

K E N D E L S E

Tecan Nordic AB
(advokat Troels Wenzel Østergaard, Kgs. Lyngby)

mod

Statens Serum Institut
(Kammeradvokaten v/advokat Morten Wahl Liljenbøl)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 126-208950 af 30. juni 2011 udbød indklagede, Statens Serum Institut (»SSI«), som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) indkøb af »liquid handlers« (pipetterings-robotter på engelsk (»LH« i det følgende)) til brug for det kommende nationale biobank laboratorium. Udbuddet var opdelt i følgende 4 delaftaler vedrørende forskellige robottyper, som er karakteriseret ved de forskellige applikationer, de skal varetage:

1. LH1 – coupled to BC automate 800 (robot som skal fordele serumprøver, der dagligt sendes fra indklagede fra et primært rør til 2-3 sekundære rør).
2. LH2 og LH3 – for DNA extraction (robotter som skal oprense DNA fra en række forskellige udgangsmaterialer).
3. LH4 – for pipetting of blood clots (robot som skal overføre en portion koaguleret blod (»blood clot«) fra et primært rør til et sekundært rør).
4. LH5, LH6 og LH7 – for various liquid handling and DNA normalization (robotter som skal overføre, fordele, måle og normalisere forskellige materialer i forbindelse med det daglige prøve-flow).

Der kunne afgives tilbud på en eller flere af delaftalerne eller alle 4.

Indklagede modtog inden for tilbudsfristen tilbud fra følgende virksomheder:

- Tecan Nordic AB (klageren)
- Hamilton Robotics ApS (»Hamilton«)
- Ramcon
- LAT
- Qiagen
- VWR

De tre førstnævnte bød på alle 4 delaftaler, medens de tre sidste kun afgav tilbud på enkelte af de udbudte delaftaler.

Indklagede besluttede den 6. oktober 2011 at indgå kontrakt med Hamilton vedrørende alle 4 delaftaler, hvilket efter det oplyste blev meddelt til tilbudsgiverne ved en kortfattet e-mail af samme dato, hvori var angivet Hamiltons totalpris. Klageren anmodede den 7. oktober 2011 om den evalueringsrapport e.lign., der lå til grund for beslutningen. Den 19. oktober 2011 meddelte indklagede, at rapporten ikke var færdig, og at standstill-perioden var sat i bero. Ved e-mail af 7. november 2011 til tilbudsgiverne fremsendte indklagede et evalueringsskema og en evalueringsrapport, og gav samtidig meddelelse om standstill-periode, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1. Der blev den 11. november 2011 afholdt et møde mellem klageren og indklagede om klagerens indsigelser mod tildelingsbeslutningen.

Den 17. november 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 8. december 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Begrundelsen var, at betingelsen om uopsættelighed ikke blev anset for opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har efterfølgende ændret påstande og tilføjet en række yderligere påstande. Klageren har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i kravspecifikationen at anføre indbyrdes uoverensstemmende krav til »flexibility for variable input volumes« for LH2.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved bedømmelsen af tilbuddet fra klageren på delaftale LH4's opfyldelse af kravspecifikationen for så vidt angår underkriteriet »Ability to respond satisfactory to the requested task with strong emphasis on technical solutions, quality, competence, sustainability and software solutions/integration« (angivelsen i »Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory«)/»Product quality and suitability based on documentation, test and references (see Technical Specifications, section 4.2 in appendix A)« (angivelsen i »Tender Directions«) ved for så vidt angår kapacitet af LH4 fejlagtigt at antage, at der kun er tilbudt en kapacitet på daglig håndtering af 1.344 prøver, hvor der ifølge tilbuddet er tilbudt 1.800.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i den senest under klagesagen udarbejdede tilbudsbedømmelse at begå følgende fejl ved bedømmelsen af underkriteriet pris:

- a. I relation til klagerens tilbud for så vidt angår pipettespidser at beregne klagerens pris på forbrugsvarer vedrørende LH2 og LH3 på grundlag af andre stykpriser end de af klageren tilbudte, idet indklagede ikke har været berettiget til på egen hånd at korrigere klagerens tilbud.
- b. I relation til klagerens tilbud at beregne klagerens pris ud fra en antagelse om benyttelse af 12 pipettespidser og ikke 7 pipettespidser.
- c. I relation til klagerens tilbud at anvende en for høj pris på pipetterne i sin evaluering.
- d. I relation til klagerens tilbud at anvende en for høj pris på service.

- e. At have lavet fejl i opgørelsen af klagerens priser på de enkelte deludbud.
- f. I relation til Hamiltons tilbud at foretage en forkert beregning af udgifter til pipettespidser.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at angive underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« forskelligt i udbudsbetingelsernes »Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory« og »Tender directions«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede har drøftet udbuddet med visse af tilbudsgiverne, efter at tilbuddene blev afleveret uden at tilbyde de øvrige tilbudsgivere, herunder klageren, at afholde tilsvarende afklarende møder.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende en evalueringsmodel, der i relation til underkriteriet pris ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt præcist at beskrive, hvorledes indklagede ville evaluere de underkriterier som angives om »Flexibility and ability to involvement in the costumers' future needs (documented by references etc.)« og »Delivery time including on-site acceptance test««, som angives i »Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory« og som i »Tender directions« er angivet som »Delivery sustainability«, herunder hvilke forhold indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbuddene efter disse kriterier, ligesom den anvendte evalueringsmodel ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved for så vidt angår LH3 ikke med tilstrækkelig nøjagtighed at angive krav til volumenkapacitet, idet det ikke fremgår, om de anførte kapacitetskrav på henholdsvis »48 large volume samples (1000 µl) pr. day«, »96 medium samples (200 µl) pr. day« og »384 low volume samples (30 µl) pr. day« skal forstås kumulativt eller alternativt.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved under sin evaluering af Hamiltons tilbud for så vidt angår underkriteriet »Ability to respond satisfactory to the requested task with strong emphasis on technical solutions, quality, competence, sustainability and software solutions/integration« (angivelsen i »Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory«)/»Product quality and suitability based on documentation, test and references (see Technical Specifications, section 4.2 in appendix A)« (angivelsen i »Tender Directions«) ikke at have taget i betragtning,

- a. at den af Hamilton tilbudte løsning for så vidt angår LH2 ikke giver mulighed for DNA-ekstraktion fra »filter paper«, og
- b. at den af Hamilton tilbudte løsning ikke opfylder kapacitetskravene i henhold til de af indklagede oplyste krav.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende en evalueringsmodel, der i relation til underkriteriet »Ability to respond satisfactory to the requested task with strong emphasis on technical solutions, quality, competence, sustainability and software solutions/integration« (angivelsen i »Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory«)/»Product quality and suitability based on documentation, test and references (see Technical Specifications, section 4.2 in appendix A)« (angivelsen i »Tender Directions«) ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 11

- a. Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53 ved at udpege Hamilton som vinder af deludbuddet vedrørende LH5, LH6 og LH7, uanset at indklagedes egen tilbudsevaluering viser, at klageren har vundet det pågældende deludbud, idet særligt bemærkes, at udbudsbetingelserne ikke foreskriver mulighed for at udpege en samlet vinder af samtlige deludbud.
- b. Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Hamilton som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 12

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. oktober 2011 om at indgå kontrakt med Hamilton.

Klageren har forbeholdt sig senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 3 c, 3 d og 5 - 12 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og har for så vidt angår påstand 2 og 3 a og 3 b principalt påstået afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelserne omfattet af påstand 3 e, 3 f og 4, men har bestridt, at disse overtrædelser har haft konkret betydning for tilbudsafgivelsen og tildelingen og herunder at de kan medføre annulation af tildelingsbeslutningen. Indklagede har i den forbindelse tillige anført, at det er en fejl, at klagerens tilbud på delaftale LH2 og LH3 samt delaftale LH4 er blevet taget i betragtning, idet tilbuddet var ukonditionsmæssigt som følge af manglende eller manglende rettidig indlevering af krævede tests.

Sagens nærmere omstændigheder

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ad spørgsmålet om ukonditionsmæssighed af klagerens tilbud for så vidt angår delaftale LH2 og LH3 samt delaftale LH4

Det fremgår af kravspecifikationen (»Requirement Specification«) i udbudsbetingelserne af 5. juli 2011:

»2. Introduction

The purpose of this document is to provide functional and technical requirements for the automated units required in The National Biobank.

...«

Om delaftale LH2 og LH3 anføres under punkt 4.5:

»Process LH2:

DNA extraction from various sources (filter paper, EDTA blood, buffy coat, swaps, cerebrospinal fluid, urine, feces, saliva, tissue etc.). This is a flexible instrument that must handle every sample that enters the NBB doors and that needs DNA extraction.

Expected capacity LH2:

...

Process LH3:

DNA extraction from 7-14 year old frozen buffy coat samples (82.000 from the Danish National Birth Cohort) using magnetic beads. Due to non-optimal sample collection, these samples have shown to be quite difficult to pipette. The samples have very variable viscosity throughout the tube, as blood cells are partly “clotted”. Therefore, successful functional tests have to be performed in advance to purchase. The tests must be conducted before the quotation deadline. Samples for testing are available upon request by contacting laboratory manager Karina Meden Jørgensen, at kms@ssi.dk.

Expected capacity LH3:

...«

Om delaftale LH4 anføres i punkt 4.8:

»4.8 General Technical Specifications – Liquid Handlers 4, 5, 6 and 7

Process LH4:

Either 1) aliquot a portion blood clots, preferable 0.5 ml directly from primary serum tube without serum (serum tubes from BD, Greiner or SARSTEDT) into 2D Barcode Matrix tubes (Mat-3729). Special pipetting is needed, and successful tests are therefore required in advance to purchase. The tests must be conducted before the quotation deadline. Samples for testing are available upon request by contacting laboratory Manager Karina Meden Sørensen at kms@ssi.dk.

Or 2) aliquot homogenized blood clot material into 2D Barcode Matrix tubes (Mat-3729). We are working on several techniques in order to homogenize the blood clot material, and we have not settled on a protocol to this date. Any suggestions and testing are welcomed. The results of our test could either be that the blood clot is homogenized by sonication in the primary tube, or that it is transferred to a secondary tube for either bead homogenization or threading through a mesh material. In either way, the LH must be provided with a full deck or carriers for the input tube format.

...«

Parterne er enige om, at klageren før tilbudsfristen udløb indhentede de i punkt 4.5 angivne prøver til brug for testning af blood clot og buffy coat hos indklagedes laboratorieleder. I klagerens tilbud angives:

»Proof of Principle, Blood Clot and Buffy Coat:

The frozen Buffy coat is already running on the Promega Maxwell platform at SSI as a “stand – alone” system.

...

The Blood clot test has been performed at Karolinska Hospital on their Tecan platform with Ultrasonication of the Blood before pipetting. The test was successful and we are now waiting for the Proof of Principle, witch we will send to you as soon as possible.«

Klageren indleverede ikke inden tilbudsfristens udløb funktionstests som angivet i punkt 4.5 til indklagede og har heller ikke gjort det efterfølgende, herunder under klagesagen. Indklagede har ikke anmodet klageren om at indgive funktionstests i forbindelse med gennemgangen af tilbuddene og tilbudsbedømmelsen. Der er ifølge klageren udført funktionstests af blood clot, som krævet i punkt 4.5, jf. også det i tilbuddet anførte, men ikke af frozen buffy coat. Ifølge klageren har indklagedes laboratorieleder via klagerens underleverandør, Promega, oplyst, at det var unødvendigt med yderligere testning af frozen buffy coat.

Klagerens tilbud på delaftale LH4 var ifølge klageren baseret på alternativ 2 i punkt 4.8 i kravspecifikationen, om »aliquot homogenized blood clot materiale«. Ifølge indklagedes komplette oversigt over evalueringen blev dette også lagt til grund af indklagede ved tilbudsvurderingen. Klageren indleverede ikke testresultater med den del af tilbuddet, som vedrørte delaftale LH4. Der er efter tilbudsfristens udløb indleveret testresultater. Ifølge klageren skyldtes det en intern procedurefejl hos klageren, at resultatet af de

tests på Karolinska Hospital, som nævnes i tilbuddet, ikke blev indleveret tidligere.

Ad påstand 1

I kravspecifikationen (»Requirement Specification«), punkt 4.5, LH 2-3, er kravet til fleksibilitet angivet at være 100 – 1.000 µl. I kravspecifikationen, punkt 4.5, LH 2-3,3, er kravet til fleksibilitet derimod angivet at være 10 – 1.000 µl. Ved bedømmelsen af tilbuddene er der anvendt en minimumsværdi på 100 µl.

Ad påstand 3 - prisbedømmelsen

Indklagede har efter klagens indgivelse revideret den bedømmelse af tilbuddene, der blev udsendt den 7. november 2011, idet indklagede har anerkendt, at der var fejl i den først foretagne bedømmelse. Efterfølgende har indklagede på ny revideret den til brug for klagesagen først udarbejdede ændrede tilbudsbedømmelse, som ifølge indklagede var baseret på forkerte priser og en forkert pointmodel. Indklagede har erkendt at have begået yderligere fejl i den anden reviderede bedømmelse (den tredje bedømmelse) i form af de overtrædelser, som er angivet i påstand 3 e og f. De pågældende erkendte overtrædelser vedrører henholdsvis et fejlagtigt pristillæg til klagerens pris som følge af en misforståelse fra indklagedes side, hvorefter indklagede troede, at klagerens tilbud ikke indeholdt kabinetter, hvilket det gør, og en fejl i bedømmelsen af Hamiltons tilbud, som indebar, at prisen for pipettespidser er beregnet forkert (for lavt).

Bedømmelsen af delaftale LH5, LH 6 og LH 7 er i den seneste bedømmelse ændret, således at Hamilton også isoleret betragtet har fået flest point tildelt og dermed har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud vedrørende denne delaftale, medens klageren er den, der har afgivet det næstmest økonomisk fordelagtige tilbud. I den oprindelige bedømmelse og den først reviderede bedømmelse fik klagerens tilbud flest point og var dermed det økonomisk mest fordelagtige vedrørende denne delaftale. Indklagede er i alle tre bedømmelser nået frem til, at Hamiltons tilbud på alle delaftalerne, samlet set var det økonomisk mest fordelagtige og dette er ifølge indklagede fortsat tilfældet, når der tages højde for de af indklagede erkendte fejl (ad påstand 3 e og 3 f) i den seneste bedømmelse.

Ad påstand 4

I »Tender specification For Liquid Handlers for The National Biobank Laboratory« angives følgende vægtede underkriterier:

»

- 50 % Ability to respond satisfactory to the requested task with strong emphasis on technical solutions, quality, competence, sustainability and software solutions/integration
- 40 % Price:

We will evaluate the total price as follows:

- All hardware system racks etc.), software, delivery, installation training etc.
- + Total price for service agreement covering the system for 5 years including warranty period
- + Total price for consumables and chemistry to be used during one year (estimated quantities).

(Please note that consumables, chemistry and service agreement will not be part of the contract, only part of the evaluation of the total cost).

- 5 % Flexibility and ability to involvement in the costumers' future needs (documented by references etc.)
- 5 % Delivery time including on-site acceptance test«

I »Tender Directions« angives underkriterierne som følger:

»50 % Product quality and suitability based on documentation, test and references

(see Technical Specifications, section 4.2 in appendix A)

40 % Costs

10 % Delivery sustainability«

Ad påstand 11 b

Udbudsbetingelserne indeholder et udkast til kontrakt mellem den valgte leverandør og indklagede.

I denne kontrakt anføres blandt andet:

»IX. Guarantee

The Seller grants a guarantee of 24 months on the equipment mentioned in article I, calculated from the very day the Buyer accepts the supply, with reference to article VII.

The Sellers' guarantee includes free exchange or repair of defects and/or flaws of the supplied equipment, which can be referred to the Seller's construction faults or defects in connection with production of material, or defects born during the put-up of the equipment.

Any return or repairs must be performed without delay by the Seller within the period of guarantee.

X. Maintenance

The Seller must be able to deliver all parts to the equipment 10 years after expiration of the period of guarantee according to article IX.«

Under spørgsmål/svar processen besvarede indklagede ifølge notat af 19. juli 2011, revideret den 18. august 2011, spørgsmål 22 som følger:

»Question No. 22

We wonder whether the draft contract enclosed with the tender conditions can be modified in contract negotiations with the winner.

...

To sum up, we would be glad if you could clarify:

- (a) whether it is intended that the Institute and the party winning the tender will enter into contract negotiations where the provisions of the draft supply contract may be modified (parts may be deleted or new parts be added) and
- (b) whether sections I, II (except pricing) and III of the contract are the only portions of the contract which can be modified.

Answer No. 22:

According to the EU Directive negotiations are not allowed. This means that the draft contract must be used. Section I in the draft contract must describe the object, Section II will show the price(s), and Section III describes the terms of payment (these are partly left open, showing that these terms are open for negotiation).

The remaining sections must be accepted. Only minor, non-essential, changes may be accepted.«

I det indledende dokument i Hamiltons tilbud anføres blandt andet:

»We can also offer different levels of service contract depending on your needs. Gold, silver, bronz.«

I en række bilag til tilbuddet er der givet tilbud på servicekontrakter på Gold, Silver og Bronze vilkår vedrørende de enkelte delaftaler. Om Gold fremgår det, at en sådan servicekontrakt inkluderer:

- »
- 2 preventive maintenance visits per year (incl. travel, labour, CORE-O-Rings)
 - 1 Verification per year (incl. reagents)
 - Unlimited number of service visits for repairs
 - All spare parts needed for repairs, excl. consumables
 - Response time < 48 hours
 - Free software updates (within one software version)
 - Free telephone support«

Det fremgår af de »Terms and Conditions« som er vedlagt Hamiltons tilbud på de enkelte delaftaler:

»...
 Warranty: 12 months
 ...
 Our general terms of sale apply to his quotation.
 ...«

I indklagedes oprindelige bedømmelse af priskriteriet er det om Hamiltons tilbud blandt andet anført:

»LH1-LH7 Total
 ...
 + Total prise for service
 agreement covering the system
 to be used during one year
 (estimated qualities) 2 863 780«

Som nævnt har indklagede som følge af denne klagesag flere gange revideret bedømmelsen af tilbuddene.

I den første reviderede prisbedømmelse anføres om samme punkt:

»LH1-LH7 Total

...

+ Total prise for service
agreement covering the system
to be used during one year
(estimated qualities)

2 796 837«

I den tredje (anden reviderede) prisbedømmelse anføres om samme punkt:

»LH1-LH7 Total

...

+ Total prise for service
agreement covering the system
to be used during one year
(estimated qualities)

2 796 837«

I et bilag som hører til den tredje prisbedømmelse er det blandt andet angivet:

»Service

Priser for årlig fuld service (Gold) anført i Hamiltons bilag 42-47:

...

Total pr. år FØR rabat:

kr. 794.556,00

Hamilton yder kun ét års garanti i modsætning til Tecan, som tilbyder 2 års garanti. For at kunne sammenligne den totale pris for fuld service i 5 år skal der regnes med 4 års service med Hamilton og kun 3 års service med Tecan.

Pris for 4 års service FØR rabat er $4 \times \text{kr. } 794.556,00 = \text{kr. } 3.178.224,00$

Ifølge bilag 40-Price Structure tilbyder Hamilton 12 % rabat på servicepriserne ved køb af service på mindst 6 robotter.

TOTAL for service EFTER rabat:

kr. 2.796.837,20«

Parternes anbringender

Ad ukonditionsmæssighed af klagerens tilbud for så vidt angår delaftale LH2 og LH3 samt delaftale LH4

Klageren har gjort gældende, at der ikke vedrørende delaftale LH2 og LH3 er stillet et klart krav i kravspecifikationens punkt 4.5 om indsendelse af test forud for udløbet af tilbudsfristen, og herunder er det ikke oplyst, at manglende indgivelse af tests indebærer, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Det fremgår således alene, at tests skal være udført, inden tilbuddet indgives. Klageren har som krævet udført prøve på blood clot, før tilbuddet blev afgivet. Test på frozen buffy coat var unødvendig, da sådanne prøver i forvejen håndteres hos indklagede på en Promega Maxwell platform. Det var også, hvad indklagedes laboratorieleder havde oplyst via klagerens underleverandør, Promega. Indklagedes undladelse af før under klagesagen at gøre opmærksom på manglende tests viser også, at der ikke er tale om et klart og væsentlig krav. Kravet om tests vedrører også kun pipettering og ikke selve den tilbudte robotløsning. Indklagede har efter § 12 i bekendtgørelse 712/2011 (»implementeringsbekendtgørelsen«) været berettiget til at undlade at afvise tilbuddet og i stedet give klageren frist for berigtigelse. Når indklagede har valgt ikke at afvise tilbuddet, kan indklagede ikke efterfølgende under klagesagen påberåbe sig, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

For så vidt angår delaftalen om LH4 fremgår det ikke af kravspecifikationens punkt 4.8, at der skal indgives tests vedrørende alternativ 2, som er det, som klagerens tilbud er baseret på. Det anføres således blot, at »any suggestions and testing are welcomed«. For så vidt angår alternativ 1 stilles der i øvrigt heller ikke krav om indlevering af tests. Kravet er således alene, at tests skal være udført inden tilbudsfristens udløb.

Indklagede har vedrørende delaftalen om LH 2 og LH3 gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne stilles krav om udførelse af tests før indgivelse af tilbuddet. Kravet må endvidere forstås sådan, at de pågældende tests skulle indgives til indklagede inden for tilbudsfristen, idet indklagede ellers ikke ville have mulighed for at kontrollere, om kravet var opfyldt. Klageren har i øvrigt ikke dokumenteret, at de hævdede blood clot tests er udført. For så vidt angår frozen buffy coat har klageren ikke bestridt, at tests ikke er udført. Det er uden betydning, om indklagede i forvejen kendte til klagerens løsning, da det i udbudsbetingelserne kræves, at tests skal udføres og indleveres inden tilbudsfristens udløb. Indklagede har ikke anmodet om at få de manglende testresultater, efter tilbuddet er modtaget. Allerede af den grund kan implementeringsbekendtgørelsens § 12 ikke påberåbes af klageren.

For så vidt angår delaftalen om LH4 følger det af kravspecifikationens punkt 4.8, at der skulle indleveres tests inden tilbudsfristens udløb. Da klageren ikke har gjort det, var tilbuddet rettelig bedømt ukonditions-mæssigt. De efterfølgende indleverede testresultater vedrørende LH4 kunne ikke tages i betragtning, da de er indgivet efter tilbudsfristen, hvortil kommer, at de ikke opfylder kravene i punkt 4.8 i kravspecifikationen.

Ad påstand 1

Indklagede har erkendt, at der er en faktisk uoverensstemmelse i kravspecifikationen, punkt 4.5, LH 2-3,3, idet det her anførte krav til fleksibilitet for LH2 og LH3 rettelig skulle have været angivet som 100 – 1.000 µl, svarende til, hvad der er anført i punkt 4.5, LH 2-3. Ifølge indklagede har uoverensstemmelsen ikke haft konkret betydning for tilbudsgivernes forståelse af udbudsbetingelserne og mulighed for at afgive tilbud, ligesom evalueringen er foretaget korrekt, jf. evalueringsrapporten, hvor der anvendes en minimumsværdi på 100 µl. Der foreligger dermed ikke en tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet.

Anbringenderne vedrørende denne påstand gengives ikke i øvrigt.

Ad påstand 3 e, 3 f og 4

Klageren har gjort gældende, at der er begået overtrædelser som påstået, og har for så vidt angår påstand 4 særligt fremhævet, at uklarheden i udbudsbetingelsernes angivelse af underkriterier har haft konkret betydning for klagerens udformning af sit tilbud.

Indklagede har erkendt, at der er begået fejl i tilbudsbedømmelsen som angivet i påstand 3 e og 3 f, men har gjort gældende, at fejlene ikke har haft betydning for hvilket tilbud der blev udpeget som det økonomisk mest fordelagtige. Den erkendte overtrædelse ad påstand 4 har ikke haft betydning for tilbudsafgivelsen og udfaldet af tilbuddet, idet det måtte stå tilbudsgiverne klart, at det fejlagtigt forskelligt angivne underkriterium nævnt i påstand 4 reelt var det samme.

Anbringenderne vedrørende disse påstande gengives ikke i øvrigt.

Ad påstand 2, 3 a – 3 d, 5 – 11 a

Anbringenderne vedrørende disse påstande gengives ikke.

Ad påstand 11 b

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Hamilton indeholder et forbehold for kravet om en 2-årig garanti, som er et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Det er herunder ikke tale om et krav af en karakter, hvor et forbehold kan betragtes som en sådan »minor, nonessential change«, som ifølge indklagedes svar på spørgsmål 22 i spørgsmål/svar var de eneste forbehold/afvigelser, som indklagede ville acceptere. Forbeholdet indebærer, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist af indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at kravet om en garantiperiode på 2 år ikke er et grundlæggende element, og at indklagede derfor har været berettiget til at prissætte forbeholdet som sket. Den tilbudte Gold servicekontrakt må endvidere sidestilles med en garanti og indklagede har derfor været berettiget til at prissætte forbehold for garantien med prisen for 1 års serviceaftale. Indklagede har herved et vidt skøn ved vurderingen af tilbuddene og herunder også vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Gold servicekontrakten svarer til den garanti, der kræves i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at indklagede har begået væsentlige og grove overtrædelser, som må føre til annulation af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er begået overtrædelser, som har haft betydning for tilbudsafgivelsen og tilbudsbedømmelsen, og som dermed kan begrunde annulation af tildelingsbeslutningen. Hertil kommer, at klagerens tilbud korrekt bedømt er ukonditionsmæssigt for så vidt angår delaftalerne LH2 og LH3 samt LH4, hvilket i sig selv taler mod annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad ukonditionsmæssighed af klagerens tilbud for så vidt angår delaftale LH2 og LH3 samt delaftale LH4

Der stilles i kravspecifikations punkt 4.5 i relation til delaftalerne LH2 og LH3 krav om udførelse af »successful functional tests« forud for udløbet af tilbudsfristen. Kravet fremstår efter sin ordlyd og indhold som et minimumskrav, der ikke kan fraviges. Efter ordlyden stilles der imidlertid ikke krav om, at de krævede tests skal indgives som en del af tilbuddet eller senest inden udløbet af tilbudsfristen. Risikoen for den manglende klare angivelse af et krav om indgivelse af tests påhviler indklagede som koncipist.

Kravet i punkt 4.5 må på den baggrund forstås sådan, at de krævede tests ikke skulle indleveres med tilbuddet, men skulle være udført inden udløbet af tilbudsfristen, således at tilbudsgiveren på indklagedes begæring kunne dokumentere at have udført tests som krævet.

Indklagede har ikke efter modtagelsen af klagerens tilbud og under klagesagen stillet et klart krav om at modtage de tests vedrørende blood clot, som klageren hævder at have udført. For så vidt angår blood clots kan det derfor ikke lægges til grund, at klageren ikke har opfyldt det stillede testkrav. Med hensyn til frozen buffy coats har klageren ubestridt ikke udført tests forud for tilbudsfristens udløb, hvilket også fremgik af henvisningen i tilbuddet til den bestående frozen buffy coat på en Promega Maxwell platform hos indklagede. Det forhold, at sådanne prøver i forvejen håndteres hos indklagede på en Promega Maxwell platform, kan imidlertid ikke føre til, at klageren ikke skulle opfylde kravet om test i kravspecifikationens punkt 4.8. Dette gælder, uanset om indklagedes medarbejder over for klageren måtte have tilkendegivet, at klageren ikke behøvede at opfylde kravet. En sådan fravigelse ville således have været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Klagerens tilbud på delaftalen om LH2 og LH3 burde følgelig have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Som anført af klageren fremgår det for så vidt angår delaftalen om LH4 ikke af kravspecifikationens punkt 4.8, at der skal indgives tests vedrørende alternativ 2, som er det, som klagerens tilbud er baseret på. Der er derfor ikke grundlag for indklagedes anbringende om, at klagerens tilbud på denne delaftale rettelig skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 1, 3 e, 3 f og 4

Den i påstand 1 angivne overtrædelse er for så vidt angår den faktiske uoverensstemmelse erkendt af indklagede og de i påstand 3 e, 3 f og 4 angivne overtrædelser er fuldt ud erkendt af indklagede. Der er endvidere efter indholdet af udbudsbetingelserne og de fremkomne oplysninger om indklagedes tilbudsbedømmelse sket overtrædelser som påstået.

Påstand 1, 3 e, 3 f og 4 tages derfor til følge.

Ad påstand 11 b

Ifølge det kontraktudkast, som var indeholdt i udbudsbetingelserne skulle tilbudsgiverne give en 2-årig garanti på udstyret. Efter sit indhold er garantien et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, som ikke kan fraviges af tilbudsgiverne. At der er tale om et krav, som ikke kan fraviges, følger ligeledes af indklagedes svar på spørgsmål 22 i spørgsmål/svarfasen. I Hamiltons tilbud er der taget forbehold for kravet om en 2-årig garanti, idet der alene gives garanti i 1 år. Den servicekontrakt på Gold vilkår, som tilbydes af Hamilton, svarer ikke til fulde til den i kontraktudkastet krævede garanti. Prisen for en Gold servicekontrakt i et år kan således ikke betragtes om et rent tillæg til den pris, Hamilton i øvrigt har tilbudt eller en i øvrigt sikker værdiansættelse af værdien af forbeholdet.

Som følge af forbeholdet skulle indklagede dermed have afvist at tage Hamiltons tilbud i betragtning.

Påstand 11 b tages herefter til følge.

Ad påstand 12

Som følge af karakteren og betydningen af overtrædelserne anført ad påstand 3 e, 3 f, 4 og 11 b annullerer klagenævnet indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Hamilton. Det kan herved ikke antages, at den uoverensstemmende angivelse af underkriterier, som den ad påstand 4 fastslåede overtrædelse vedrører, ikke har haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud. Uklarheden om underkriterierne indebærer, at udbudsbetingelserne ikke har kunnet danne grundlag for et lovligt udbud. For så vidt angår overtrædelserne konstateret ad påstand 3 e og 3 f bemærkes, at

disse erkendte fejl i tilbudsvurderingen blot er de sidste blandt en række tidligere af indklagede erkendte fejl i de foreløbige i alt 3 tilbudsvurderinger, indklagede har foretaget. Henset hertil er der en sådan usikkerhed om tilbudsvurderingen, at dette tillige medfører annullation.

Ad påstand 2, 3 a – 3 d, 5 – 11 a

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør en sag delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Under hensyn til det anførte ad påstand 11 b tager klagenævnet ikke stilling til påstandene 2, 3 a – 3 d, 5 – 11 a

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i kravspecifikationen at anføre indbyrdes uoverensstemmende krav til »flexibility for variable input volumens« for LH2.

Ad påstand 3 e og 3 f

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i den senest under klagesagen udarbejdede tilbudsbedømmelse at begå følgende fejl ved bedømmelsen af underkriteriet pris:

- at have lavet fejl i opgørelsen af klagerens priser på de enkelte deludbud og
- i relation til Hamiltons tilbud at foretage en forkert beregning af udgifter til pipettespidser.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at angive underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« forskelligt i udbudsbetingelsernes »Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory« og »Tender directions«.

Ad påstand 11 b

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Hamilton som ikke-konditionsmæssigt.

Indklagedes beslutning af 6. oktober 2011 om at indgå kontrakt med Hamilton Robotics ApS annulleres.

Indklagede, Statens Serum Institut, skal i sagsomkostninger til klageren, Tecan Nordic AB, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Påstandene 2, 3 a – 3 d, 5 – 11 a behandles ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig