogen måde er sandsynliggjort, at det oprindelige krav om RITE har haft indvirkning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om deltagelse i udbuddet.

En ændring som den foretagne, som indebærer en udvidelse af kredsen af mulige tilbudsgivere, ændrer ikke »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet« og kan ikke antages at have indflydelse på »interes-

serede erhvervsdrivendes... beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure«.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

I øvrigt bemærkes, at indklagede bestemmer, hvad der ønskes anskaffet. Overlæge Ture Andersens besvarelse af klagerens spørgsmål om fordelene ved RITE fører derfor heller ikke til, at frafaldet af kravet om RITE er i strid med udbudsdirektivets artikel 2.

Ad påstand 3-10

Klagerens påstande 3 - 10 vedrører spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have tildelt kontrakter vedrørende produkter, der - efter klagerens opfattelse - ikke opfylder ufravigelige tekniske krav til de høreapparater, der kan tilbydes under de pågældende delaftaler.

Der er tale om produkter tilbudt af 4 forskellige leverandører under 5 af udbuddets 32 delaftaler, og alle påstande vedrører samme tekniske krav.

Af de grunde, som indklagede har anført, tages påstandene ikke til følge.

Ad påstand 11-36

Det følger af det, der er anført ovenfor, at ingen af påstandene tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig