Klagenævnet for Udbud
(Kirsten Thorup)

J.nr.: 2012-0032130
26. juni 2012

KENDELSE

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

mod

Kommunernes Landsforening
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander, København)

Klagenævnet har den 4. juni 2012 modtaget en klage fra Widex DK A/S.

Widex DK A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Kommunernes Landsforening har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 30 og svarskrift med bilag A – H samt klagerens e-mail af 24. juni 2012.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

»

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets art. 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 art. 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 tilbudsgiverne i perioden 21. marts – 23. april 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 høreapparat, således at forstærkningsalgoritmen afstemmes simultant de 2 apparater imellem".

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 – Påstand 28 knytter sig til klagers subsidiære Påstand 12)

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 – Påstand 36 knytter sig til klagers Påstand 3 – Påstand 10:

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.

Andre oplysninger i sagen:

Klagen vedrører det fjerde offentlige udbud af rammeaftaler om køb af høreapparater. De tre tidligere udbud er med forskellige begrundelser annulleret af indklagede.

Udbuddet blev forestået af Amgros I/S.

I udbudsbekendtgørelsen af 21. marts 2012 står der bl.a.:

»Udbyder agter at indgå aftaler for i alt 32 behandlingskategorier, og udbuddet omfatter således 32 separate delaftaler.

...

For hver delaftale vil udbyder indgå 3 henholdsvis 5 parallelle rammeaftaler.«

Tildelingskriteriet er »laveste pris«

Fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 1. maj 2012. Fristen blev ved e-mail af 23. april 2012, ligeledes offentliggjort elektronisk, forlænget til den 8. maj 2012.

Den 17. april 012 frafaldt indklagede krav om formfaktoren RITE for behandlingskategori (delaftale) 5D. Den 23. april 2012 frafaldt indklagede ligeledes kravet for så vidt angår behandlingskategorierne 2A, 3A, 2B, 3B, 2D, 3D, 2E, 3E, 2F og 3F. Meddelelse herom tilgik tilbudsgiverne ved e-mail samtidig med offentliggørelse af ny version af spørgsmål/svardokumentet, ny version af tilbudsskemaet og den samtidig afsendte berigtigelsesbekendtgørelse.

I følgeskrivelsen til klagerens tilbud anføres bl.a.:

» 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.«

Klageren har afgivet tilbud på 4 af de i alt 16 af de delaftaler, som angives i klagerens påstande. Klageren er tildelt kontrakter på 3 af disse delaftaler.

Indklagede har oplyst, at gennemsnitsprisen for indkøb af høreapparater for de offentlige høreklinikker i 2011 har været 3.832 kr., og at en gennemsnitspris for de tilbudte høreapparater omfattet af rammeaftalerne er 1.314,49 kr.

Klagenævnet udtaler:

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

> »Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstillperioden, jf. § 3, stk. 1, 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 håbløs, 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 foreløbig klagen sådan:

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 delaftalerne 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.

<u>Herefter bestemmes:</u>

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig