

K E N D E L S E

Zacco Denmark A/S  
(advokat Majse Jarlov, Hellerup)

mod

Aarhus Universitet  
(advokat Mette Høgh, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 248-455188 af 20. december 2016 udbød Aarhus Universitet som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale opdelt i 3 delaftaler om levering af IP-konsulenttydelser. Rammeaftalen blev udbudt efter reglerne i udbudslovens afsnit III om indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien.

5 prækvalificerede virksomheder, herunder Zacco Denmark A/S, afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb den 1. marts 2017.

Den 20. april 2017 meddelte Aarhus Universitet, at universitetet agtede at indgå kontrakt vedrørende delaftale 1 og delaftale 2 med Plougmann Vingtoft A/S som primær leverandør og vedrørende delaftale 3 med Høiberg P/S som primær leverandør. Zacco Denmark A/S blev tildelt rammeaftale som sekundær leverandør på de tre delaftaler.

Den 1. maj 2017 indgav Zacco Denmark A/S (herefter Zacco) klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Universitet. Zacco fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 31. maj 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen

opsættende virkning med henvisning til, at betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Den 28. juni 2017 traf klagenævnet afgørelse om yderligere aktindsigt til Zacco.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Zacco har i klageskriftet nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med udbudsloven, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt § 186, ved at have offentliggjort et udbudsmateriale, som er uigennemsigtigt og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på de udbudte rammeaftaler.

#### Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med udbudsloven, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt § 186, ved under sin evaluering af tilbud i forhold til underkriteriet ”Vurdering af leverandørens forslag til samarbejdsform baseret på beskrivelse i pkt. 8.3.3” at have tillagt det betydning, i hvilken udstrækning løsningsforslag har ”fokus på tid som faktor”, uagtet udbudsmaterialet ikke angiver en beskrivelse eller vægtning af dette forhold.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Aarhus Universitets udbudsforretning som helhed, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

#### Påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal annullere Aarhus Universitets tildelingsbeslutning af 20. april 2017, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3.

Aarhus Universitet har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder

### *Udbudsmaterialet*

I udbudsmaterialets ”Betingelser for afgivelse af tilbud” var blandt andet fastsat:

#### ”4.2. Rammeaftalens opdeling

Rammeaftalen er opdelt i 3 delaftaler, med hver tre leverandører, hvoraf 2 delaftaler omhandler et defineret fagområde med opgaveløsning indenfor, men ikke begrænset til, nyhedsundersøgelser, patenterbarhedsvurderinger, IP beskyttelsesvurdering af applikationer og andet software udformning og indlevering af ansøgninger, korrespondance med myndigheder om verserende ansøgninger, vedligeholdelse af ansøgninger og udstedte patenter samt 1 delaftale omhandlende generel IP rådgivning.

...

Delaftalerne er:

1. Fagområdet Life Science herunder lægemidler & diagnostik (human og veterinær), bioteknologi fødevarer, organisk kemi, plantebiologi, medicoteknik (medical devices).
2. Fagområdet Physical Sciences herunder elektronik, IT, telekommunikation, software, uorganisk kemi, miljø- og energiteknologi, optik, laser, procesteknologi, materialeteknologi, mekanik, byggeri.
3. Generel IP rådgivning herunder rådgivning om immaterielret, varemærker og øvrige immaterielle rettigheder (ophavsret, designbeskyttelse, plantebeskyttelse, domænenavne o. lign.), anprisninger (fødevarer, naturlægemidler og kosttilskud), fortolkning af IPR vilkår i kontrakter, tolkning af domstolsafgørelser og IPR lovgivning (national & international), rådgivning i forbindelse med krænkelssager, IPR kompetenceudvikling for ansatte på AU og hospitalerne i Region Midtjylland

...

#### 4.3. Køb på Rammeaftalen

Patentkonsulentopgaverne vil som udgangspunkt blive placeret hos den af de tre leverandører på hver delaftale, der har indgivet det mest økonomisk fordelagtige tilbud og kun ved nummer to eller tre, såfremt den bedst placerede og den næstbedst placerede leverandør afslår at udføre opgaven f.eks. af habilitets- eller ressourcemæssige årsager”.

I samme dokument under pkt. 8 ”Tildeling af kontrakt” hed det blandt andet:

### ”8.1. Tildelingskriterium

Ordregiver vil ved tildeling af opgaven vælge det tilbud med det bedste forhold mellem kvalitet og pris.

### 8.2. Underkriterier

Evalueringen vil blive foretaget på grundlag af følgende underkriterier:

#### Delaftale 1, Life Science

Underkriterium	Procentvis vægtning
Vurdering af leverandørs forslag til samarbejdsform baseret på Beskrivelse i pkt. 8.3.3	50 %
Pris, herunder timepriser 70 %, Patenterbarhedsrapport 20 % og Mini assessment 10 %	35 %
Medarbejdernes kompetencer, herunder uddannelsesniveau og branche erfaring	15 %

#### Delaftale 2, Physical Sciences

Underkriterium	Procentvis vægtning
Vurdering af leverandørs forslag til samarbejdsform, baseret på nedenstående beskrivelse	50 %
Pris, herunder timepriser 70 %, Patenterbarhedsrapport 20 % og Mini assessment 10 %	35 %
Medarbejdernes kompetencer, herunder uddannelsesniveau og branche erfaring	15 %

”

Pkt. 8.3 indeholdt blandt andet følgende:

### ”8.3. Beskrivelse af underkriterier

#### 8.3.1. Medarbejdernes kompetencer, herunder uddannelsesniveau og branche erfaring

Det er af afgørende betydning for Aarhus Universitet at Rammeaftalen om køb af IP konsulentytelser indgås med et patentbureau, der kan tilbyde erfarne og fagligt stærke samarbejdspartnere for Aarhus Universitet.

Tilbudsgiver skal derfor beskrive hvilke personer der vil udføre arbejdet for Aarhus Universitet samt beskrive den interne arbejdsfordeling her-

under involvering af andre medarbejdere (koordinatorer, trainees og studenter) end den sagsansvarlige konsulent.

Tilbudsgiver skal vedlægge en beskrivelse af de anførte personers kompetencer, kvalifikationer og brancheerfaring, herunder kendskab til regulatoriske forhold

...

Det er vigtigt for Aarhus Universitet, at opgaveløsningen er af høj faglig kvalitet, og at Aarhus Universitet kan tilføres ny viden og i det hele taget merværdi i samarbejdet med virksomheden. Det vil blive vægtet særlig positivt ved evaluering af "Medarbejdernes kompetencer, herunder uddannelsesniveau og brancheerfaring", såfremt Aarhus Universitet tilbydes én eller få nære, fagligt kompetente og erfarne kontaktpersoner, der varetager den løbende dialog, sparring og opgaveudførelse.

...

### 8.3.3. Løsningsforslag til samarbejdsform

Tilbudsgivers beskrivelse af samarbejde

For alle tre delaftale 1 og delaftale 2 skal Tilbudsgiver beskrive, hvorledes tilbudsgiver vil samarbejde med Aarhus Universitet og Region Midtjylland og dets medarbejdere givet de nedenfor beskrevne arbejdsgange på Enheden for Erhvervssamarbejde og Teknologioverførsel ved Aarhus Universitet [ET].

...

Assessment Phase

ET skal behandle indberetninger om nye opfindelser gjort af ansatte ved Aarhus ved hospitaler, psykiatri og det præhospitale beredskab i Region Midtjylland.

...

Fra modtagelse af indberetning har AU henholdsvis Region Midtjylland to måneder til at vurdere, hvorvidt man ønsker rettighederne overdraget eller ej med mindre andet aftales med forskerne. Langt oftest bruges de fulde to måneder

...

Møde afholdes tidligst 5 arbejdsdage fra ordre gives til patentbureau, således patentrådgiver kan deltage. Patentrådgiver modtager indberetning og bilag og forventes at have sat sig ind i fagområdet, lavet en initial søgning og deltage på lige fod med ET teamet i diskussion af opfindelsen med forskerne.

Rapport forventes afleveret tidligst 10 arbejdsdage fra afholdelse af møde med forskere

...

Ved evaluering af Tilbudsgivers løsningsforslag til samarbejdsform vil det blive vægtet positivt, såfremt løsningsforslaget indeholder beskrivelse af, hvorledes interaktionen vil foregå mellem ET team og forskere på den ene side og patentrådgiver og assistent/administrator på den anden side.

Det vil også blive vægtet positivt, såfremt løsningsforslaget indeholder beskrivelse af, hvorledes Tilbudsgivers vil sikre at Tilbudsgivers kompetencer og ressourcer vil blive bragt i spil således, at den højest mulige kvalitet opnås i både de enkelte aktiviteter og i samarbejdet med ET.

Endelig vil det blive vægtet positivt, såfremt løsningsforslaget tager højde for alle aspekter af samarbejdet og bidrager med løsningsbeskrivelser og forslag til samarbejdsform de steder, hvor Tilbudsgiver ser mulighed for innovation eller behov for nytænkning i samarbejdet med ET”.

I pkt. 8.4 ”Evaluering” stod der:

” ...

Det er af afgørende betydning for Aarhus Universitet at Rameaftalen om køb af IP konsulentytelser indgås med et patentbureau, der kan tilbyde erfarne og fagligt stærke samarbejdspartnere for Aarhus Universitet, og som kan tilbyde en samarbejdsform som understøtter ET's arbejdsproces og sikrer den bedst mulige kvalitet både i de enkelte aktiviteter samt i samarbejdet med ET.

Det er med udgangspunkt i dette formål, at de ovenfor beskrevne tildelings- og underkriterier er valgt og den indbyrdes vægtning fastsat.

...

Ad "Løsningsforslag til samarbejdsform" og "Medarbejdernes kompetencer, herunder uddannelsesniveau og branche erfaring"

Tilbud vil på hvert af ovenstående underkriterier blive vurderet på en skala fra 0 til 100, hvor 0 point gives for det tilbud, der kun netop er i stand til at løse opgaverne beskrevet i afsnit 8.3.3 ovenfor, mens 100 point gives for det tilbud, der på baggrund af ordregivers forudgående forventninger, må anses som et optimalt tilbud.

...

#### 8.4.1.2. Kvalitative kriterier

På de kvalitative kriterier (øvrige underkriterier) bliver tilbuddene vurderet absolut.

...

I forbindelse med den endelige evaluering vil der blive anvendt en pointmodel 0-100.

...”

Aarhus Universitet havde til brug for tilbudsevalueringen i udbudsbetingelsernes pkt. 8.4.1.2. fastsat følgende pointskala til brug for evalueringen efter de kvalitative underkriterier:

»

Karacterskala – grad af opfyldelse af ønsker		
Grad af opfyldelse	Karacterskala	Uddybning
I meget høj grad	100	Den tilbudte løsning opfylder i <b>særdeles høj grad</b> vore ønsker
	90	Den tilbudte løsning opfylder i <b>meget høj grad</b> vore ønsker, dog er enkelte svagheder identificeret
I høj grad	80	Den tilbudte løsning opfylder i <b>meget høj grad</b> vore ønsker, men der er identificeret flere svagheder
	70	Den tilbudte løsning opfylder i <b>høj grad/rimelig grad</b> vore ønsker, men der er identificeret et antal svagheder
Neutral	60	Der er <b>positive elementer</b> men også flere <b>svagheder</b> i den tilbudte løsning, herunder en mangelfuld/uklar beskrivelse heraf
	50	Der er <b>positive elementer</b> men også flere <b>svagheder</b> i den tilbudte løsning, herunder en mangelfuld/uklar beskrivelse heraf. Svaghederne er tungestvejende
I ringe grad	40	Den tilbudte løsning opfylder i <b>ringe grad</b> vore ønsker

	30	Den tilbudte løsning opfylder <b>i særdeles ringe grad</b> vore ønsker
Slet ikke	20	Den tilbudte løsning opfylder <b>ikke</b> vore ønsker
	10	Den tilbudte løsning opfylder <b>slet ikke</b> vore ønsker

”

### *Evaluering mv.*

I Zaccos tilbud var under punkt 3 ”Løsningsforslag til samarbejdsform” bl.a. anført:

”Mødet afholdes, med mindre andet aftales, tidligst 5 arbejdsdage fra modtagelse af ordre.

...

Herefter vil patentrådgiveren udarbejde en Patentability Rapport til ET, der afleveres tidligst 10 arbejdsdage fra afholdelse af mødet, *og senest 20 arbejdsdage fra afholdelse af mødet (forslag)*”.

I tilbuddet fra Høiberg var under pkt. 1.5 ”Assessment phase” anført:

” ...

Vi fremsender vores rapport indenfor 10 dage efter det indledende møde med Ets projektansvarlige og opfinderne. Dermed er det i langt de fleste tilfælde muligt for Aarhus Universitet at foretage den initiale evaluering af opfindelsen og vurdere om rettighederne ønskes overtaget indenfor de lovbestemte 2 måneder fra opfindelsens indberetning. Derudover kan vi naturligvis arbejde endnu hurtigere, hvis det er påkrævet.

...”

Tilbuddet fra Plougmann Vingtoft indeholdt bl.a. følgende beskrivelse under punktet ”Assessment phase”:

”PV anvender et gennemprøvet koncept for modtagelse af en ny opgave, evaluering af patenterbarheden af en opfindelse samt afrapportering inden for den givne tidsfrist.

...

Inden for 24 timer afklarer den allokerede konsulent om der er et habilitetsproblem (hvilket der sjældent er), og der gives en tilbagemelding til ET.

...



Frister oprettes i PVs systemer således at ETs frist for afrapportering overholdes rettidigt.

...

Samlet set er det vores erfaring gennem vores lange samarbejde med ET at denne proces sikrer at PV får aftalt og afholdt mødet, foretaget søgninger/vurderinger og leveret Patentability Report til ET inden for aftalt tid, ligesom at der er en løbende dialog for hele tiden at følge op på kvaliteten af vores rådgivning”.

I evalueringsrapporten for delaftale 1 hed det blandt andet:

”Tilbudsevaluering af forslag til samarbejdsform

...

**Plougmann Vingtoft A/S:**

Den tilbudte løsning opfylder i meget høj grad Ordregivers ønsker, der er dog identificeret enkelte svagheder, og samlet gives 95 point.

**Begrundelse:**

Løsningsforslaget findes at tage højde for alle aspekter af samarbejdet mellem ET-team og Plougmann Vingtoft med en god forståelse af Ordregivers proces samt fokus på tid som en faktor. Ligeledes har løsningsforslaget fokus på tæt kontakt til ET team og fornemmelse for Plougmann Vingtofts understøttende rolle af ET-team. Løsningsforslaget herunder beskrivelse af mulighed for tilkøb af specifikke ekstra ydelser udviser en god forståelse for, hvor Tilbudsgiver kan bidrage med værdi i processerne hos ET team.

Tilbuddet indeholder flere forslag til samarbejdsformen med mulighed for nytænkning, hvoraf flere findes relevante og hensigtsmæssige. Nogle af forslagene til samarbejdsformen synes i nogen grad at savne større forståelse for interaktionen med forskerne, idet disse bærer præg af, at Tilbudsgiver har for store forventninger til forskerens bidrag til udarbejdelsen af patentansøgningen, hvilket vægter mindre positivt.

Det vægtes positivt at løsningsbeskrivelsen findes at understøtte Ordregivers ønske om at Tilbudsgivers kompetencer og ressourcer bringes i spil således, at den bedst mulige kvalitet opnås i både de enkelte aktiviteter og i samarbejdet med ET.

**Zacco Denmark A/S:**

Den tilbudte løsning opfylder i meget høj grad Ordregivers ønsker, der er dog identificeret flere svagheder, og samlet gives 80 point.

**Begrundelse:**

Løsningsforslaget findes at tage højde for alle aspekter af samarbejdet mellem ET-team og Zacco, dog savnes mere fyldestgørende beskrivelse

af interaktionen mellem ET team og forskere på den ene side og patentrådgiver og assistent/administrator på den anden side. Ligeledes savnes større forståelse for tid som en faktor i processen.

Løsningsforslaget indeholder flere forslag til samarbejdsformen med mulighed for nytænkning, hvoraf flere findes relevante og hensigtsmæssige.

Det vægtes positivt at løsningsbeskrivelsen findes at understøtte Ordregivers ønske om at Tilbudsgivers kompetencer og ressourcer bringes i spil således, at den bedst mulige kvalitet opnås i både de enkelte aktiviteter og i samarbejdet med ET”.

Evalueringsrapporten for delaftale 2 indeholdt ligelydende begrundelser, dog med den forskel, at Plougmann Vingtoft A/S fik 97 point for virksomhedens løsningsforslag til samarbejdsform. Efter henvendelse fra Zacco berigtigede Aarhus Universitet denne del af tilbudsevalueringen, således at Plougmann Vingtoft A/S også vedrørende delaftale 2 modtog 95 point for løsningsforslaget.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Zacco har for gjort gældende, at udbudsmaterialet indeholder en beskrivelse af konkurrencegrundlaget, herunder en evalueringsmetode og en understøttende pointmodel, som er uigennemsigtig og beskrevet på en måde, der er indbyrdes modstridende og reelt uanvendelig.

Zacco har nærmere anført, at det af udbudsbetingelsernes pkt. 8.4. fremgår, at 0 point gives for det tilbud, der kun netop er i stand til at løse opgaverne beskrevet under pkt. 8.3.3., mens 100 point gives for det tilbud, der på baggrund af ordregiverens forudgående forventninger må anses som et optimalt tilbud. I udbudsbetingelsernes oversigt over pointskalaen fremgår imidlertid, at skalaen går fra 10 – 100, idet pointene fra 10 – 20 tildeles tilbud, som henholdsvis ”slet ikke” eller ”ikke” opfylder universitetets ønsker. Uigennemsigtheden forbundet med tildeling af point i den nedre del af skalaen har indvirkning på den fulde pointskalas benyttelse. Dette skyldes, at tildeling af point på den øvrige del af skalaen nødvendigvis er påvirket af, hvorvidt pointene fra 0 – 20 er forbeholdt ukonditionsmæssige tilbud, eller om tilbud, som delvist opfylder Aarhus Universitets krav, tillige kan opnå point i den nedre del af skalaen.

Uklarheden i forhold til tildeling af point i intervallet 0-20 kan have ført til en tilsvarende uklarhed ved tildeling af de 80 point til Zaccos tilbud i forhold til underkriteriet om ”Forslag til samarbejdsform”. Såfremt Aarhus Universitet havde haft flere point til rådighed til at gradbøje kravopfyldelsesgraden under sin evaluering, er det sandsynligt, at pointforskellen mellem Zacco og Plougmann Vingtoft A/S ville have set anderledes ud og været mindre.

Zacco har for det andet gjort gældende, at grundlaget for den kvalitative vurdering, herunder hvad der skal til for, at tilbudsgiver opnår en god evaluering, er uklart beskrevet.

Zacco har nærmere anført, at formuleringen ”0 point gives for det tilbud, der kun netop er i stand til at løse opgaverne beskrevet i afsnit 8.3.3 ovenfor, mens 100 point gives for det tilbud, der på baggrund af ordregivers forudgående forventninger, må anses som et optimalt tilbud” må forstås således, at den tilbudsgiver, som kun akkurat vurderes at være i stand til at løse opgaven som nærmere beskrevet i afsnit 8.3.3, opnår 0 point. 100 point tildeles derimod den tilbudsgiver, som på baggrund af Aarhus Universitets forudgående forventninger må anses som et optimalt tilbud. Denne formulering synes at forudsætte, at opnåelse af point ikke er baseret på en vurdering af, hvor godt tilbudsgiver imødekommer Aarhus Universitets behov, som er beskrevet i pkt. 8.3.3, men derimod en vurdering af tilbudsgivers evner til at gætte sig frem til Aarhus Universitets forventninger, som ikke er afspejlet i udbudsmaterialet. En sådan metode gør det i praksis umuligt for andre end universitetets nuværende leverandører at afgive et attraktivt tilbud, idet disse virksomheder har et indgående kendskab til Aarhus Universitets ønsker som følge af deres nuværende samarbejdsrelation.

Zacco har videre anført, at udbudsbetingelsernes pkt. 8.4 indeholder en beskrivelse af grundlaget for evaluering af såvel løsningsforslaget til samarbejdsform som de tilbudte kompetencer. Afsnittet under overskriften henviser imidlertid alene til udbudsbetingelsernes afsnit 8.3.3, som udelukkende omhandler løsningsforslag til samarbejdsform. Indklagedes ønsker til de tilbudte kompetencer er derimod beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 8.3.1, som der imidlertid ikke henvises til, hvilket utvivlsomt er udtryk for endnu en fejl. Dette er sammen med de øvrige påpegede fejl med til at understøtte en evalueringsproces som er uigennemsigtig, vilkårlig og fejlbehæftet og dermed i strid med udbudslovens krav.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at reglerne i udbudsloven, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og kravene til offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudslovens § 160, ikke er tilsidesat.

Universitetet har nærmere anført, at evalueringsmodellen er indgående beskrevet i udbudsbetingelserne, hvorefter tilbuddene på alle underkriterier ville blive evalueret efter en skala fra 0-100 point. Det var således fastsat, at ”det tilbud, der kun netop er i stand til at løse opgaverne” ville blive tildelt 0 point. Pointskalaen angik efter sin overskrift ”grad af opfyldelse af ønsker”, og 0 point skulle netop gives til det tilbud, der ingen ønsker overhovedet opfyldte. Aarhus Universitet gentog derfor ikke bemærkningerne om 0 point i skalaen. Samtlige indkomne tilbud fik dog point i den høje ende, og den nederste del af skalaen blev ikke anvendt.

Aarhus Universitet har anført, at beregninger som gengivet nedenfor viser, at selv hvis universitetet havde anvendt en skala fra 20-100, ville dette ikke have ændret på udfaldet af tilbudsbedømmelsen.

#### Ikke-vægtede point

	Delaftale 1		Delaftale 2		Delaftale 3	
	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Høi- berg P/S
Samarbejdsform	80,00	95,00	80,00	95,00	60,00	75,00
Pris	97,39	81,05	92,79	77,81	100,00	79,57
Kompetencer	85,00	90,00	90,00	85,00	80,00	80,00

#### Vægtede point:

	Delaftale 1		Delaftale 2		Delaftale 3	
	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Høi- berg P/S
Samarbejdsform	40,00	47,50	40,00	47,50	30,00	37,50
Pris	34,09	28,37	32,48	27,23	35,00	27,85
Kompetencer	12,75	13,50	13,50	12,75	12,00	12,00
Samlet evalu-	86,84	89,37	85,98	87,48	77,00	77,35

ring						
------	--	--	--	--	--	--

Nye point = (((oprindelige point)/100)\*80)+20.

Dermed ville Zacco, Plougmann Vingtoft A/S og Høiberg opnå følgende ikke-vægtede point:

	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Høiberg P/S
Samarbejdsform	84,00	96,00	84,00	96,00	68,00	80,00
Pris	97,91	84,84	94,23	82,25	100,00	83,66
Kompetencer	88,00	92,00	92,00	88,00	84,00	84,00

På baggrund af de anvendte vægtninger ville dette have medført følgende samlede evaluering:

	Delaftale 1		Delaftale 2		Delaftale 3	
	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Plougmann Vingtoft A/S	Zacco	Høiberg P/S
Samarbejdsform	42,00	48,00	42,00	48,00	34,00	40,00
Pris	34,27	29,69	32,98	28,79	35,00	29,28
Kompetencer	13,20	13,80	13,80	13,20	12,60	12,60
Samlet evaluering	89,47	91,49	88,78	89,99	81,60	81,88

Aarhus Universitet har bestridt, at tilbudsgiverne har været nødsaget til at gætte sig frem til universitets behov, og at de hidtidige leverandører skulle have haft en fordel i den forbindelse. Aarhus Universitet beskrev over 4 sider, hvilke ønsker og behov universitetet havde. Tildelingskriteriet og vægtningen af underkriterier blev oplyst og detaljeret beskrevet i udbudsbetingelserne. Der var endvidere tale om en samlet skønsmæssig evaluering, hvilket enhver ordregiver, men særligt en ordregiver, der udbyder en opgave

ve efter reglerne i udbudslovens afsnit III, er fuldt ud berettiget til at foretage.

Universitetet har endvidere bestridt, at der er tale om en grundlæggende fejl, når udbudsbetingelsernes pkt. 8.4. ikke henviser til pkt. 8.3.1. Uanset at der kunne have været henvist til punkt 8.3.1, kunne ingen tilbudsgiver være i tvivl om, at det, der var beskrevet i punkt 8.4, relaterede sig til både punkt 8.3.1 og punkt 8.3.3, idet dette netop fremgik udtrykkeligt af den umiddelbart forudgående overskrift samme sted, ”Ad ”Løsningsforslag til samarbejdsform” og ”Medarbejdernes kompetencer, herunder uddannelsesniveau og branche erfaring”.

### Ad påstand 2

Zacco har gjort gældende, at Aarhus Universitet ved evalueringen af tilbudene efter underkriteriet ”Vurdering af leverandørens forslag til samarbejdsform” har lagt vægt på ”fokus på faktor tid”, selvom dette forhold ikke er beskrevet eller vægtet i udbudsbetingelserne.

Zacco har nærmere anført, at Aarhus Universitet under tilbudsevalueringen har håndhævet tidsangivelsen på 10 arbejdsdage som en frist i den forstand, at overholdelse eller overskridelse heraf er tillagt henholdsvis positiv og negativ vægt.

Det fremgår af tilbuddene fra Plougman Vingtoft og Høiberg, at begge tilbudsgivere har forstået udbudsmaterialets tidsangivelse for rapportudarbejdelse således, at rapporten skulle udarbejdes senest 10 kalenderdage efter mødet.

Modsat har Zacco udarbejdet et tilbud, som tager højde for tidsangivelsen, som denne er angivet i udbudsmaterialet, hvorefter ”[r]apport forventes afleveret tidligst 10 arbejdsdage fra afholdelse af møde med forskere”. Denne formulering kan alene opfattes som en forventning hos universitetet om, at rapporten forventes afleveret senere end 10 dage efter mødet. Zacco har derfor været berettiget til at antage, at aflevering af rapport op til 20 arbejdsdage efter mødet var i god tid i forhold til den lovgivningsmæssige minimumsfrist på 2 måneder.

Plougmann Vingtoft og Høiberg har som eksisterende leverandører haft en særlig viden om den udbudte opgave og har udnyttet denne viden til at udforme tilbud, som har opnået gunstigere evaluering end tilbuddet fra Zacco. Den indforståethed, der har eksisteret mellem Aarhus Universitet og henholdsvis Plougmann Vingtoft og Høiberg PS har betydet, at disse tilbudsgivere har været i stand til at tage højde for universitets fokus på tid som faktor, uanset dette forhold ikke var beskrevet i udbudsmaterialet.

Udbudsbetingelserne indeholder i pkt. 8.3.3 en nærmere redegørelse for evalueringsgrundlaget og oplysning om, hvilke forhold Aarhus Universitet ville vægte positivt ved sin evaluering af løsningsbeskrivelsen. Heraf fremgår ikke, at universitetet ved sin evaluering efter underkriteriet ”Forslag til samarbejdsform” ville tillægge det betydning, hvorvidt løsningsbeskrivelsen afspejlede et ”fokus på tid som faktor”. Formålet med underkriteriets henvisning til pkt. 8.3.3. var at synliggøre over for tilbudsgiverne, at evalueringen ville ske ud fra tilbudsgiverens evne til at opfylde universitetets behov, således som de var beskrevet i udbudsbetingelserne. Aarhus Universitet var således afskåret fra at vægte andre forhold under sin evaluering end netop de forhold, som universitetet havde beskrevet. Tilbudsgiverne kunne ikke udlede af udbudsbetingelsernes, at tid var en faktor, som ville blive vægtet.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at det tidsmæssige element var tilstrækkeligt beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 8.3.3.

Universitetet har nærmere anført, at det kan udledes særligt af punktet ”Assessment Phase”, at universitetet i denne fase er under tidspres. Det fremgår bl.a., at Aarhus Universitet har en lovhjemlet frist på 2 måneder til at vurdere, hvorvidt man ønsker rettighederne overdraget eller ej, og oftest bruges de to måneder. Det indledende møde afholdes tidligst 5 dage efter, at ordren er afgivet til patentbureauet, og rapporten forventes afleveret tidligst 10 dage efter afholdelsen af mødet. Der skal herudover tages højde for den tid, der eventuelt går fra forskerens indberetning, indtil ordren afgives. Dette indebærer, at der går mindst tre uger ud af de to måneder, inden rapporten modtages.

Zacco har i sit tilbud forbeholdt sig at bruge op til 20 hverdage på at udarbejde rapporten. Når dette tillægges de fem hverdage inden afholdelse af mødet, og der samtidigt tages højde for, at fristen på to måneder ikke for-

længes i forbindelse med helligdage, efterlader tilbuddet fra Zacco meget kort tid for Aarhus Universitet til at bearbejde rapporten og træffe en beslutning. Universitetet vurderede på baggrund af denne beskrivelse i Zaccos tilbud, at virksomheden ikke havde tilstrækkeligt fokus på de tidsmæssige aspekter, som gør sig gældende i disse situationer på trods af, at fristen på 2 måneder var anført i udbudsbetingelserne.

Udbudsbetingelsernes tidsangivelser med 5 og 10 dage under "Assessment Phase" for henholdsvis indledende møde og aflevering af rapport havde ikke karakter af frister, men var information til tilbudsgiverne om, at de ikke vil blive pålagt urimelige krav i forhold til at stå klar til at afholde et møde eller aflevere en rapport meget hurtigt. Zaccos oplysning om, at der kunne gå op til 20 arbejdsdage, før rapporten blevet afleveret, blev derfor ikke anset som overskridelse af en frist. Oplysningen blev derimod anset som udtryk for, at universitetet måtte påregne, at en stor del af den samlede periode på to måneder ville skulle allokeres til afventning af rapporten. Zacco udviste dermed ikke forståelse for det tidsmæssige pres. Det var i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes beskrivelse af underkriteriet, at Aarhus Universitet tillagde dette en vis vægt ved tilbudsevalueringen.

Det tidsmæssige element har ikke haft afgørende betydning. Zacco har ikke godtgjort, at evalueringen ville være faldet anderledes ud samlet set, hvis Zacco i sit tilbud havde taget højde for det tidsmæssige element. Den manglende tidsmæssige forståelse var således ikke den eneste mangel i Zaccos tilbud. Aarhus Universitet oplyste blandt andet i evalueringsrapporten, at universitetet savnede en mere fyldestgørende beskrivelse af interaktionen mellem parterne.

Det gøres endvidere gældende, at ordregiveren ved udbud efter Udbudslovens afsnit III ikke er forpligtet til at oplyse nærmere om indholdet af fastsatte underkriterier. Universitetet har ved sin detaljerede beskrivelse af underkriteriet "Løsningsforslag til samarbejdsform" opfyldt gennemsigtighedsforpligtelsen.

Aarhus Universitet har bestridt, at de hidtidige leverandører har haft en konkurrencemæssig fordel. Selv hvis dette måtte antages, er denne fordel ikke udbudsretligt problematisk, jf. sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 70. Universitetet har beskrevet den udbudte opgave så detaljeret, at den fordel, de hidtidige leverandører måtte have haft, er



neutraliseret. De tildelte høje point beror således ikke på et forudgående kendskab, men på et helt nødvendigt, basalt og forventet kendskab til og forståelse for den udbudte opgave.

#### Ad påstand 3 og påstand 4

Zacco har gjort gældende, at Aarhus Universitet som beskrevet i påstand 1 og påstand 2 groft har overtrådt udbudsloven, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i lovens § 2.

Zacco har nærmere anført, at udbudsmaterialets point- og vægtningsmodel er uigennemsigtig og dermed uanvendelig, hvilket har gjort det umuligt for Aarhus Universitet at foretage en korrekt tilbudsevaluering. Dette har resulteret i begunstiggelse af universitetets nuværende leverandører i forbindelse med tilbudsevalueringen. Udbudsmaterialet har således ikke kunnet danne grundlag for en lovlige kontrakttildelelse.

Aarhus Universitet har navnlig gjort gældende, at universitetet ikke har begået fejl som påstået af Zacco, og at der således ikke er grundlag for en annullation.

#### Klagenævnet udtaler:

Udbuddet er foretaget efter reglerne i udbudslovens afsnit III, og Aarhus Universitet har herefter alene været forpligtet til at fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling, og træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastlagte procedure, jf. lovens §§ 186 og 188.

Det er klagenævnets vurdering, at udbudsmaterialet – således som dette efter indholdet og sammenhængen objektivt må forstås – ikke kan have givet anledning til reel tvivl om, at tilbuddene ville blive evalueret absolut efter en skala fra 0 til 100 i relation til de kvalitative underkriterier. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at det i udbudsbetingelsernes afsnit 8.4 ”Evaluering” og afsnit 8.4.1.2 ”Kvalitative kriterier” klart og utvetydigt var fastsat, at der ville blive anvendt en pointmodel med en skala fra 0 til 100. De øvrige formuleringer, som Zacco Danmark A/S har fremhævet fra udbudsbetingelserne, kan ikke føre til en anden vurdering.

Der er ikke grundlag for at antage, at beskrivelsen i udbudsbetingelserne, herunder i punkt 8.3.3, af, hvad der ville blive tillagt betydning ved evalueringen, i øvrigt er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigthed i udbudslovens § 2 eller med § 186, eller at den evaluering, der er foretaget, er i strid hermed.

Særligt i relation til påstand 2 vurderer klagenævnet, at det fremgår tilstrækkeligt tydeligt af udbudsmaterialet, at det tidsmæssige aspekt var af væsentlig betydning, og at dette aspekt ville blive tillagt vægt ved evalueringen.

Der er endvidere ikke grundlag for at antage, at Plougmann Vingtoft A/S og Høiberg P/S som hidtidige leverandører har haft en særlig konkurrencefordel, idet Aarhus Universitet under pkt. 8.3.3 har beskrevet universitetets behov og processerne så udførligt, at en eventuel fordel må anses for udlignet.

Klagenævnet tager herefter ikke klagen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Zacco Denmark A/S skal i sagsomkostninger til Aarhus Universitet betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell  
fuldmægtig