

K E N D E L S E

Thermo Electron A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Københavns Universitet
(selv)

Klagenævnet har den 13. februar 2015 modtaget en klage fra Thermo Electron A/S.

Thermo Electron A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Universitet har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnets formand har ved klagens modtagelse besluttet midlertidigt at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges fortsat opsættende virkning under klagesagens videre forløb på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og supplerende klageskrift med bilag 1 - 2 samt Københavns Universitets udtalelse om opsættende virkning med bilag A-C.

Klagens indhold:

Klageskriftet og det supplerende klageskrift indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Universitet har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt til Agilent Technologies Academia om levering af laboratorieudstyr (LC, GC, CE, MS) ved udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, uden at betingelserne for anvendelsen af denne procedure var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Universitets beslutning om at indgå kontrakt med Agilent Technologies Academia om levering af laboratorieudstyr (LC, GC, CE, MS).”

Det fremgår af sagen, at de anførte forkortelser (”LC, GC, CE, MS”) er almindelige i branchen og angår forskellige teknologiske løsninger, der betegnes hhv. ”Liquid Chromatography”, ”Gas Chromatography”, ”Capillary Electroforesis” og ”Mass Spectrometry”.

Københavns Universitet har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Københavns Universitet indrykkede bekendtgørelse nr. 2015/S 024-039829 af 30. januar 2015 med henblik på frivillig forudgående offentliggørelse med oplysning om, at universitetet agtede at indgå en kontrakt om ”Mass spectrometer”. Bekendtgørelsen blev offentliggjort i EU-Tidende den 4. februar 2015. Af bekendtgørelsen fremgik blandt andet:

“II.1.1.Title attributed to the contract

Acquisition of Modern Technologies for Redefinition of Laboratory Teaching methods in analytical chemistry to Department of Pharmacy.

...

II.1.4. Short description of the contract or purchase(s)

The combined acquisition entails state of the art laboratory equipment (LC, GC, CE, MS) for teaching analytical chemistry at all levels of the pharmaceutical education. The equipment will be used for teaching principles and practices of pharmaceutical relevant analytical methods by off-line training in software integrated with hands on projects on hardware all using the same software platform. The use of a common software platform crucially simplifies software understanding for the

students and releases vital time/energy for understanding analytical principles.

...

IV.1. Type Of procedure

Award of a contract without prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union (in the cases listed in Section 2 of Annexes DI, D2 or D3 as appropriate)

Justification for the choice of the negotiated procedure without prior publication of a contract notice in the OJEU in accordance with Directive 2004/18/EC

The products involved are manufactured purely for the purpose of research, experiment, study or development under the conditions stated in the Directive: yes

The works/goods/services can be provided only by a particular tenderer for reasons that are: technical, connected with the protection of exclusive rights

Additional works/deliveries/services are ordered under the strict conditions stated in the Directive: yes

According to the European Parliament and Council Directive No. 2004/18 1 EC, Article 31, 1, point b, the University of Copenhagen believes that In order to be able to perform the teaching principles and practices of pharmaceutical relevant analytical methods, only Agilent Technologies Academia is able to provide the whole package of LC, GC, CE, MS on the same OpenLab platform including off-line training in software integrated with hands on projects on hardware all using the same software platform. Furthermore and according to the European Parliament and Council Directive No. 2004/18 1 EC, Article 31.2, point b, University of Copenhagen is convinced that since this is an expansion of existing supplies and installations, A change of supplier will oblige the contracting authority to acquire material having different technical characteristics which would result in incompatibility or disproportionate technical difficulties in operation, in teaching purposes and in maintenance.

...

V.3. Name and address of economic operator in favour of whom the contract award decision has been taken

Agilent Technologies Academia
5301 Stevens Creek Blvd.
CA 95051 Santa Clara
UNITED STATES

...

V.4. Information on value of contract

Initial estimated total value of the contract:

Value: 2 200 000 USD

Excluding VAT

V.5. Information about subcontracting.

The contract is likely to be sub-contracted: no”

Københavns Universitet har under klagesagen fremlagt et dokument af 30. januar 2015 med titlen ”Begrundelse for valg af undtagelsesprocedure – Grounds for transparency Notice ...”. Heraf fremgår blandt andet en e-mailkorrespondance mellem juridisk specialkonsulent Eva Lessèl, strategisk indkøbskonsulent Jan Joensen og professor Bente Gammelgaard, alle fra Københavns Universitet.

Af en mail af 7. januar 2015 fra Jan Joensen til Eva Lessèl fremgår blandt andet:

”Jeg har kigget materialet igennem ...

...

Jeg kan se, at Agilent foreslår, at I køber udstyr for 12 mio. kr. og til gengæld lover gode rabatter og flere tiltag med undervisningsprogrammer, som ikke er prisspecificeret.

Samarbejdsaftalen er udbudspligtig og hvilken procedure vi skal igennem skal så overvejes:

- A) Hvis der er mulighed for konkurrence på området, dvs. hvis Agilent’s konkurrenter kan tilbyde noget tilsvarende (evt. med anvendelse af underleverandører), vil jeg anbefale at der forrettes et offentligt udbud.
- B) Hvis der ikke er konkurrence på området, dvs. det er kun Agilent (i Europa) der kan modsvare de behov der er nødvendige for at nå de mål der er fremsat, vil jeg anbefale at der forrettes en undtagelsesprocedure.”

Eva Lessèl svarede dagen efter, den 8. januar 2015, kl. 14.41, at hun havde sendt mailen videre til Bente Gammelgaard. Af en mail fra samme dag kl. 15.55 fra Jan Joensen til Eva Lessèl med kopi til Bente Gammelgaard fremgår blandt andet, at det ”nu ...[var] aftalt, hvilken procedure og hvilket sprog ...[universitetet havde] valgt”.

I en mail af 23. januar 2015 fra professor Bente Gammelgaard til Jan Joensen fremgår blandt andet:

”Jeg har nu fået strikket nogle argumentationer for en exeption sammen, men vil meget gerne have noget hjælp til at gøre det tilstrækkeligt overbevisende, udfylde papirerne rigtigt osv. ...”

Jan Joensen svarede den 26. januar 2015, at han ville se på det dagen efter, og at han, hvis han mente, at argumentationen var ”tilstrækkelig”, ville lave udbudsbekendtgørelsen. Ved mail af 30. januar 2015 spurgte professor Gammelgaard Jan Joensen, om han havde indsendt bekendtgørelsen, hvilket som nævnt ovenfor skete samme dag.

Endvidere er der fremlagt en række e-mails, som Københavns Universitet efter klagesagens anlæg har indhentet fra andre leverandører af beslægtede produkter på markedet. Af en mail af 23. februar 2015 fra Dietmar Hansen fra firmaet AB Sciex Germany GmbH fremgår således, at han ikke er bekendt med, at Chromeleon kan styre selskabets CE-produkt. Af en udateret mail fra Susanne Klitgaard, der angives at være fra selskabet Ramcon A/S, fremgår, at Beckman Coulter officielt ”anbefaler ... ikke at anvende Chromeleon7 til at styre” selskabets kapillarelektroforese, men at selskabet ikke vidste, om ”nogle af” dets ”kunder... faktisk anvender det”. Af en udateret udtalelse fra Anders Feldthus fra selskabet Waters A/S fremgår blandt andet, at dette selskab ”altid som udgangspunkt” ”anbefaler” ”at anvende hardware producentens software til styring og kontrol af udstyret”, og at Waters ikke vil ”yde produktgaranti på tredjeparts udstyr med mindre dette er solgt og leveret af Waters”.

Der er mellem parterne enighed om, at kontrakten efter sin karakter og økonomiske værdi som udgangspunkt er udbudspligtig efter udbudsdirektivet.

Sagens materielle tvist drejer sig derfor alene om, hvorvidt betingelserne for anvendelse af proceduren i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, og/eller artikel 31, stk. 2, litra b, var opfyldt.

Parternes anbringender

Thermo Electron A/S har til støtte for, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*), navnlig gjort gældende, at betingelserne for anvendelse af

proceduren i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, og stk. 2, litra b, ikke var opfyldt. Efter praksis er betingelserne meget strenge, og det er universitetet, der har bevisbyrden for, at de er opfyldt. Betingelserne i artikel 31, stk. 1, litra b, var ikke opfyldt, allerede fordi Thermo Electron A/S ville have budt på kontrakten, hvis den var blevet udbudt. Levering af laboratorieudstyr (LC, GC, CE, MS), herunder til undervisningsformål, er således en af selskabets kernekompetencer. Et af selskabets produkter, ”Chromeleon” vil kunne opfylde Københavns Universitets anskaffelsesbehov, herunder behovet for at understøtte CE-udstyr. Der ville således ikke være behov for at anvende en underleverandør. Det kunne Københavns Universitet have fået oplyst ved henvendelse til selskabet. Københavns Universitet har endvidere ikke på tilstrækkeligt sagligt grundlag i profylaksebekendtgørelsen redegjort for, hvorfor betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, skulle være opfyldt, idet det ikke fremgår, hvorfor det vil være forbundet med uoverstigelige vanskeligheder i forbindelse med drift og vedligeholdelse at anvende andre produkter end Agilent Technologies Academies. Alt udstyr fra denne leverandør indeholder i øvrigt et såkaldt ICF-modul, der skaber interface mellem hardware og software. Det gør, at Københavns Universitets eksisterende udstyr enkelt, hurtigt og smidigt kunne konfigureres til at kunne integreres med nyt udstyr via dette modul. De indhentede udtalelser er afgivet af konkurrenter til Thermo Electron A/S.

Betingelsen om *uopsættelighed* er også opfyldt, da Thermo Electron A/S i en situation som den foreliggende, hvor tildelingen er sket direkte uden afholdelse af udbud, vil være afskåret fra at løfte bevisbyrden for et erstatningskrav.

En *interesseafvejning* taler for, at der gives opsættende virkning. Thermo Electron A/S har herved navnlig henvist til, at der er tale om en kontrakt, der endnu ikke er implementeret, og at der ikke er noget hensyn at tage til Københavns Universitet i den foreliggende situation, hvor universitetet foretager en uberettiget direkte tildeling. Klagesagen er endvidere anlagt hurtigst muligt efter, at klager den 11. februar 2015 blev bekendt med overtrædelsen. Der kan ikke lægges vægt på, om universitetet måtte have tidsmæssige problemer, hvis klagen tillægges opsættende virkning, da det i givet fald alene skyldes universitetets egen planlægning.

Københavns Universitet har navnlig gjort gældende, at klagen ikke har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Det skyldes, at universitetet udviste den fornødne omhu, da det vurderede, at kontrakten kunne indgås efter proceduren i udbudsdirektivets artikel 31. Universitetets markedsundersøgelser havde således vist, at klagerens software ikke understøtter såkaldte CE-løsninger. Universitetet har herved fremlagt to bilag om klagerens produkt, Chromeleon 7 og 7.2, hvor CE-udstyr ikke nævnes. Det følger heraf, at Thermo Electron A/S ville skulle benytte sig af en underleverandør for at kunne levere CE-udstyr. Listen af udstyr, som klagerens produkt understøtter, indeholder ikke CE-udstyr, heller ikke fra potentielle underleverandører. Institut for Farmaci har endvidere behov for at kunne forrette undervisningen fra samme leverandør, således at delkomponenter kan vekselvirke mellem LC-, GC-, CE- og MS-teknologierne. Der findes kun 4 navngivne producenter af CE-udstyr i verden. Af disse er det kun Agilent Technologies Academia, der har en software-platform, som også passer til LC-, GC-, og MS-teknologier, og som vil kunne give den nødvendige software- og hardwaresupport sikret fra producentens side.

Københavns Universitet har ikke bestridt, at betingelsen om *uopsættelighed* er opfyldt, idet klageren ikke vil kunne løfte bevisbyrden for et eventuelt erstatningskrav.

Universitetet har gjort gældende, at en *interesseafvejning* taler mod, at klagen tillægges opsættende virkning. Interessen fra klageren er alene økonomisk og af begrænset størrelse, hvilket for intet er at regne mod tabet af det store ressourceforbrug til planlægning og organisering af kurser, som skal genovervejes i tilfælde af, at klagen tillægges opsættende virkning – samt tab af undervisningskvalitet.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om, hvorvidt klagen endeligt skal tillægges opsættende virkning, efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Denne bestemmelse lyder som følger:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at aftalen ubestridt overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi, og at aftalen, medmindre den kunne indgås efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, og/eller stk. 2, litra b, skulle have været udbudt i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 28. Det påhviler herefter Københavns Universitet at godtgøre, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, og/eller stk. 2, litra b, er opfyldt.

Københavns Universitet har anført, at Thermo Electron A/S' produkt, Chromeleon 7, ikke kunne levere den ønskede CE-teknologi. Thermo Electron A/S har bestridt dette forhold og oplyst, at selskabets eget produkt omfatter de ydelser, der er beskrevet i profylaksebekendtgørelsen, herunder kravet om CE-teknologi, samt udstyr, der kan styres og anvendes off-line på en fælles softwareplatform, og således at moduler kan flyttes mellem teknologierne. På den baggrund har Københavns Universitet ikke efter de oplysninger, der foreligger for klagenævnet godtgjort, at det alene var den valgte leverandør, der kunne levere det efterspurgte udstyr. Det lægges videre til

grund, at Københavns Universitet relativt let kunne have afklaret dette forhold ved en forudgående henvendelse til Thermo Electron A/S. Som følge af det anførte er der på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at klagenævnet vil lægge til grund, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, ikke var opfyldt.

Det fremgår ikke af profylaksebekendtgørelsen, hvilke nærmere problemer af den karakter, der er nævnt i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, der måtte opstå, hvis en anden virksomhed end den valgte skulle levere det efterspurgte udstyr. Henset til, at universitetet samtidig anførte, at det mente, at der slet ikke var andre leverandører, der kunne levere det ønskede udstyr, kan det endvidere ikke lægges til grund, at universitetet konkret havde overvejet omfanget af de problemer, dette kunne afstedkomme. På det foreløbigt foreliggende grundlag er der herefter også udsigt til, at klagenævnet vil lægge til grund, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, heller ikke var opfyldt. De kortfattede udtalelser, som Københavns Universitet efterfølgende har indhentet fra andre virksomheder vedrørende deres anbefalinger og kendskab til klagerens produkt samt beslægtede produkter, kan ikke føre til en anden vurdering.

Betingelsen om, at klagen skal have noget på sig ("*fumus boni juris*") er herefter opfyldt.

Klagenævnet finder af de grunde, som klageren har anført, og som indklagede ikke har bestridt, at betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) også er opfyldt i den foreliggende sag, der angår direkte tildeling af en kontrakt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interessevejning*) bemærker klagenævnet, at en ordregiver, der overvejer at anvende undtagelsesproceduren i udbudsdirektivets artikel 31, der indebærer direkte tildeling af en kontrakt, og samtidig agter at anvende fremgangsmåden med forudgående offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, altid må påregne en vis risiko for, at der klages, og at klagen tillægges opsættende virkning. Dette gælder særligt i et tilfælde som det foreliggende, hvor anvendelse af undtagelsesproceduren bl.a. begrundes med, at ordregiveren ikke mener, at der findes andre relevante aktører på markedet, jf. artikel 31, stk. 1, litra b. På den baggrund vejer hensynet til ordregiverens interesse i hurtigt at indgå kontrakten i en sådan situation som udgangspunkt ikke tungt, hvis en anden virksomhed inden for 10-dagesfristen klager og oplyser, at den også kan levere de varer eller ydelser,

som kontrakten angår. Dette understreges yderligere af, at skadevirkningerne for en ordregiver af forsinkelsen ved at tillægge klagen opsættende virkning i en sådan situation i almindelighed vil kunne afbødes væsentligt ved, at ordregiveren annullerer sin tildelingsbeslutning og i stedet gennemfører et egentligt udbud. Det fremgår af sagen, at Københavns Universitet først i januar måned 2015 overvejede, om kontrakten skulle udbydes. Københavns Universitet har endvidere ikke nærmere beskrevet eller dokumenteret omfanget af de angivne skadevirkninger ved at tillægge klagen opsættende virkning. På den baggrund og efter en samlet vurdering af hensynet til Thermo Electron A/S' interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, over for hensynet til Københavns Universitets modsatrettede interesse finder klagenævnet, at også denne betingelse er opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter klagen fortsat opsættende virkning under klagesagens videre forløb.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at indklagede fortsat ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges fortsat opsættende virkning.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig