

K E N D E L S E

COPA Copenhagen Patents K/S og Awa Holding AB
(advokat Peter C. Kierkegaard, København)

mod

Danmarks Tekniske Universitet
(advokat Rikke L. Slavensky, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/2 124-227788 af 26. juni 2015, offentliggjort den 1. juli 2015, udbød Danmarks Tekniske Universitet ("DTU") som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 2-årig rammeaftale med flere aktører om konsulentydelse til udarbejdelse af patentansøgninger. Aftalen var opdelt i 3 delaftaler:

- Delaftale 1: "Life Science",
- delaftale 2: "Clean Tech" og
- delaftale 3: "Øvrige" (alle de områder, som ikke hører til delaftale 1 og 2)

Den samlede årlige værdi af hver enkelt delaftale blev anslået til 25 mio. kr.

Blandt andre Awa Holding AB, Zacco Denmark A/S, Patentgruppen A/S, Høiberg A/S, Guardian IP Consulting I/S og Plougmann & Vingtoft A/S blev prækvalificeret og afgav rettidigt tilbud på alle 3 delaftaler. COPA Copenhagen Patents K/S, som alene havde søgt om prækvalifikation på delaftale 1 og 3, blev prækvalificeret og afgav rettidigt tilbud på disse 2 aftaler.

Ved tildelingsbrev af 17. november 2015 meddelte DTU, at DTU havde besluttet at tildele rammeaftaler for de tre delaftaler bl.a. således, at COPA Copenhagen Patents K/S ville blive tildelt en rammeaftale på delaftale 1 og 3, mens Awa Holding AB ville blive tildelt en rammeaftale på delaftale 2. Zacco Denmark A/S ("Zacco") ville ifølge meddelelsen ikke blive tildelt en rammeaftale på nogen af delaftalerne.

Zacco indgav den 27. november 2015 klage til Klagenævnet for Udbud. Den 10. december 2015 meddelte DTU tilbudsgiverne, at universitet havde besluttet at annullere tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 og foretage en fornyet gennemgang og evaluering af de indkomne tilbud.

Den 1. april 2016 meddelte DTU elektronisk, at universitet nu havde besluttet at tildele delaftalerne således, at Zacco ville blive tildelt rammeaftale på alle delaftaler, mens COPA Copenhagen Patents K/S og Awa Holding AB ikke ville blive tildelt rammeaftale på nogen af delaftalerne.

Den 11. april 2016 indgav COPA Copenhagen Patents K/S ("COPA") og Awa Holding AB ("AWA") klage til Klagenævnet for Udbud over DTU.

COPA og AWA 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 10. maj 2016 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

COPA og AWA har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DTU har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2:

- ved at drøfte den evaluering, som lå til grund for tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 med Zacco, som også havde afgivet tilbud, uden tillige at høre COPA og AWA,
- ved at tilbagekalde tildelingsbeslutningen ved meddelelse af 10. december 2015 uden fornødent grundlag,

- ved uberettiget at foretage en fornyet evaluering og på dette grundlag træffe en ny og ændret tildelingsbeslutning den 1. april 2016,
- ved under den fornyede evaluering uberettiget at lægge vægt på oplysninger modtaget af Zacco efter afgivelsen af de endelige tilbud,
- ved at ændre den evaluering, som lå til grund for tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 uden, at der – bortset fra den ændrede evaluering af tilbuddet fra Zacco for så vidt angik krav 3.6 – var sagligt grundlag herfor.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere DTU's beslutning om at tildele rammeaftale til Zacco Denmark A/S den 1. april 2016 af de grunde, som fremgår af påstand 1.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DTU's tildelingsbeslutning af 17. november 2015 (bilag 12) fortsat er gældende af de grunde, som fremgår af påstand 1 og 2.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1, 2 og 3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at det gennemførte udbud er ugyldigt af de grunde, som fremgår af påstand 1 ovenfor.

COPA og AWA har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

DTU har påstået, at klagen ikke skal tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

”8.2. TILDELINGSKRITERIUM

Tilbud vil blive evalueret på baggrund af tildelingskriteriet ”Det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. De indkomne tilbud vurderes efter en række underkriterier. Hvert tilbud tildeles et antal point alt efter, hvor godt tilbuddet opfylder kravene knyttet til de enkelte underkriterier.

8.2.1. Underkriterier til tildeling af rammeaftale

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive identificeret gennem anvendelse af nedenstående underkriterier, hvor vægtningen af hvert underkriterium er angivet.

<u>Underkriterier</u>	<u>% fordeling af vægtning</u>	<u>Kort beskrivelse af underkriterier</u>	<u>Vurderet på grundlag af delkriterier</u>
<u>Pris 1 (time)</u>	<u>40 %</u>	Beregning af den tilbudte timepris	Bilag 2: Priser
<u>Pris 2 (fase)</u>	<u>10 %</u>	Beregning af den totale tilbudte pris for fase 1-3	Bilag 2: Priser
<u>Kvalitet og Funktionalitet</u>	<u>40 %</u>	Krav til konsulentydelsens Kvalitet og Funktionalitet, jf. behov id 3.4., 3.5. og 3.6.	Besvarelse i Bilag 1: Kravspecifikation. De opstillede krav vægter lige.
<u>Samarbejde og Levering</u>	<u>10 %</u>	Krav til tilbudsgivers Samarbejde og Levering, jf. behov id 4.11.	Besvarelse i Bilag 1: Kravspecifikation.

8.2.2. Pointskala og pointgivning

Ordregiver tildeler point på alle ovenstående underkriterier på en skala fra 0-100, hvor 0 er lavest og 100 er højest. Nedenfor beskrives hvordan Ordregiver tildeler point for hvert underkriterium.

Pris

Pris 1 (time) og pris 2 (fase) evalueres ud fra samme metodik. Den højeste pointscore gives til det billigste tilbud (100). Scoren på de øvrige tilbud beregnes relativt i forhold til det billigste tilbud. Dvs. hvis det billigste tilbud er kr. 1.000.000 og det næst billigste er kr. 1.200.000, så scorer det næst billigste tilbud 80. Tilbud der er mere end, eller dobbelt så dyre som det billigste tilbud tildeles 0 point.

Kvalitet og Funktionalitet

Der vil blive tildelt point individuelt for hvert Tilbud på en skala fra 0-100 baseret på en vurdering af kravopfyldelsesgrad og kravopfyldelseskvalitet (uddybende beskrivelse af kravopfyldelse) vurderet i forhold til ordregivers behovsbeskrivelse i kravspecifikationen, bilag 1. Det er muligt, at ingen Tilbud opnår maksimum point, og det er muligt, at to eller flere Tilbud opnår samme point for et underkriterium.

Samarbejde og Levering

Der vil blive tildelt point individuelt for hvert Tilbud på en skala fra 0-100 baseret på en vurdering af kravopfyldelsesgrad og kravopfyldelseskvalitet (uddybende beskrivelse af kravopfyldelse) vurderet i forhold til ordregivers behovsbeskrivelse i kravspecifikationen, bilag 1. Det er muligt, at ingen Tilbud opnår maksimum point, og det er muligt, at to eller flere Tilbud opnår samme point for et underkriterium.”

Ifølge punkt 9 ville tildelingen af konkrete ordrer ske ved miniudbud efter en i et bilag 3 til udbudsbetingelserne beskrevet procedure.

Mindstekrav ("MK") var ifølge udbudsbetingelsernes punkt 7 krav, som skulle opfyldes af alle tilbudsgivere, for at tilbuddet var konditionsmæssigt, og ønsker ("Ø") var konkurrencekrav/delkriterier, hvor graden af opfyldelse af ønsket indgik ved tilbudsevalueringen. Af kravspecifikationen fremgik følgende mindstekrav og ønsker (konkurrencekrav/delkriterier) til underkriteriet "Kvalitet og Funktionalitet":

»

Behov ID	Titel	Beskrivelse	Type af krav
3.1.	Nyhedsundersøgelsen (fase 1)	Nyhedsundersøgelsen skal indeholde en vurdering af opfindelsens patenterbarhed.	MK
3.2.	Nyhedsundersøgelsen (fase 1)	Sammen med afrapportering af nyhedsundersøgelsen, skal der indleveres en kommerciel vurdering af opfindelsen.	MK
3.3.	Kommerciel vurdering (fase 1)	Den kommercielle vurdering af opfindelsen skal indeholde: 1. Statistik på indleveringstendenser for en række relevante lande (f.eks. USA, Tyskland, England, Frankrig, Kina, Japan, Sydkorea, Indien, Brasilien og Rusland), herunder årstal og ansøgere, samt volumen af og tendensen for antal US og EP (såfremt andre lande er mere relevante, kan der efter aftale fraviges fra US og/eller EP) indleveringer. 2. En vurdering af mulige kravkategorier	MK
3.4.	Kommerciel vurdering (fase 1)	Såfremt den kommercielle vurdering indeholder flere elementer i de i krav 3.3 nævnte, vurderes dette positivt.	Ø
3.5.	Kommerciel vurdering (fase 1)	Såfremt den kommercielle potentialevurdering afgives under rådgiveransvar, vurderes dette positivt	Ø
3.6.	Kvalitet	DTU ønsker at tilføre den konkrete	Ø

		te opgave værdi, specielt de behov der er beskrevet under den kommercielle vurdering. Beskrivelse af hvorledes tilbudsgiver vil tilføre værdi vurderes.	
--	--	---	--

”

Til underkriteriet ”Samarbejde og Levering” var der en række mindstekrav og ét ønske (konkurrencekrav/delkriterium), som var:

”

Behov ID	Titel	Beskrivelse	Type af krav
4.11	Ressource	Ressourceindsatsen skal være dedikeret, således at personalet hos tilbudsgiver sikrer en optimal og effektiv tilgang til den konkrete opgave og løsning heraf. Beskrivelsen af hvorledes tilbudsgiver vil løfte opgaven, herunder allokering af junior og senior konsulenter vurderes.	Ø

Af COPAs tilbud under punkt 5 ”Tilbudsgivers uddybning af kravopfyldelse (tilbudsgiver kan henvise til bilag)” fremgår bl.a.:

”3.4...COPA kan efter aftale tillige levere en række yderligere relevante grafiske analyser af de patentskrifter som resulterer fra søgning herunder opfinder data, tekniske klassifikationer, nøgleordsanalyser og juridisk status – information som anses for værdifuld for at kvalitetssikre søgearbejdet samt for bedømmelse af opfinders/projekters kommercielle potentiale

3.5... COPA har fuld patentrådgiverforsikring

...”

Af AWAs tilbud under punkt 5 ”Tilbudsgivers uddybning af kravopfyldelse (tilbudsgiver kan henvise til bilag)” fremgår bl.a.:

”3.4... Ud over de nævnte elementer vil den kommercielle vurdering også indeholde en analyse af ”densiteten”, hvor vi ser på antallet af udstedte patenter i det relevante område (bedømt ud fra IPC/CPC klassificering). Dette vil give DTU et indtryk af dels mulige FTO issues, dels af mulige licensoptioner. ”Densiteten” kan også have indflydelse på myndighedens vurdering af opfindelseshøjde.

Endvidere kan aftales separat at konkurrenceidentifikation til opfindelsen samt en inkludering af time to proof of concept (poc) kan tilføjes vurderingen. Der kan i øvrigt løbende sammen med DTU udvikles yderligere objektive parametre af interesse.

3.5... Awa kan levere de specifikke ydelser nævnt under pkt. 3.4 ovenfor under rådgiveransvar, jf. General terms and conditions for Awapotent. Der kan være andre ydelser, som DTU ønsker, og som Awa kan levere, men i givet fald uden rådgiveransvar. Det kan fx dreje sig om subjektive vurderinger af en opfindelses kommercielle potentiale.

...”

Af Zaccos tilbud under punkt 5 ”Tilbudsgivers uddybning af kravopfyldelse (tilbudsgiver kan henvise til bilag)” fremgår ”se bilag 1A-1D”.

Af det vedlagte ”Bilag 1A: Kravspecifikation” fremgår bl.a.:

”Behov ID 3.4.-3.6.: Kommerciel vurdering og kvalitet under fase 1

Som det kan ses ud fra ovenstående beskrivelse af behov ID 3.1.-3.3., så indeholder statistikmodulet (ud over de påkrævede elementer i punkt 1 og 5) yderligere information under punkt 5 samt punkterne 2-4, som ikke er en del af kravene under behov ID 3.3.

Der vil yderligere blive tilført nyhedsundersøgelsen et nyt element med en kommerciel vurdering af opfindelsen dækket af vores ansvarsforsikring”

Som nævnt fremgik det af tildelingsbeslutningen af 17. november 2015, at delaftalerne ville blive tildelt som følger (i prioriteret rækkefølge):

<u>Delaftale 1: Life Science</u>	<u>Delaftale 2: Clean Tech</u>	<u>Delaftale 3: Øvrige</u>
Plougmann & Vingtoft A/S	Plougmann & Vingtoft A/S	Plougmann & Vingtoft A/S
Patentgruppen A/S	Patentgruppen A/S	Patentgruppen A/S
Høiberg A/S	Høiberg A/S	Høiberg A/S
COPA	Guardian IP Consulting I/S	COPA
Guardian IP Consulting I/S	AWA	Guardian IP Consulting I/S

Af DTU's evalueringsrapport fremgår blandt andet, at der blev tildelt point for opfyldelsen af (konkurrence)kravene til underkriteriet ”Kvalitet og Funktionalitet” og ”Samarbejde og Levering” med følgende bemærkninger:

	Kr av 3.4	Krav 3.4 bemærk- ninger	Krav 3.5 point	Krav 3.5 be- be-	Kr av 3.6	Krav 3.6 bemærk- ninger	Kr av 4.1	Krav 4.11 bemærk- ninger	Samlet point Kvalitet og Funktionalitet	Samlet po- int Samar- bejde og
--	-----------------	-------------------------------	----------------------	------------------------	-----------------	-------------------------------	-----------------	--------------------------------	---	--------------------------------------

	point			mærkninger	point		1 point			Levering
AWA	70	Densitet: Vurdering af om der er mange der har søgt på området. Tilkøb af time to proof of concept: Vurdering af hvor lang tid der går før opfindelsen 'virker'.	100	Afgives under rådgi-veransvar	70	Undersøger an-søgnings-trængsel.	50	Forventeligt. Altid EPA med i loopet.	80	50
Budde Schou A/S	50	Forventeligt. Rangorden af aktører. Statusop-lysninger på konkurrence ansøgninger.	100	Afgives under rådgi-veransvar	50	Forventeligt	50	Forventeligt.	66,67	50
COPA	60	Kan ud-føres efter aftale (beta-ling?).	100	Afgives under rådgi-veransvar	90	Lang li-ste. Erfaring m. licens-forhand-linger. Formidle kontakt til TTO (Tech. Transfer Office).	70	Ingen juni-or med.	83,33	70
Guardian IP Consulting I/S	80	Opfinde-res vur-dering i spørge-skema fra Guardi-an. Suppl. beskyt-telse (an-dre ret-tigheder en pa-tent). Behjæl-pelig med ud-færdigel-se af stra-tegi. FtO (Freedom to Opera-te).	100	Afgives under rådgi-veransvar. EPI.	50	Forventeligt.	70	Kun senior.	76,67	70
Højberg A/S	80	Disrupti-ons-vurdering (hvor ra-	80	Alle patent-faglige under	95	Rigtig god vær-ditilfør. beskri-	80	Altid 2 per-soner.	85	80

		dikal innovation er der tale om) Andre elementer ikke under ansvar (trækker ned); værdiforøg., marked, geografi, TTM (Time To Marked), regulering		ansvar, men forbehold for øko. + marked.		velse, inkl. trykprøveargument ved flere steder i processen (udstedelse; invalidering; licensforhandlinger; håndhæv./domstol).				
Patent-tent-gruppen A/S	80	Yderligere tjenester mulige. Bilag B omtaler tjenester der er standard (medtages u/b.)	100	Afgives under rådgiveransvar	70	Høj udstedelsesgrad (højere end middel). Egen statistik og kan læses på 2 måder (enten gode til ansøgninger, eller udfordre ikke system nok).	80	Fokus på samarbejde.	83,33	80
Plougmann & Vingtoft A/S	100	TTO a/s som partner. Lang proces er beskrevet. PoP, PoA, PoC (Proof of Principle, Application, Concept).	100	Afgives under rådgiveransvar	85	Uddannende element for opfindere.	70	Junior kontrolleres af senior.	95	70
Zacco	50	Opfindere leverer kommerciel vurdering, Zacco leverer statistik -> tror ikke på metoden.	50	Kommerciel vurdering af opfindelsen er dækket af ansvarsforsikring.	0	Der er ikke indleveret nogen beskrivelse -> intet at vurdere!	80	Samarbejde mellem junior og senior.	33,33	80

Zacco indgav den 27. november 2015 klage til Klagenævnet for Udbud og tog samtidig forbehold for at rejse krav om erstatning over for DTU. Påstand 1 drejede sig om bedømmelsen af tilbuddet fra Zacco efter underkrite-

riet om ”Kvalitet og Funktionalitet”. Efter anbringenderne vedrørte påstanden bedømmelsen i relation til konkurrencekravene 3.4, 3.5 og 3.6 til underkriteriet om ”Kvalitet og Funktionalitet”. Påstand 2 og 3 vedrørte en påstået fejlagtig bedømmelse af tilbuddet fra henholdsvis COPA og AWA ved at tillægge det positiv betydning ved evalueringen af krav 3.4 til underkriteriet om ”Kvalitet og Funktionalitet”, at DTU for COPA’s vedkommende kunne tilkøbe en kommerciel vurdering og for AWA’s vedkommende tilkøbe ydelser til ”proof of concept” under fase 1 mod ekstra betaling, idet det af udbudsbetingelserne fremgik, at priserne i fase 1 skulle være faste.

Af klageskriftet fremgår, at Zacco den 18. november 2015 havde henvendt sig telefonisk til den medarbejder hos DTU, som havde udarbejdet kravspecifikationen og stået for den kvalitative vurdering af tilbuddene. Det er endvidere oplyst, at der efter anmodning fra Zacco blev holdt et møde den 24. november 2015 mellem DTU og Zacco med henblik på at DTU kunne udbyde sin tilbudsevaluering, og at Zacco på mødet fik udleveret et dokument, som indeholdt evalueringen af selskabets tilbud med point og begrundelse for pointtildelingen. Det fremgår tillige, at selskabet efterfølgende fik udleveret den samlede evalueringsrapport med yderligere underliggende bedømmelser. DTU har oplyst tilsvarende om forløbet i svarskriftet i denne sag.

I DTU’s meddelelse af 10. december 2015 om annullation af tildelingsbeslutningen står der:

”Ordregiver har i stand-still perioden modtaget en klage over nærværende udbud. Klagen har medført, at ordregiver har gennemgået evaluering og tildeling af alle 3 delaftaler på ny. I den forbindelse har ordregiver konstateret, at evalueringen desværre er behæftet med uklarheder. På den baggrund har ordregiver valgt at tilbagekalde den udmeldte tildeling af 17. november 2015 for alle 3 delaftaler og foretage en fornyet gennemgang og evaluering af de indkomne tilbud.”

DTU meddelte den 17. december 2015, tilbudsgiverne, at Zacco havde trukket klagen tilbage, og at DTU ville benytte sig af en mulighed for at forlænge de eksisterende kontrakter, mens den fornyede evaluering fandt sted.

Som nævnt meddelte DTU den 1. april 2016, at DTU agtede at tildele rammeaftaler for de tre delaftaler således, at COPA ikke længere fik tildelt delaftale 1 og 3, og AWA ikke længere fik tildelt delaftale 2. I stedet fik Zacco

tildelt alle 3 delaftaler. De øvrige tilbudsgivere, som ville få tildelt rammeaftaler, var i øvrigt de samme som i henhold til den annullerede tildelingsmeddelelse.

Af DTU's rapport om den fornyede evaluering fremgår det om vurderingen af konkurrencekravene 3.4 - 3.6 til underkriteriet "Kvalitet og Funktionalitet" konkurrencekrav 4.11 til underkriteriet "Samarbejde og Levering":

"Vedr. krav 3.4 er det vurderet, hvad tilbudsgiver tilbyder ud over det i 3.3 nævnte. Dernæst er der givet point, således at substantielle tilføjelser, der vurderes at tilføre værdi for DTU og går ud over, hvad der enkelt kan trækkes ud fra statistikken under pkt. 3.3, udløser flere point end f.eks. flere parametre, der let kan trækkes i forbindelse med statistikken under pkt. 3.3. Sidstnævnte giver dog også point, blot markant færre.

Vedr. krav 3.5 har samtlige tilbudsgivere en "patentrådgiverforsikring", hvilket er forventeligt og udløser 50 point. Rådgiveransvar for så vidt angår elementer tilbudt af tilbudsgiveren i den kommercielle vurdering under pkt. 3.4, vurderes positivt af ordregiver.

Vedr. krav 3.6 er der lagt vægt på, hvorledes tilbudsgiver vil tilføre den enkelte opgave værdi, jf. beskrivelsen i kravspecifikationen. Generelle beskrivelser er vurderet lavere end konkrete tiltag for at højne kvaliteten i arbejdet for DTU.

...

Vedr. krav 4.11 er der lagt vægt på, hvorledes tilbudsgiver vil løfte opgaven, jf. beskrivelsen i kravspecifikationen. Hvis der er givet en konkret beskrivelse af en bestemt procedure, arbejdsmetode el. lign., som DTU vurderer, sikrer en optimal og effektiv tilgang til den konkrete opgave og dennes løsning, vurderes dette positivt. Generelle beskrivelser omhandlende f.eks. effektiviteten af sagsgangen hos tilbudsgiver vurderes moderat positivt, dvs. i lavere grad end førstnævnte."

Om den kvalitative evaluering fremgår. (Bemærkninger med nærmere begrundelse for pointtildelingen til visse af tilbudsgiverne, som af DTU er undtaget fra COPA og AWA's aktindsigt, er ikke medtaget i uddraget):

	Kr av 3.4 poi nt	Krav 3.4 be- mærkninger	Kr av 3.5 poi nt	Krav 3.5 bemærk- ninger	Kr av 3.6 poi nt	Krav 3.6 bemærk- ninger	Kr av 4.1 1 poi nt	Krav 4.11 bemærk- ninger	Samlet point Kvali- tet og Funk- tionali- tet	Samlet point Samar- bejde og Le- vering
AWA	70	Den kommer- cielle vurde-	70	Det vurde- res positivt,	55	Fortrinsvis en genel	70	Overordnet set forven-	65	70

		ring indeholder følgende elementer udover de i krav 3.3 nævnte: ... Yderligere objektive parametre kan tilføjes løbende. Elementerne vurderes at tilføje værdi for DTU i rimeligt omfang.		at de under pkt. 3.4 tilbudte elementer afgives under rådgiveransvar.		beskrivelse. Skulle angiveligt øge kvaliteten ved at bringe DTU et redskab (den kommercielle analyse) til at vurdere, om et projekt skal fortsætte. Derudover ingen særlig beskrevet procedure for, hvordan værdi tilføres den enkelte opgave.		telig besvarelse. Det vurderes positivt, at DTU får én kontaktperson, som er til rådighed for generelle spørgsmål. Altid EPA med i loopet. Det resterende: forventeligt.		
Budde Schou A/S	55	Rangorden af aktører vurderes positivt. Statusoplysninger på konkurrerende ansøgninger. Vurderes umiddelbart at kunne medtages i samme datatræk som elementerne i pkt. 3.3 uden særligt merarbejde for tilbudsgiver.	55	Det vurderes positivt, at de under pkt. 3.4 tilbudte elementer afgives under rådgiveransvar. Omfanget af yderligere tilbudte elementer - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - dog ret begrænset.	50	Udarbejdelsen af den kommercielle vurdering vil omfatte en dedikeret dialog om det emne med relevante kontaktpersoner hos DTU, hvilket vurderes som forventeligt. Derudover ingen særlig beskrevet procedure for, hvordan værdi tilføres den enkelte opgave.	55	Positivt at sager for DTU allokeres udelukkende til seniorkonsulenter. Derudover er ingen særlig beskrevet procedure til sikring af optimal og effektiv tilgang til den konkrete opgave og dennes løsning anført.	53,33	55
COPA	60	Yderligere ... tilbydes af de patentskrifter, som stammer fra søgning herunder ... Værdien af de yderligere ... vurderes at være begrænset.	60	Fuld patentrådgiverforsikring. Omfanget af yderligere tilbudte elementer - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - er dog begrænset.	60	Generel beskrivelse af tilbudsgivers ansatte konsulenter er vedlagt. Lang liste over konsulenters ekspertise- og erfaringsområder, hvilket som det står anført, ikke skønnes at gå ud over, hvad der kan forventes af et patentbureau på dette niveau. Det	60	COPA beskæftiger i øjeblikket ingen juniormedarbejdere. Ingen særlig beskrevet procedure til sikring af optimal og effektiv tilgang til den konkrete opgave og dennes løsning er anført.	60	60

						vurderes positivt, at beskrivelsen fremhæver vigtigheden af kvaliteten af kravformuleringer ift kommerciel anvendelse. Ingen særlig beskrevet procedure for, hvordan værdi tilføres den enkelte opgave.				
Guardian IP Consulting I/S	80	Analyse af ... muligheder for kommercialisering (vha. ... centrale markeder efter eget valg med henblik på at identificere mulige samarbejdspartnere. Vurdering af work-... om udarbejdelse af patentst... værdi. Anbefaling ang. ... om udarbejdelse af FTO vil ... Ovennævnte elementer vurderes meget positivt.	80	Det vurderes positivt, at alle de under pkt. 3.4 tilbudte elementer afgives under rådgiveransvar. Omfanget af yderligere tilbudte elementer under 3.4 - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - vurderes meget over middel.	50	Generel beskrivelse af de ansattes brede spektrum af erfaringer m.v., og at rådgivningen altid tilpasses den enkelte opgave, hvilket vurderes at være forventeligt. Ingen særlig beskrevet procedure for, hvordan værdi tilføres den enkelte opgave.	60	Alle DTU's opgaver vil blive varetaget af en seniorkonsulent. Ingen særlig beskrevet procedure til sikring af optimal og effektiv tilgang til den konkrete opgave og dennes løsning er anført.	70	60
Højberg A/S	100	1) ... 2) ... 3) ... 4) ... 5) ... 6) ... 7) ... 8) ... 9) ... 10) ... 11) ... 12) ... 13) ... 14) ... 15) ... 16) ... Ovennævnte elementer vurderes exceptionelt højt.	95	Elementerne 1-8 afgives under rådgiveransvar. Elementerne 9-16 afgives ikke under rådgiveransvar. Omfanget af yderligere tilbudte elementer 1-8 under 3.4 - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - vurderes exceptionelt højt.	90	Tilfører værdi ved angiveligt at have en kommerciel tilgang til arbejdet. Konkrete tiltag beskrevet, hvilket vurderes yderst positivt. I fase 1 identificeres på baggrund af nyhedsundersøgelsen bl.a. relevante samarbejdspartnere og potentielle konkurrenter, og det vurderes, hvordan	85	Konkret besvarelse - vurderet yderst positivt. Vil som hovedregel knytte 2 konsulenter (for sparring og backup) til hver sag, hvoraf mindst én vil ... står for strategi, kravsæt og teknisk effekt, mens ... laver det mere rutineprægede. Analyse af EESR, ISR og betænkninger fra nationale myndighe-	95	85

					opfindelsen vil passe ind i eksisterende produktporteføljer m.m. Dermed vurderes, om produktet vil tilføre markedet en kommercielt relevant værdi. I fase 2 skrives ansøgningen med en række krav (ni beskrevne), der sikrer en god beskyttelse af opfindelsen og et vist udviklingsrum. Kommercielt fokus holdes under analyse og rapportering af bl.a. EESR og ISRWO. I national fase: Hurtig og koncis rapportering inkl. anbefaling med kort vurdering af værdien af de ændrede krav. Høiberg udvælger selv udenlandske samarbejdspartnere for at sikre kvaliteten i national fase. Generelt: 2 patentrådgivere på hver sag. 2 rådgivere højner kvaliteten pga. sparring samt der er backup på den viden, der genereres i sagen. Teamet sammen sættes ud fra opga-	der foretages af ... med mindre der kun er få og enkle indvendinger fra myndighederne.		
--	--	--	--	--	---	---	--	--

						ven. Ved tværfaglige opfindelser kan udvælges konsulenter med to forskellige faglige profiler.				
Patent-gruppen A/S	60	Afsnit om ... medtages i nyhedsundersøgelsesrapport. Ekstra elementer ift. pkt. 3.3 er medtaget, men det drejer sig om flere parametre fra samme statistik ift. de i 3.3 angivne og vurderes derfor at kunne medtages i samme data-træk. Værdien af de yderligere grafiske præsentationer vurderes derfor at være begrænset.	60	Det vurderes positivt, at de under pkt. 3.4 tilbudte elementer yderligere afgives under rådgiveransvar. Omfanget af yderligere tilbudte elementer - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - er dog begrænset. Da udført kommerciel vurdering bygger på ... og da der ikke bruges ... den kommercielle vurdering i nyhedsundersøgelsesrapporteringen være omfattet af rådgiveransvar.	50	Forventelig besvarelse - lidt over middel. Generel beskrivelse af at Patentgruppen angiveligt er kendt for at tænke ud af boksen ift. udarbejdelsen af kravsæt. Positive statistikker ... nævnes som dokumentation, hvilket dog ikke entydigt kan tolkes som et kvalitetsstempel, da omfanget af et udstedt krav er essentielt for værdien. Ingen særlig beskrevet procedure for, hvordan værdi tilføres den enkelte opgave.	80	Overordnet set en konkret besvarelse med en positiv tilgang til ressourcenindsatsen, hvilket vurderes meget over middel. Teambaset, ikke ... hvilket skulle styrke arbejdet på tværs og tilsikre, at opgaven løses tilfredsstillende. ... arbejder under ... som er sagsansvarlige. Interne guidelines for sagsbehandling, som dog ikke er specificeret. ... ansøgninger foretages af et team af Patentgruppens faglige partnere for at sikre høj kvalitet og ensartethed i arbejdet.	56,67	80
Plougmann & Vingtoft A/S	90	Besvarelse, der tilføjer substantielle elementer med værdi for DTU - vurderes exceptionelt. Der skelnes mellem tre begreber: Proof of Principle, Proof of Application og Proof of Concept. Patentkonsulenten søger ved første møde med opfinder at afdække den	90	Alle elementer under pkt. 3.4 afgives yderligere under rådgiveransvar. Omfanget af yderligere tilbudte elementer under 3.4 - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - vurderes exceptionelt højt.	90	Kun konsulenter med minimum 4 års erfaring vil arbejde alene for DTU. Det vurderes yderst positivt, at konkrete tiltag er beskrevet, såsom: P&V har en udførlig intern guideline "Guideline til udarbejdelse af patenterbar-	80	Konkret besvarelse - vurderet meget over middel. Der er udnævnt én Key Account Manager (KAM) for DTU hos P&V. Sager fra DTU håndteres af et fast team af konsulenter og en sagskoordinator. Nye personer vil	90	80

		kommercielle vurdering af opfindelsen med henblik på at placere opfindelsen i én af de tre kategorier (PoP, PoA eller PoC). Dernæst søges afdækket, hvem en mulig aftager kan være og dernæst, hvad der skal til for at aftagerne vil være interesseret i opfindelsen (PoC). Spørgsmål om, hvorvidt en opfindelse er ... en ... antallet af ansøgning, eller meget få ansøgninger, er indikativ for en ... endelige vurdering af opfindelsen.				hedsvurdering for DTU", som løbende opdateres. Denne guideline gennemgås med alle konsulenter, der laver arbejde for DTU. P&V har egen ... under 3.4 vurderes af P&V at have et uddannende element ... som en succes, hvis en opfinder selv ...		blive lært op af KAM eller sagskoordinator. P&V tilsigter at holde den samme patentkonsulent på sagen gennem hele dens levetid af hensyn til kosteffektiviteten. Delelementer kan udføres af junior-konsulent. Juniorkonsulenter overvåges altid af seniorkonsulenter. Særligt patentkravene og strategi ifm. besvarelser udsættes for kvalitetstjek fra seniorkonsulent.		
Zacco	60	Ekstra elementer ift. pkt. 3.3 er medtaget, men det drejer sig om flere parametre fra samme statistik ift. de i 3.3 angivne og vurderes derfor umiddelbart at kunne medtages i samme datatræk. Derudover tilbydes kommerciel vurdering af opfindelsen baseret på IP-statistikken (fra pkt. 3.3) samt svar fra opfinderne baseret på et spørgeskema omhandlende det eksisterende marked og aktiviteten. Opfindernes svar bedømmes og vægtes. Det er dog ikke klart, hvem	60	De under pkt. 3.4 angivne elementer er omfattet af Zaccos ansvarsforsikring. Omfanget af yderligere tilbudte elementer - og dermed også omfanget af rådgiveransvaret - er dog begrænset.	40	Opfyldelsen af pkt. 3.6 er ikke uddybet særskilt, og besvarelsen fremstår derfor ikke konkret. Et samlet afsnit er angivet til at dække Behov ID 3.4-3.6. Det er derfor vanskeligt at se, præcis hvad tilbudsgiver anfører som relevant for uddybnin-gen af den-ne kravopfyldelse. Det angives i det samlede afsnit, at DTU vil få tilført unik værdi baseret på såvel subjektiv som objektiv vurdering af det kommerci-	65	Forventelig besvarelse - lidt over middel. Of-test 2 konsulenter på hver opgave. Altid 2 konsulenter på kravsat-tet ved ud-arbejdelse af patentan-søgning. Hvis juni-orkonsu-lent, bliver seniorkon-sulent altid tilknyttet for at sikre kvaliteten.	53,33	65

		der foretager denne bedømmelse og vægtning og på hvilken konkret basis. Der nævnes desuden en vægtning af IP-statistikken, men her er det ligeledes uklart, hvordan denne vægtning foretages. Værdien af de yderligere parametre vurderes derfor overordnet set at være begrænset.				elle potentiale. Derudover ingen særlig beskrevet procedure for, hvordan værdi tilføres den enkelte opgave.				
--	--	--	--	--	--	---	--	--	--	--

Den fornyede evaluering førte samlet set til, at Zacco og Høiberg A/S fik flere point end ved evalueringen i november 2015, medens de øvrige tilbudsgivere fik færre point.

COPA og AWA anmodede efter modtagelsen af tildelingsmeddelelsen begge om aktindsigt i forløbet efter den første tildeling af 17. november 2015 og anmodede tillige om en nærmere begrundelse for det anderledes udfald. De modtog herefter ved et betydeligt antal e-mails af 7. april 2015 begge aktindsigt fra DTU i en række dokumenter, herunder blandt andet evalueringsrapporten som lå til grund for tildelingen den 17. november 2015, klagen fra Zacco til klagenævnet inkl. bilag, tilbuddene fra Zacco og de øvrige tilbudsgivere og evalueringsrapporten, som lå til grund for tildelingsbeslutningen af 1. april 2016 (i det udleverede var de oplysninger, som DTU havde vurderet var undtaget fra aktindsigt, overstreget). Der er ikke i materialet referater af møder eller telefonsamtaler mellem DTU og Zacco i perioden fra den 17. november 2015 og fremefter.

I et brev til COPA af 7. april 2016 forklarede DTU de foretagne begrænsninger i aktindsigten. DTU oplyste herudover, at annullationen af tildelingsbeslutningen af 17. november 2015, jf. meddelelsen herom af 10. december 2015, skyldtes, at evalueringen var behæftet med uklarheder, og oplyste, at DTU derfor havde evalueret alle tilbuddene igen, ”specielt med fokus på tilbudsgivernes besvarelser af kravspecifikationen. Krav 3.4, 3.5, 3.6 og 4.11 har således fået tildelt point på ny. Forskellen og begrundelsen skal

således findes i point og bemærkninger til disse point. Denne proces resulterede i en ny evalueringsrapport, hvor forløbet står beskrevet”.

DTU har om begrundelsen for at annullere den første tildelingsbeslutning i svarskriftet yderligere oplyst:

”Foranlediget af klagen fra Zacco gennemgik DTU den foretagne evaluering på ny, og måtte konstatere, at evalueringen var behæftet med uklarheder på flere punkter.

Uklarhederne bestod generelt i, at DTU ikke i forbindelse med evalueringen havde overvejet og fastlagt de nærmere rammer for vurderingen af de enkelte underkriterier. Dette bevirkede, at det ikke kunne udelukkes, at der generelt i evalueringen var lagt vægt på forhold, der ikke naturligt fulgte af kravspecifikationens angivelser for evalueringen, ligesom der var risiko for, at DTU ikke stringent havde vurderet ens forhold lige.

Konkret var der fejl og uklarheder i DTU's evaluering af krav 3.4, hvor DTU havde tillagt visse besvarelser positiv vægt i strid med, hvad der var angivet herom i udbudsbetingelsernes pkt. 8 og evalueringen af krav 3.5, hvor der reelt var givet forskellige karakterer for ens besvarelser.
...

Det er desuden oplyst, at gennemgangen af evalueringen blev foretaget af DTU's advokat.

DTUs evaluering forud for den første tildelingsbeslutning blev foretaget af Preben Kjær Kristensen. I en mail af 3. december 2015 til DTU har han bl.a. anført:

”Hvad angår 3.4, så har vi her valgt at tillægge det lav værdi, at opfinderne skal levere den kommercielle vurdering af opfindelsen. Vi ser gang på gang, at opfinderne har svært ved dette, og derfor er der tillagt stor værdi, at tilbudsgiverne kan foretage sig noget af dette. COPA har listet en række ydelser, som yderligere kan bruges til at vurdere opfindelsen. Det er uklart, om der skal betales for disse, hvorfor vi er endt på 60%. Hvad angår Awapatent, har de nævnt en densitetsundersøgelse, samt endvidere - efter aftale og efter vores opfattelse derfor mod betaling - en analyse af, hvor hurtigt det vil gå, til en opfindelse kan være bevist at virke ("proof of concept"). Dette er af værdi, og tilsammen er de to forslag scoret til 70%

Fsv. angår 3.5, har Zacco fået 50%. De nævner ikke deres forsikring med et ord, og vi har derfor givet dem 50%, selv om man kan argumentere for, at de skulle have 0%, da der ikke er skrevet noget under "fristildelen". De fik dog 50%, da vi valgte at tilgodese dem på området.

For 3.6 har vi[] givet Zacco 0%, da de intetsteds under 3.4 - 3.6 nævner kvalitet. Awapatent vil ud over den rent patentmæssige vurdering også lave en analyse af det kommercielle potentiale for en opfindelsen, herunder som nævnt trængselsanalyse og kravtypeanalyse. Copa har en lang liste over deres muligheder for at levere kvalitet og scorer derfor meget højt (90%). Specielt blev det tillagt værdi, at værdiansættelse, licensforhandlingserfaring og TTO-netværk nævnes af COPA.

Mere alment har vi tillagt lav værdi til udsagn, som ikke har stået under det relevante afsnit. Mao., er der under afsnit 3.5 ikke nævnt noget under emnet "kommerciel vurdering", men andetsteds i det afleverede dokument, er sådanne udsagn tillagt lav værdi. Hvis ikke tilbudsgiver kan nævne de relevante forhold under det relevante emne, kan det dårligt være DTU's problem.

Zacco har givetvist også erfaring indenfor en række af de områder, som er nævnt ovenfor, men da der ikke er nævnt noget under f.eks. 3.4 - 3.6, kan vi ikke tillægge det (stor) værdi. Zacco klarer fint 4.11, hvor de forklarer, hvordan en junior- og en seniorpatentagent arbejder sammen om at sikre en god ressource-allokering.”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

COPA og AWA har gjort gældende, at det hverken er dokumenteret eller sandsynliggjort, at der er begået sådanne tilstrækkelige væsentlige fejl ved evalueringen forud for tildelingen den 17. november 2015, at DTU kunne tilbagekalde tildelingsbeslutningen. En ordregiver har, efter tildelingsbeslutningen er meddelt tilbudsgiverne, ikke et frit skøn over, om der forelå fejl ved den foretagne evaluering. En konstateret mindre fejl, hvis berigtigelse ikke vil kunne ændre tildelingsbeslutningen, kan således ikke retfærdiggøre DTU's tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen.

For at der kan konstateres at foreligge en fejl, som kan retfærdiggøre tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning, må der stilles krav om, at fejlen objektivt lader sig identificere.

Forestillede man sig, at man indrømmede ordregiver ret til – efter at tildelingsbeslutning er meddelt – på subjektivt grundlag at skønne, at der foreligger fejl i udbuddet, ville det i vidt omfang være frit for ordregiver at omgøre allerede meddelte tildelingsbeslutninger. Den oprindeligt kontraktvindende tilbudsgiver ville i denne situation stå uden reel mulighed for at efterprøve, om der faktisk forelå fejl ved udbuddet. Herved ville man helt have udhulet de i praksis opstillede betingelser for, hvornår en tildelingsbeslutning kan tilbagekaldes, jf. kendelsen af 26. maj 2010 M.K. Riisager Transport A/S mod Hjørring Kommune.

Endvidere ville en sådan retstilstand for aktørerne i udbudssager være, at den kontraktvindende tilbudsgiver ikke i nævneværdig grad ville kunne indrette sin virksomhed efter en positiv tildelingsbeslutning, men i det hele måtte afvente den egentlige kontraktindgåelse. Dette må antages at have en forsinkende – og dermed samfundsskadelig - virkning på en lang række offentlige udbud.

I denne sag er der som anført ingen objektiv indikation på, at der forelå relevante fejl i den første evaluering vedrørende krav id 3.4, 3.5. og 3.6.

Uden objektiv konstatering af relevante fejl af en sådan væsentlighed, at fejlen(e) kan have haft betydning for tildelingsbeslutningen, er betingelserne for tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 ikke opfyldt.

Det bør bevismæssigt komme DTU til skade, at der ikke foreligger yderligere notater, møde-referater, interne e-mails mv. til støtte for de af DTU påståede fejl, og at DTU ikke kan gøre rede for på hvilket grundlag, at DTU efter 3. december 2015, under pres fra Zacco, ændrede sin vurdering af den oprindelige evaluering.

Da det ikke i meddelelsen om annulation af tildelingsbeslutningen er nærmere oplyst, hvad det er, som har ført til annulation, må det lægges til grund, at det er det, som Zacco klagede over den 27. november 2015, som var årsag til, at DTU besluttede at annullere. De forhold, som Zacco støttede sin klage på, kan imidlertid ikke begrunde, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Ad pointtildelingen vedrørende krav id 3.4 ved tildeling 1

I november 2015 evaluerede DTU AWA's opfyldelse af krav 3.4 til 70 point og COPA's opfyldelse af kravet til 60 point. Ved den fornyede evaluering tildelte AWA og COPA samme pointtal. Det samlede skøn, som DTU foretog i november 2015, blev således fastholdt i marts 2016 og var derfor ikke samlet set udtryk for en fejl i november-evalueringen, som havde betydning for tildelingsbeslutningen.

Det fremgår ikke af evalueringsrapporten, at DTU i forhold til AWA har lagt til grund, at "time to proof ..." -analysen ville medføre krav om ekstrabetaling. Det fremgår heller ikke, at DTU i forhold til COPA har lagt til grund, at der ville blive stillet krav om ekstra betaling, idet der i tvivlstilfælde må gælde en formodnings- eller fortolkningsregel om, at tilbud afgives udbudskonformt. Den anførte pointtildeling fremstår således ikke fejlagtig.

I november 2015 evaluerede DTU Zaccos opfyldelse af krav 3.4 til 50 point. Der foreligger ikke oplysninger i sagen som sandsynliggør, at skønnet er fejlagtigt. Under den fornyede evaluering fandt DTU da også fortsat Zaccos model uklar og af begrænset værdi. Alligevel forhøjede DTU i marts 2016 de tildelte point fra 50 til 60 point. En så forholdsvis beskeden justering har karakter af unødvendig og usaglig "bessermachen" af det oprindeligt lovligt udøvede skøn i november 2015. Det oprindelige lovligt udøvede skøn kan ikke på denne måde efterfølgende frit omgøres. Det kan formentlig lægges til grund, at Zaccos uddybning af kravopfyldelsen for DTU har været vanskelig at vurdere, fordi Zacco havde lavet et samlet dokument, benævnt bilag 1A, som under ét punkt rummede en samlet beskrivelse af krav id 3.4 – 3.6

Det fremgår af Preben Kjær Kristensens mail af 3. december 2015, at han og dermed DTU ved den oprindelige evaluering var fuldt ud opmærksom på, at det var problematisk, hvis der blev krævet ekstrabetaling vedrørende ydelserne i krav id 3.4. Preben Kjær Kristensen tillagde det stor værdi i både COPA og AWA's besvarelser, at det ikke er opfinderne, men derimod patentrådgiverne, som skulle levere den kommercielle vurdering af opfindelsen. Preben Kjær Kristensen fandt, at det var uklart om COPA ville kræve ekstrabetaling for sine ydelser. Dette trak ned i vurderingen. Det lå inden for Preben Kjær Kristensens og dermed DTU's vide skønssrammer at nøjes

med et mindre fradrag i anledningen at uklarheden omkring ekstrabetaling vedrørende krav id 3.4.

Det afgørende er, at Preben Kjær Kristensen i sit skøn har været opmærksom på, at der vedrørende ydelser beskrevet i krav id 3.4 ikke burde stilles krav om ekstrabetaling, at Preben Kjær Kristensen har vurderet, om der i COPA og AWAs beskrivelser blev stillet krav om ekstrabetaling, og at Preben Kjær Kristensen har indrettet sin pointtildeling herefter.

Det var ikke tilsigtet, at der i COPA og AWAs tilbud vedrørende krav id 3.4 skulle indfortolkes krav om ekstrabetaling, men det medgives Preben Kjær Kristensen, at formuleringerne ”kan efter aftale” og ”endvidere kan aftales separat” inden for DTU’s vide skønssamme kunne give anledning til tvivl. Det ville imidlertid være paradoksalt, hvis en for negativ evaluering af COPA og AWA’s besvarelse af krav id 3.4 – som samlet set medførte en tildelingsbeslutning til gunst for COPA og AWA – skulle være årsag til tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen, hvorefter COPA og AWA i den følgende evaluering ikke fik tildelt rammeaftale. COPA og AWA har derfor gjort gældende, at alene COPA og AWA er klageberettiget vedrørende de dele af den oprindelige evaluering, hvor COPA og AWA evt. har fået tildelt for få point, dvs. vedrørende krav id 3.4.

For så vidt angår krav id 3.4 fremstår der således ikke nogen relevante fejl ved den oprindelige evaluering.

Ad pointtildelingen vedrørende krav id 3.5 ved tildeling 1

I november 2015 evaluerede DTU Zaccos opfyldelse af krav 3.5 til 50 point med begrundelsen: ”Kommerciel vurdering af opfindelsen er dækket af ansvarsforsikring”. De tilbudsgivere, som i deres tilbud uden forbehold havde anført, at den kommercielle vurdering afgives under rådgiveransvar, fik tildelt 100 point. Zacco havde i sit tilbud ikke uden forbehold anført, at den kommercielle potentialevurdering afgives under rådgiveransvar. Selskabet havde derimod anført, at ”kommerciel vurdering af opfindelsen er dækket af ansvarsforsikring”. Da rådgiveransvar i udgangspunktet er ubegrænset, mens en forsikringsdækning er afhængig af forsikringspolicens bestemmelser, er det sagligt og korrekt, at der er givet færre point til Zacco end til blandt andet COPA og AWA, som i deres tilbud havde anført, at den kommercielle rådgivning blev afgivet under rådgiveransvar henholdsvis ”fuld”

rådgiverforsikring. Der var således nuanceforskelle i AWA, COPA og Zaccos beskrivelser. Hvis Preben Kjær Kristensen ikke havde ladet nuanceforskellene i tilbudsgivernes besvarelser vedrørende ansvar og forsikring resultere i forskellig pointtildeling, havde han fejlagtigt bedømt ulige besvarelser lige.

I forhold til krav ID 3.5 har der derfor heller ikke været fejl i DTU's oprindelige evaluering. Derimod mangler der stringens og saglig begrundelse i DTU's fornyede evaluering af dette punkt.

Ad pointtildelingen vedrørende krav id 3.6 ved tildeling 1

I november 2015 evaluerede DTU Zaccos opfyldelse af krav 3.6 til 0 point med følgende begrundelse: "Der er ikke indleveret nogen beskrivelse -> intet at vurdere". Zacco havde ikke i selve punktet i sin udfyldte kravspecifikation beskrevet opfyldelsen af krav 3.6, men alene henvist til "bilag 1A-1D". Bilag 1A i tilbuddet har en overskrift benævnt "Behov ID 3.4.-3.6.", men det fremgår ikke tydeligt af teksten i dette afsnit, hvilke dele af beskrivelsen som relaterer sig til de enkelte krav i kravspecifikationen. Det har derfor formentlig været uklart for DTU ved den første evaluering, om Zacco havde givet relevante oplysninger vedrørende kravet. Zacco bærer risikoen for, at Zacco ikke udarbejder tilbudsmateriale med samme grad af tydelighed som de øvrige tilbudsgivere. Det er derfor ikke åbenlyst, at DTU første evaluering var fejlagtig. Dertil kommer, at det af udbudsbetingelsernes pkt. 7.1.2 fremgår, at manglende besvarelse af ønsker, ville blive betragtet som om, at ønsket ikke var opfyldt. Dette var gentaget i pkt. 1 til kravspecifikationen. Zacco havde som eneste tilbudsgiver valgt ikke at udfylde pkt. 5 i kravspecifikationen med andet end en henvisning til et bilag, hvilket bilag indeholdt en samlet beskrivelse af pkt. 3.4 – 3.6. I denne samlede beskrivelse var det ikke umiddelbart muligt at udlede noget særskilt om kvalitet. Det fremstår derfor ikke som en klar fejl, at DTU ved tildeling 1 gav Zacco 0 point vedrørende krav id 3.6.

Hvis klagenævnet imidlertid finder, at der på dette punkt foreligger en evalueringsfejl – eller "uklarhed" som forholdet benævnes i DTU's efterfølgende evaluering – er der ikke tale om en fejl, som har haft betydning for DTU's tildelingsbeslutning i november 2015, idet denne mulige fejl ikke vil kunne få så stor betydning for pointtildelingen, at det ville forrykke stillingen mellem tilbudsgiverne. De point, Zacco muligt ville kunne deldeles på

dette punkt vil således ikke have bragt Zacco i nærheden af de samlede 69,05 point, som Zacco som minimum skulle have haft for at være blandt de tilbudsgivere, som ville kunne komme i betragtning til nogen af delaftalerne. Fejlen havde dermed ingen betydning for udfaldet af udbuddet og kunne derfor ikke begrunde en annulation af tildelingsbeslutningen.

Bortset fra evalueringen af Zaccos tilbud i relation til krav 3.6 fremstår DTU's evaluering i november 2015 således som saglig, konsekvent og overensstemmende med udbudsbetingelserne. På den baggrund og da der ikke fra DTU's side foreligger en begrundet redegørelse for, på hvilke punkter DTU's evaluering var fejlbehæftet i en sådan grad, at tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 var påkrævet, var der ikke fornødent grundlag for at tilbagekalde tildelingsbeslutningen. Den reelle begrundelse synes da også at have været klagen til klagenævnet fra Zacco og det varslede erstatningskrav.

Zacco har efter udløb af tilbudsfristen uddybet og fortolket på sit og de øvrige tilbudsgiveres tilbud under telefonsamtalen den 18. november 2015, på mødet den 24. november 2015 og ved Zaccos klage af 27. november 2015. Klagen må således antages at have indgået i og påvirket evalueringen, jf. også henvisningen til klagen i meddelelsen om annulation af tildelingen. Herved har der reelt fundet en forhandling sted efter tilbudsfristens udløb i strid med forhandlingsforbuddet. Da kun Zacco, men ikke de øvrige tilbudsgivere, har påvirket DTU efter tilbudsfristens udløb, er der også af denne grund sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

I mangel på oplysning herom og henset til den markant bedre bedømmelse, som Zacco opnåede ved den fornyede evaluering, må det endvidere lægges til grund, at der frem til og i forbindelse med den fornyede evaluering har været yderligere kommunikation mellem DTU og Zacco. Zaccos adgang til at påvirke DTU strider mod ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Den omstændighed, at COPA og AWA ikke har indsigt i den fulde kommunikation mellem Zacco og DTU, indebærer desuden en tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet. Der er ikke med tildelingsmeddelelsen af 1. april 2016 givet nogen begrundelse for, hvorfor den fornyede evaluering faldt anderledes ud end november-evalueringen. Pointtildelingen ved den fornyede evaluering er ganske vist selvstændigt begrundet, men det er ikke muligt at udlede, hvorfor DTU har evalueret de enkelte punkter anderledes end tidligere. Dette er i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Betingelserne for, efter at have annulleret den oprindelige tildelingsbeslutning at foretage en ny evaluering i stedet for at udbyde opgaven på ny, er ikke opfyldt, jf. om disse betingelser klagenævnets kendelse af 10. marts 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet. Der er således ikke tale om f.eks. en let konstaterbar, manglende opfyldelse af udbudsbetingelserne, men derimod om justering på den konkrete evaluering af de enkelte tilbud, som foretages på baggrund af en detaljeret argumentation fra én af tilbudsgiverne, Zacco Denmark A/S. Dette er klart er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Efter at tildelingsbeslutningen er meddelt indsnævres ordregivers mulighed for at omgøre sit skøn. Tilsvarende udvides klagenævnets mulighed for at prøve, om det kan konstateres, at der er begået en fejl. Kernen i klagen er således ikke, om det skøn, som DTU udøvede ved evalueringen i marts 2016, er lovligt, men om der dokumenterbart kan konstateres fejl ved DTU's skøn i november 2015.

DTU har gjort gældende, at der intet belæg er for, at der skulle være foretaget forhandlinger i strid med ligebehandlingsprincippet under dialogen med Zacco, der i det hele skete med henblik på opfyldelse af DTUs pligter efter udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, til på anmodning at give tilbudsgiverne en uddybende begrundelse. Når anmodningen om uddybende begrundelse kommer i standstill-perioden, er det desuden god forvaltningsskik at efterkomme anmodningen inden for denne periode. At DTU ud over den mundtlige tilbagemelding har udleveret selve evalueringsrapporten, indebærer heller ikke en overtrædelse af hverken forhandlingsforbuddet, ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet. Ordregiveren er i henhold til udbudsdirektivets artikel 43 forpligtet til at udarbejde en sådan evalueringsrapport. Rapporten er offentlig tilgængelig i overensstemmelse med reglerne om offentlighed i forvaltningen. Hverken dialogen med Zacco eller udleveringen af evalueringsrapporten indebærer dermed en overtrædelse af forhandlingsforbuddet. Den klagesag, som Zacco valgte at indbringe for klagenævnet, drejede sig grundlæggende om DTU's evaluering af Zaccos tilbud for så vidt angik de kvalitative kriterier. Når en ordregiver, her DTU, modtager en klage, er det standardprocedure, at hele udbudsprocessen gennemgås ikke blot i relation til de rejste klagepunkter, men med henblik på at vurdere, om der i øvrigt er begået fejl i udbudsprocessen, der bør korrigeres. Det er således ikke nødvendigvis alle kritisable forhold, som er angivet i

klagen. DTU's advokats gennemgang viste, at DTU ikke havde fastlagt de nærmere rammer for vurderingen af underkriterierne, og DTU havde ikke stringent vurderet ens forhold lige i følgende tilfælde:

Ad pointtildelingen vedrørende krav id 3.4 ved tildeling 1

Ved evalueringen i henhold til krav ID 3.4 kunne DTU alene tillægge elementer udover de i krav 3.3 nævnte positiv vægt. Da tilbudsgiverne i henhold til udbudsmaterialets bilag 2 "Priser" skulle angive en fast pris for fase 1, skulle yderligere elementer, der kunne tillægges positiv vægt i relation til krav 3.4, være indeholdt i den faste pris. DTU var dermed ikke berettiget til at tillægge elementer, som tilbudsgiverne krævede ekstrabetaling for, positiv vægt i vurderingen, medmindre tilkøbsprisen blev tillagt den tilbudte pris. Var der ikke angivet en tillægspris, kunne elementet således ikke indgå i evalueringen af krav 3.4.

DTU vurderede under den første evaluering, jf. mailen af 3. december 2015 fra Preben Kjær Kristensen, at formuleringerne "kan efter aftale" og "endvidere kan aftales separat" var forbehold for ekstra betaling for disse elementer. Elementerne indgik til trods herfor med en positiv vægt i evalueringen af tilbuddene fra COPA og AWA. Denne evaluering var problematisk og fejlbehæftet i to henseender. For det første var fortolkningen af udtrykkene "kan efter aftale" og "[e]ndvidere kan aftales separat" som krav om ekstrabetaling nok at gå for vidt. For det andet kunne DTU ikke, når DTU (fejlagtigt) anlagde en sådan forståelse af tilbuddene, inddrage de tilbudte ydelser positivt i evalueringen af tilbuddene, når der ikke var angivet en tillægspris for tilkøbene. Ved den fornyede evaluering blev der rettet op på forholdet ved, at DTU fastlagde, at de nævnte bemærkninger ikke kunne fortolkes som et prisforbehold. Pointene blev herefter fastholdt.

Ad pointtildelingen vedrørende krav id 3.5 ved tildeling 1

For så vidt angår evalueringen af krav 3.5 fandt DTU, at ens forhold var bedømt forskelligt. COPA og Zacco havde således begge henvist til deres forsikring, men DTU vurderede alligevel de to besvarelser forskelligt i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2. Hertil kom, at DTU havde vurderet COPA's udsagn om forsikring lige så højt som AWA's tilkendegivelse om rådgiveransvar, selvom forsikring og tilsagn om rådgiveransvar i princippet ikke er det samme.

Evalueringen var dermed også fejlbehæftet for så vidt angik krav 3.5. Ved den fornyede evaluering blev kravet specificeret således, at tilsagn om forsikring udløste 50 point, medens de sidste 50 point kunne tildeles alt efter graden af tilbudt rådgiveransvar, for så vidt angår elementer tilbudt i den kommercielle vurdering under krav 3.4, hvilket førte til en mere stringent pointgivning.

Ad pointtildelingen vedrørende krav id 3.6 ved tildeling 1

Udgangspunktet i udbudsretten er, at uklarheder og upræcisheder i et tilbud tolkes mod tilbudsgiveren. Tilbudsgiveren må ikke få en fordel i vurderingen ved at have angivet et upræcist svar. Vurderingen af Zaccos tilbud for krav id 3.6 var åbenlyst forkert, da der var medsendt beskrivelse. Beskrivelsen var blot ikke særlig klar.

DTU kunne ikke udelukke, at den fejlbehæftede evaluering havde haft betydning for selve tildelingen, idet de fejlbehæftede evalueringer angik mere end blot én tilbudsgiver. Dertil kom, at det ikke var muligt for DTU at rette op på den fejlbehæftede evaluering for krav 3.4, 3.5 og 3.6 uden at tilbagekalde tildelingen og foretage en fornyet evaluering af samtlige indkomne tilbud.

Da evalueringen, der lå til grund for den første tildelingsbeslutning, dermed ikke var foretaget i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, valgte DTU at tilbagekalde beslutningen og foretage en fornyet gennemgang og evaluering af de indkomne tilbud. DTU har i den forbindelse ikke været forpligtet til alene at foretage en fornyet evaluering af krav 3.6. Der var således saglige grunde til at ændre evalueringen også på andre punkter. Konsekvensen af en fornyet evaluering er, at evalueringsprocessen genoptages, og ordregiveren ”fritstilles” til at foretage en ny evaluering, hvor de fejlbehæftede elementer elimineres. Ordregiver er i denne situation således ikke bundet af den tidligere evaluering. Den fornyede evaluering gennemføres på sine egne præmisser ud fra de i udbudsmaterialet opstillede kriterier. Da fejlene under den første evaluering angik selve rammerne for DTU’s skøn, var DTU berettiget og forpligtet til at foretage en fornyet evaluering af samtlige berørte elementer i evalueringen. DTU’s fornyede evaluering af alle tilbud på alle de kvalitative parametre var dermed i fuld overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

For at hindre, at der under den fornyede evaluering blev lagt vægt på forhold, der ikke naturligt fulgte af kravspecifikationens angivelser for evalueringen, fastlagde DTU udtrykkeligt de nærmere rammer for vurderingen af de enkelte underkriterier (rammerne for DTU's skøn), jf. det som anføres i indledningen til evalueringsrapporten. Dette førte til en regulering af størstedelen af de tildelte point.

De krav, der stilles i klagenævnets praksis for, at en ordregiver kan tilbagekalde en tildelingsbeslutning for herefter at foretage en fornyet evaluering og træffe en ny tildelingsbeslutning var således opfyldt.

DTU har ikke skønnet frit ved vurderingen af hvorvidt den første evaluering var fejlbehæftet eller ej. Da DTU blev mødt med indsigelser fra Zacco mod tildelingen af 17. november 2015 antog DTU advokat til at gennemgå de opstillede evalueringskriterier, de afgivne besvarelser og den foretagne evaluering for på baggrund heraf at vurdere, hvorvidt der var begået fejl i forbindelse med evalueringen, der kunne have haft betydning for tildelingen. I denne proces blev den foretagne evaluering og de i evalueringsrapporten angivne begrundelser for vurderingen drøftet mellem DTU og universitetsadvokat. Preben Kjær Kristensen blev anmodet om at uddybe evalueringen og de i evalueringsrapporten givne begrundelser.

Preben Kjær Kristensens mail af 3. december 2015 understøttede, at der i forbindelse med Evaluering 1 blev begået fejl som betød, at den foretagne evaluering ikke holdt sig inden for rammerne af de af DTU offentliggjorte tildelingskriterier. Det fremgår således af mailen, at DTU havde tillagt det negativt værdi ved vurderingen af COPA og AWAs tilbud vedrørende krav ID 3.4, at "det var uklart om der skulle betales for disse (læs ydelserne)" og "efter aftale og efter vores opfattelse derfor mod betaling". Det fremgår videre, om Zaccos besvarelse af krav 3.5, at "De (Zacco) nævner ikke deres forsikring med et ord, om Zaccos besvarelse af krav 3.6, at "har vi givet Zacco 0, da de intetsteds under 3.4 - 3.6 nævner kvalitet" og om evalueringen generelt, at "Mere alment har vi tillagt lav værdi til udsagn, som ikke har stået under det relevante afsnit. Med andre ord, er der under afsnit 3.5 ikke nævnt noget under emnet "kommerciel vurdering", men andetsteds i det afleverede dokument, er sådanne udsagn tillagt lav værdi. Hvis ikke tilbudsgiver kan nævne de relevante forhold under det relevante emne, kan det dårligt være DTU's problem". Evalueringen gik således for flere af eva-

lueringskravene klart udenfor de rammer, DTU havde opstillet i udbudsmaterialet for evalueringen.

De tre betingelser, der alle skal være opfyldt for at en tildelingsbeslutning kan tilbagekaldes, er alle videreført i den nye udbudslovs § 170. Bemærkningerne til denne bestemmelse er derfor relevante i denne sag. I bemærkningerne til udbudslovens § 170 er det anført, ”at en tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning forudsætter, at ordregivers beslutning medfører en risiko for, at den pågældende tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, ikke burde have fået den tildelt”. Om betingelse 1 i § 170, stk. 1 anføres ”at fejlen kan bestå i at ordregiveren bliver bekendt med, at tilbudsgiver ikke opfylder minimumskravene eller, at fejlen betyder, at kredsen af mulige tilbudsgivere har ændret sig, og dette har haft afgørende betydning for tildelingen.” Der er således ikke i bemærkningerne til § 170 angivet en udtømmende liste over typer af fejl, der kan medføre en tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning. Både tidligere klagenævns praksis samt den nye udbudslovs § 170 giver DTU et skøn i forhold til at vurdere, om der i den oprindelige evaluering er begået en fejl, og hvorvidt denne fejl har haft betydning for den foretagne tildeling. Dette skøn skal som alle andre ordregiver-skøn være sagligt og udøves i overensstemmelse med de udbudsretlige principper. Der er intet i nærværende sag, der indikerer, at DTU ved tilbagekaldelsen har lagt vægt på usaglige hensyn i strid med principperne i udbudsdirektivet.

Det følger af udbudsretten og fast klagenævns praksis, at en tilbudsgiver ikke kan støtte ret på en positiv meddelelse om tildeling. Meddelelse om tildeling kan ikke anses for et løfte om kontraktindgåelse, og kontrakten er først bindende mellem parterne ved selve kontraktindgåelsen. Tilbudsgivere, der indretter sig anderledes forud for selve kontraktindgåelsen, bærer selv risikoen herfor. Betingelserne for at tilbagekalde tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 var således opfyldt.

Den senere evaluering er foretaget af to faglige kompetente personer, som bevidst fravalgte at tage udgangspunkt i den første evaluering, og de kendte på tidspunktet for deres evaluering intet til den tidligere foretagne evaluering eller de point, der da var blevet givet. Den senere evaluering er dermed blevet gennemført uden påvirkning fra den evaluering, der lå til grund for den tilbagekaldte tildelingsbeslutning. Der er således ikke grundlag for at

antage, at COPA og AWA har fået for få point i den senere evaluering, blot fordi de fik flere point under den første evaluering.

Ad påstand 2 og 3

COPA og AWA har ikke anført særskilte anbringender om disse påstande.

DTU har gjort gældende, at da der ikke er begået overtrædelser som påstået, er der ikke grundlag for at tage påstand 2 om annulation til følge.

Påstand 3 om, at tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 stadig er gældende, angår en reaktions- og sanktionsmulighed, som ikke fremgår af klagenævnsloven. Klagenævnet har følgelig ikke kompetence til at ”genoplive” en tildelingsbeslutning, som ordregiveren lovligt har tilbagekaldt. Påstanden kan derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1, 2 og 3)

COPA og AWA har gjort gældende, at hvis klagenævnet finder, at der har været sådanne uklarheder i DTU's evaluering i november 2015, at der har været grundlag for at gennemføre ny evaluering, er den gennemførte nye evaluering i marts 2016 sket i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og den er derfor ikke gyldig.

Der bør i stedet gennemføres en ny, klar evalueringsproces, hvor alle tilbudsgivere behandles lige. Dette kan bedst ske ved, at tilbuddet går helt om med på forhånd klart definerede evalueringskriterier.

DTU har gjort gældende, at klagenævnets kompetence fremgår af klagenævnsloven. Da klagenævnet ikke har kompetence til at erklære et udbud ugyldigt, kan påstanden ikke tages til følge.

Ad sagsomkostninger

COPA og AWA har gjort gældende, at de skal tilkendes sagsomkostninger, hvis de får helt eller delvis medhold i sagen. Hvis COPA og AWA imidlertid ikke får medhold i klagen, skal der ved omkostningsfastsættelsen tages udgangspunkt i, at der er tale om en atypisk sag, hvor der, hvis det ikke havde været for DTUs påståede fejl i den første evaluering, ikke ville ha-

ve været anledning til at rejse klagesagen. Hvis COPA og AWA ikke får medhold i klagen, skal de derfor ikke betale omkostninger til DTU.

DTU har gjort gældende, at universitetet skal tillægges sagsomkostninger. Der skal ved fastsættelsen heraf tages højde for, at COPA og AWA til trods for Klagenævnets klare delkendelse af 10. maj 2016, hvor det blev konstateret, at klagen ikke opfyldte betingelsen om fumus boni juris, valgte at fastholde klagen. Klagen har omfattet 7 mere eller mindre præcise påstande samt utallige bilag. Alene med klageskriftet blev der fremlagt 54 bilag.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Påstand 1 angår, om DTU har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2:

- a. ved at drøfte den evaluering, som lå til grund for tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 med Zacco, som også havde afgivet tilbud, uden tillige at høre COPA og AWA,
- b. ved at tilbagekalde tildelingsbeslutningen ved meddelelse af 10. december 2015 uden fornødent grundlag,
- c. ved uberettiget at foretage en fornyet evaluering og på dette grundlag træffe en ny og ændret tildelingsbeslutning den 1. april 2016,
- d. ved under den fornyede evaluering uberettiget at lægge vægt på oplysninger modtaget af Zacco efter afgivelsen af de endelige tilbud, og
- e. ved at ændre den evaluering, som lå til grund for tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 uden, at der – bortset fra den ændrede evaluering af tilbuddet fra Zacco for så vidt angik krav 3.6 – var sagligt grundlag herfor.

Ad påstand 1a og 1d udtalte klagenævnet i kendelse af 10. maj 2016 bl.a.:

”Det er ikke usædvanligt, og der er udbudsretligt intet til hinder for, at ordregivere, når tilbudsgivere, hvis tilbud er blevet forbigået, ønsker en nærmere forklaring herpå, giver en sådan yderligere forklaring, og herunder eventuelt også mødes med den/de pågældende tilbudsgivere. Efter de foreliggende oplysninger – og uanset det mindre hensigtsmæssige i, at der ikke foreligger referater heraf – er der ikke grundlag for at an-

tage, at den telefonsamtale og det møde, DTU har haft med Zacco forud for selskabets indgivelse af klage til klagenævnet den 27. november 2015, har haft andet formål eller indhold end at forklare udfaldet af evalueringen for Zacco. Der har ikke i den forbindelse været pligt til at orientere, ”høre” eller i øvrigt inddrage COPA og AWA. Der har heller ikke været pligt til at ”høre” eller i øvrigt inddrage COPA og AWA og øvrige tilbudsgivere vedrørende den klage, som Zacco indgav. Det samme gælder de undersøgelser og overvejelser, som henvendelsen om en begrundelse og den efterfølgende klage fra Zacco gav anledning til hos DTU om holdbarheden af den foretagne evaluering.

...

Der foreligger ikke oplysninger, som understøtter COPA’s og AWA’s tilsyneladende antagelse om, at DTU ud over den indledende telefonsamtale og det efterfølgende møde har drøftet udfaldet af den første evaluering med Zacco, at DTU har tilladt Zacco at ændre eller præcisere sit tilbud, og at DTU usagligt har tilstræbt at tilgodese Zacco i forbindelse med beslutningen om at annullere den første tildelingsbeslutning og under den herefter genoptagne evaluering.”

På den baggrund, og idet der ikke i øvrigt er fremkommet oplysninger, der kan føre til en ændret vurdering af påstand 1a og 1d, tages disse dele af påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 1b, 1c og 1e bemærkes, at der mellem parterne er enighed om, at tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 kunne ske, såfremt betingelserne anført af bl.a. flertallet i klagenævnets kendelse af 26. maj 2010 M.K. Riisager Transport A/S mod Hjørring Kommune er opfyldt. Flertallet udtaler i den anførte kendelse bl.a.:

”at en ordregiver, som konstaterer, at der under et udbud er begået en fejl, som kan have haft betydning for den tildelingsbeslutning, som ordregiveren har truffet, kan tilbagekalde tildelingsbeslutningen med henblik på at træffe en ny tildelingsbeslutning, såfremt tilbagekaldelsen af tildelingsbeslutningen sker, inden der er indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver, og såfremt det må antages, at den nye tildelingsbeslutning kan træffes under overholdelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2.”

En hjemmel til ordregivers tilbagekaldelse af tildelingsbeslutninger er efterfølgende indsat i udbudslovens § 170, hvoraf fremgår, at

”En ordregiver kan tilbagekalde en tildelingsbeslutning og genoptage tilbudsevalueringen, når

1. der er begået fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene,

2. kontrakten endnu ikke er indgået,
3. den fastsatte vedståelsesperiode er ikke udløbet og
4. samtlige tilbudsgivere underrettes om, at tildelingsbeslutningen tilbagekaldes, og om, at vurderingen af tilbuddene genoptages.

Stk. 2. Tilbagekalder ordregiveren en tildelingsbeslutning, skal ordregiveren træffe en ny tildelingsbeslutning på grundlag af en fornyet vurdering af de samme tilbud, som lå til grund for den oprindelige tildelingsbeslutning, med anvendelse af den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde.”

Af forarbejderne til bestemmelsen, der ikke er udtryk for implementering af udbudsdirektivet, men har støtte i tidligere klagenævnspraksis og praksis fra Retten jf. bl.a. T 195/08 Antwerpse Bouwerken mod kommissionen, fremgår, bl.a.:

”Tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning forudsætter, at ordregiverens beslutning medfører en risiko for, at den pågældende tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, ikke burde have fået den tildelt, ...”

Tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning med henvisning til fejlagtige skønspregede vurderinger må således forudsætte påvisning af fejl som har haft en vis væsentlighed og dermed betydning for udpegningen af den vindende virksomhed. Den omstændighed, at der muligt berettiget kunne være foretaget en anden skønsmæssig vurdering, vil derimod ikke i sig selv kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag.

Den evaluering, der lå til grund for tildelingsbeslutningen af 17. november 2015 blev foretaget af bl.a. Preben Kjær Kristensen. Det fremgår af hans mail til DTU af 3. december 2015 blandt andet, at han ved evalueringen har lagt vægt på, om ”tilbudsgiver kan nævne de relevante forhold under det relevante emne”, ”f.s.v ... 3.5, har Zacco fået 50%. De nævner ikke deres forsikring med et ord, og vi har derfor givet dem 50%, selv om man kan argumentere for, at de skulle have 0%”, og at ”For 3.6 har vi[] givet Zacco 0%, da de intetsteds under 3.4 - 3.6 nævner kvalitet”. Når dette sammenholdes med, at der ikke var stillet krav om, at tilbudsgivers uddybning af deres kravopfyldelse skulle ske på en specifik måde, at Zacco rent faktisk i sit tilbud omtaler en forsikring, og at deres bilag 1A indeholdt oplysninger vedrørende punktet ”kvalitet”, har DTU allerede af den grund berettiget vurderet, at det udøvede skøn har været i bedste fald ufuldstændigt og muligt forkert eller misvisende ikke alene i forhold til tilbuddet fra Zacco, men mere generelt. DTU har på den baggrund haft sagligt grundlag for beslutningen

om at annullere tildelingsbeslutningen som sket og foretage en fornyet evaluering

Den evaluering af tilbuddene, der skal ske efter tilbagekaldelsen af tildelingsbeslutningen af 17. november 2015, skal ske på grundlag af og kun på grundlag af de oprindeligt afgivne tilbud og under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det fremgår af klagenævnets kendelse af 10. maj 2016 herom, at

”Klagenævnet kan efter fast retspraksis og klagenævnspraksis alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

I tilfælde, hvor ordregiveren, før kontrakt er indgået, annullerer en truffen tildelingsbeslutning med henvisning til fejl begået under evalueringen, og herefter efter en fornyet evaluering træffer en ny tildelingsbeslutning, skal ordregiveren give meddelelse om beslutningen om annullation og i meddelelsen om den ny tildelingsbeslutning give en begrundelse for beslutningen, jf. klagenævnslovens § 2, stk. 1 og 2. Desuden skal der udarbejdes en rapport (normalt evalueringsrapporten), der opfylder kravene i udbudsdirektivets artikel 43.

Hvis ordregiverens begrundelse i tildelingsmeddelelsen og evalueringsrapporten for den fornyede bedømmelse af tilbuddene er ufuldstændig eller uklar, og resultatet dermed – også henset til indholdet af tilbuddene og den tidligere foretagne evaluering – forekommer påfaldende, må det påhvile ordregiveren at bevise, at kontrakten desuagtet er tildelt i overensstemmelse med det, som er anført i udbudsbetingelserne, og at der ikke er handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. princippet i klagenævnets kendelse af 16. juli 2010, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Retten i Århus, jf. klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark.

Foreløbigt vurderet er den begrundelse for den fornyede evaluering, som fremgår af evalueringsrapporten fra marts 2015 med underliggende bilag, ikke uklar eller påfaldende. Efter indholdet og udfaldet er der således foretaget en ny evaluering, hvor der – i modsætning til den først foretagne evaluering – på forhånd er gjort nærmere overvejelser om, hvordan der sikres en ensartet evaluering. Der er ikke andre omstændigheder, som kan begrunde en særlig pligt for DTU til at påvise, at den

foretagne vurdering af tilbuddene er i overensstemmelse med udbudsbestemmelserne og ligebehandlingsprincippet.

Efter de foreliggende oplysninger er der endvidere ikke grundlag for at antage, at DTU har overskredet den vide grænse, der gælder for DTU's skøn ved bedømmelsen af de kvalitative kriterier, eller øvrigt handlet usagligt.

Det bemærkes herved, at COPA's og AWA's påstand 1a som anført ovenfor må forstås sådan, at disse selskaber ikke gør gældende, at det er med urette, at DTU under den fornyede evaluering har tildelt Zacco point for krav 3.6. Efter det oplyste synes der i øvrigt heller ikke at være grundlag for, at det skulle være uberettiget at tildele point herfor. DTU har, som COPA og AWA selv har påpeget, ikke ændret pointtildelingen til COPA og AWA i overensstemmelse med klageskriftet fra Zacco, men DTU har under den fornyede evaluering ændret forståelsen af tilbuddene fra COPA og AWA og ændret begrundelsen i overensstemmelse hermed. Dermed har DTU rettet de fejl ved den oprindelige evaluering, som DTU har redegjort for i sine anbringender."

På den baggrund, og idet der ikke i øvrigt er fremkommet oplysninger, der kan føre til en ændret vurdering af påstand 1b, 1c og 1e, tages disse dele af påstand 1 ikke til følge.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2, 3 og 4

Da påstand 1 ikke tages til følge, er der ikke grundlag for at tage påstand 2, 3 eller 4 til følge.

Påstand 2, 3 og 4 tages derfor ikke til følge.

Sagsomkostningerne er fastsat særligt under hensyn til, at de nedlagte påstande er korrigeret flere gange, omfanget af skriftvekslingen og at mailen af 3. december 2015 fra Preben Kjær Kristensen først er fremlagt meget sent i forløbet.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

COPA Copenhagen Patents K/S og Awa Holding AB skal i sagsomkostninger til Danmarks Tekniske Universitet in solidum betale 40.000 kr. der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjærning
specialkonsulent