

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

K E N D E L S E

Thermo Electron A/S
(selv)

mod

Fødevarestyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Vibeke Nordlander, København)

Klagenævnet har den 10. juli 2017 modtaget en klage fra Thermo Electron A/S (herefter Thermo Electron).

Klagen er indgivet i standstill-perioden efter en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed (profylaksebekendtgørelse), jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, jf. § 4, stk. 1, nr. 2, og klagenævnet træffer derfor afgørelse vedrørende spørgsmålet, om klagen skal tillægges opsættende virkning.

Fødevarestyrelsen har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og supplerende klageskrift med bilag 1 – 6 og svarskrift med bilag A – B.

Klagens indhold:

Klagen indeholder følgende påstand:

”Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fødevarestyrelsen 62534516 Stationsparken 31-33 Glostrup 2600 har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Agilent Technologies Denmark ApS idet beslutningen om den direkte tildeling af kontrakten var behæftet med fejl / var åbenbart forkert, idet Agilent Technologies Denmark ApS, ikke er eneste leverandør der kunne levere udstyr til opgaven og den derfor bør publiceres som offentligt udbud.”

Klagen er som anført indgivet i standstill-perioden i forbindelse med en profylaksebekendtgørelse efter lov om Klagenævnet for Udbud § 4 om direkte tildeling af en kontrakt. På denne baggrund og under hensyn til indholdet af den citerede påstand og klagen i øvrigt lægger klagenævnet til grund, at Thermo Electron ønsker, at Fødevarestyrelsens beslutning om direkte tildeling af kontrakten til Agilent Technologies Denmark ApS (herefter Agilent Technologies) annulleres.

Andre oplysninger i sagen:

I profylaksebekendtgørelsen står der:

”
...

II.1) Scope of the procurement

II.1.1) Title:

Triple quadrupole ICP-MS/MS

...

II.1.4) Short discription:

The inductive coupled mass spectrometer (ICP-MS/MS) shall be with a broad elemental coverage, a high matrix tolerance and low detection limits. The ICP-MS/MS shall also be able to support speciation analysis with chromatography coupling and provide a sensitive technique for monitoring nanoparticles such as SiO₂, TiO₂ and ZnO from food additives and packaging.

...

II.2.4) Description of the procurement:

‘System Requirements’ which must at least be met:

Point 1:

The system shall be able to operate in MS/MS mode as stated in the IUPAC definition (IUPAC 2013 Recommendations, Term 538) for a maximum of interference removal capacity for the more difficult matrix.

Point 2:

The instrument shall be able to analyse samples containing up to 25 % total dissolved solids (TDS) using the standard sample introduction system by direct injection (no liquid dilution requested before) without switching the system interface.

Point 3:

The standard interface of the system shall be able to analyse samples with 25%TDS and offer a minimum sensitivity of 150 000 CPS/ppb for ^7Li , 500 000 CPS/ppb for ^{89}Y and 300 000 CPS/ppb for ^{205}Tl , and having a background of 0.2 CPS at mass 9 and 238 amu.

Point 4:

The system shall be capable of detecting and offering high abundance sensitivity ($> 10^{-10}$) to avoid the impact of high concentrated element (at the mass M) on the mass at $M+1$ or $M-1$ amu, example: This feature allows the analysis of trace levels of manganese (^{55}Mn) in the presence of 1 000 ppm iron (^{56}Fe).

Point 5:

The detector shall be able to provide ultra-fast data acquisition, with 10 000 separate measurement per second for time resolved analysis (TRA) measurement of transient signals, which is required for the detection of nanoparticle under the Single Particle mode.

Point 6:

The electron multiplier detector must offer 10 orders of dynamic range for the analysis of trace and major elements in 1 sample measurement.

Point 7:

Discrete sampling system: It must be equipped with a valve to ensure automatic injection of the tuning solution without user interference for automatic optimization of the ICP when tuning on the plasma. Discrete sampling system should be developed by the ICP provider to ensure the compatibility of the system with the software, the support on the items and the availability of the spare parts.

Point 8:

The system software: The software shall be able to handle direct control of our HPLC module (1200 system from Agilent) so that only 1 software controls all the instruments when doing speciation analysis.

Point 9:

General requirement: All parts of the system must be delivered, installed and serviced by the supplier of the ICP-MS system.

...

IV.1.1) Type of procedure

Award of a contract without prior publication of a call for competition in the Official Journal of the European Union in the cases listed below
The procurement falls outside the scope of application of the directive

Explanation:

It is the opinion of the Danish Veterinary and Food Administration, that only 1 supplier (Agilent) can fulfil the set-up criteria, point 2-9, in section II.2.4.

...

V.2) Award of contract/concession

V.2.1) Date of contract award decision:

29/06/2017

...

V.2.3) Name and address of the contractor/concessionaire

Agilent Technologies Denmark ApS

...

V.2.4) Information on value of the contract/lot/concession (excluding VAT)

Initial estimated total value of the contract/lot/concession: 1 500 000.00 DKK

Total value of the contract/lot/concession: 1 500 000.00 DKK

V.2.5)

...

VI.3) Additional information:

The date mentioned in section V.2.1 is the date of the internal decision of awarding the contract. The contract will not be signed before the expiration of the stand-still period (10 days)".

Af det tilbud af 10. juli 2017, som Thermo Electron har fremsendt sammen med klagen, fremgår bl.a. i relation til "Point 3" i profylaksebekendtgørelsens afsnit II.2.4, at det tilbudte udstyr kan analysere prøver med en "sensitivity" for grundstoffet litium ("7 Li") på "65 kcps/ppb", ligesom der fremgår en oplysning om "Background (cps), m/z 4,5 < 1.0". I relation til bekendtgørelsens "Point 4" fremgår af tilbuddet bl.a., at der for "Abundance

Sensitivity” er oplyst ”< 0.05 ppm”, der efter det oplyste svarer til 5×10^{-8} . Fødevarestyrelsen har, som nærmere gengivet nedenfor, anført, at disse oplysninger om det tilbudte udstyr medfører, at ”Point 3” og ”Point 4” ikke er opfyldt.

I relation til ”Point 8” i profylaksebekendtgørelsen fremgår følgende af Thermo Elelctrons supplerende klageskrift:

”Pkt. 8 i ”Bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed” definerer at den medleverede software skal kunne kontrollere et eksisterende Agilent 1200 LC system anvendt som ”front end” ved specificerings-opgaver, en metodik som er velkendt og beskrevet i litteraturen. Vi inkluderer i stedet for, og til en lavere pris, et nyt Thermo Scientific ICS-5000+ Ion Chromatography, IC system der sammen med vores IonPac AS7 kolonne(r) er absolut ’benchmark’ indenfor dette applikationsområde. Agilent 1200 har metal flowvej og vil derfor kunne ”bløde” metal til ICP MS systemet, hvorimod ICS-5000+ har metal-fri flowvej og dermed garanterer et bedre signal-støj forhold. ICS-5000+ er naturligvis fuldt integreret i vores Qtegra software. Kunden vil dermed, i stedet for kunne anvende Agilent 1200 LC systemet til de HPLC-opgaver det oprindeligt er lavet til”.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Thermo Electron har gjort gældende, at der foreligger fumus boni juris, idet betingelserne for direkte tildeling af kontrakten ikke er opfyldt. Virksomheden har nærmere anført, at Point 1 – 7 i profylaksebekendtgørelsen indeholder gængse specifikationer, som alle vil være typiske for et ”Inductive Coupled Plasma Triple Quadropole Mass Spectrometer”. Ingen af specifikationerne er enestående for en løsning fra Agilent Technologies og dermed ”lock out specifikationer”, idet der er to udbydere af sådanne instrumenter i markedet, nemlig Agilent Technologies og Thermo Electron. Thermo Electron kan tilbyde et tilsvarende eller bedre produkt til en lavere pris - nemlig et ”Thermo Scientific iCAP TQ Inductive Coupled Plasma Triple Quadropole Mass Spectrometer komplet med Cetac ASX-560 autosampler, køler og Qtegra software samt et Thermo Scientific ICS-5000 Ion Chromatography, IC system”. I stedet for den software, der er anført i ”Point 8” i profylaksebekendtgørelsen, kan virksomheden levere et nyt Thermo Scientific

ICS-5000+ Ion Chromatography, IC system, der sammen med virksomhedens IonPac AS7 er absolut ”benchmark” inden for applikationsområdet. Fødevarestyrelsen vil med det, som virksomheden kan tilbyde, kunne anvende Agilent 1200 LC systemet til de HPLC-opgaver, som det oprindeligt er lavet til. Virksomheden kan endvidere opfylde ”Point 9” i bekendtgørelsen om, at levering, installation og servering skal foretages af samme leverandør. Sammenfattende er det således ikke korrekt, at kun en leverandør, Agilent Technologies, kan opfylde kravene.

Fødevarestyrelsen har gjort gældende, at styrelsen ikke har handlet i strid med principperne i udbudslovens § 2, og at styrelsens vurdering af, at kontrakten af tekniske årsager alene kan tildeles til Agilent Technologies, ikke er behæftet med fejl eller åbenbart forkert.

Fødevarestyrelsen har nærmere anført, at det ikke er korrekt, at profylakse-bekendtgørelsen alene indeholder krav om opfyldelse af gængse specifikationer, som alle vil være typiske for et ”Inductive Coupled Plasma Triple Quadropole Mass Spectrometer”. Fødevarestyrelsen har fastsat en række specifikke krav til det analyseapparat, som tænkes indkøbt. Kravene er saglige og proportionale og begrundet i analysernes formål og karakter. Kravene afspejler et fastsat kvalitetsniveau i relation til analysernes nøjagtighed og en politisk intention om at kunne detektere spor af de pågældende stoffer med en høj sikkerhed. En ordregivende myndighed er berettiget til at fastsætte krav til de ydelser eller varer, der indkøbes, og er ikke forpligtet til at sænke kravene til ydelsen for at sikre, at alle potentielle leverandører kan afgive tilbud. I et marked med ganske få leverandører kan det indebære, at det af sådanne tekniske årsager alene er en enkelt leverandør, der kan levere den ønskede vare. Udstyret i Thermo Electrons tilbud opfylder ikke de fastsatte tekniske krav. Styrelsens vurdering af, at udstyret alene kan leveres af én leverandør, er således korrekt, og det var derfor berettiget at tildele kontrakten direkte som sket, jf. udbudslovens § 80, stk. 3.

Styrelsen har videre anført, at kravet om interoperabilitet med et andet analyseapparat, som Fødevarestyrelsen i forvejen har, og som det analyseapparat, der skal indkøbes, skal arbejde sammen med (”Point 8”), ligeledes i praksis indebærer, at analyseapparatet alene kan anskaffes fra Agilent Technologies, jf. ligeledes udbudslovens § 80, stk. 3. Det fremgår eksplicit af Thermo Electrons tilbud, at dette krav ikke opfyldes, men at virksomheden i stedet tilbyder en anden løsning. Fødevarestyrelsens analysemetoder

er baseret på det system, styrelsen allerede har. Det vil være forbundet med uforholdsmæssige ressourcer og tid at ændre systemet til et andet system med den følge, at der skal søges om ny akkreditering af styrelsens analysemetoder. En ændring af Fødevarestyrelsens metoder på baggrund af anvendelse af ny teknik skal som led i akkrediteringen valideres af laboratoriet, ligesom der skal foretages en række parallelprøvninger over for den hidtidige metode. Dette arbejde er meget ressourcekrævende både økonomisk og tidsmæssigt. Der er således ikke tale om et rimeligt alternativ eller erstatning.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Thermo Electron har ikke særskilt anført anbringender vedrørende disse betingelser.

Fødevarestyrelsen har anført, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. Thermo Electron har en tung bevisbyrde for, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis den skal afvente en endelig kendelse i sagen. Der foreligger ikke et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. Thermo Electron har intet anført herom.

Styrelsen har endvidere anført, at betingelsen om interesseafvejning ikke er opfyldt. Thermo Electron har heller intet anført om denne betingelse, og Fødevarestyrelsen har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, således at processen kan føre til kontraktindgåelse som forudsat.

Klagenævnet udtaler:

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

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende *betingelsen "fumus boni juris"* bemærker klagenævnet, at kontrakten ubestridt overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi, og at kontrakten, medmindre den kunne indgås uden forudgående udbudsbekendtgørelse, skulle have været udbudt i overensstemmelse med direktivet.

Det påhviler som udgangspunkt Fødevarestyrelsen at løfte bevisbyrden for, at betingelserne for direkte tildeling af kontrakten er opfyldt. Styrelsen har bl.a. anført, at styrelsen har behov for, at det udstyr, der indkøbes, kan fungere sammen med udstyr, som styrelsen allerede har (interoperabilitet), hvilket er beskrevet i profylaksebekendtgørelsens "Point 8", og at også dette medfører, at analyseapparatet alene kan anskaffes fra Agilent Technologies, jf. udbudslovens § 80, stk. 3. Styrelsen har videre anført, at det fremgår af Thermo Electrons tilbud, at dette krav ikke opfyldes, idet virksomheden i stedet tilbyder en anden løsning, og at det økonomisk og tidsmæssigt vil være uforholdsmæssigt krævende at ændre styrelsens system til et andet system med den følge, at der skal søges om ny akkreditering og foretages validering og parallelprøvninger.

Thermo Electron har i det væsentlige gjort gældende, at den direkte tildeling er ulovlig med den begrundelse, at også Thermo Electron kan levere det ønskede udstyr, og at der således er to virksomheder på markedet, der kan levere udstyret.

Klagenævnet finder efter en foreløbig vurdering af de foreliggende oplysninger, at det må lægges til grund, at det udstyr, som Thermo Electron har tilbudt at levere, ikke opfylder de krav, Fødevarestyrelsen har opstillet i ”Point 8” om interoperabilitet. Det bemærkes herved, at det ikke er gjort gældende, at styrelsen ikke lovligt kunne stille dette krav. Herefter og efter det i øvrigt foreliggende er der ikke udsigt til, at klagen vil blive taget til følge, og betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende *betingelsen om uopsættelighed* bemærker klagenævnet, at denne betingelse er opfyldt i en sag som den foreliggende, hvor der er tale om direkte tildeling af en kontrakt. Dette medfører imidlertid ikke, at klagen kan tillægges opsættende virkning, da betingelsen om ”fumus boni juris” som nævnt ikke er opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning under klagesagen.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig