

K E N D E L S E

Scientia Ltd.  
(selv)

mod

Aarhus Universitet  
(selv)

Klagenævnet for Udbud har den 16. februar 2018 modtaget en klage fra Scientia Ltd. (herefter Scientia). Klageskriftet er affattet på engelsk.

Klagen angår Aarhus Universitets udbud af en kontrakt vedrørende levering og implementering af en it-løsning til undervisnings- og eksamensplanlægning. Udbuddet blev offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 057-105440.

Den 22. december 2017 underrettede Aarhus Universitet Scientia om, at universitetet ville tildele kontrakten til et konsortium bestående af virksomhederne Semestry, In Principo og Eveoh.

Klagenævnet henstillede ved mail af 19. februar 2018, at Scientia indleverede et klageskrift affattet på dansk.

Ved mail af 23. februar 2018 anmodede klagenævnet igen Scientia om at indlevere et dansk klageskrift og præciserede, at klagen skulle indeholde påstande. Klagenævnet vejledte i den forbindelse om, hvordan påstande hensigtsmæssigt kunne formuleres, og i samme forbindelse blev det med-

delt, at klagenævnet kunne afvise klagen, hvis denne ikke var egnet til at danne grundlag for sagens behandling.

Scientia indleverede den 2. marts 2018 et dansk klageskrift, som er opdelt i følgende 3 klagepunkter:

” ...

1. Urimeligt lave bedømmelser på funktionalitetsområder: Scientia har udarbejdet et regneark, der viser hvert enkelt relevante spørgsmål, vores oprindelige svar og feedbacken på dette fra AU's evalueringsskema. I hvert enkelt tilfælde har vi anført vores reaktion på feedbacken og en begrundelse af, hvorfor vi er uenige i bedømmelsen.
2. Bekymring over kundevalidering af det vindende konsortiums svar: Vi er af den overbevisning, at alle vores svar i forbindelse med dette udbud kan valideres af flere store universiteter, som anvender vores løsninger, herunder Aarhus Universitet selv. Vi anbefaler på det kraftigste, at AU validerer det vindende konsortiums svar i forhold til andre store universiteter af AU's størrelse, hvor konsortiets løsninger er blevet implementeret. Scientias produktteam har nu i 3 årtier leveret løsninger til universiteter over hele verden, og vi tilbyder det største udvalg af løsninger inden for tidsplanlægning og ressourcestyling. Vi mener ikke, at det er sandsynligt, at nogen anden leverandør med en væsentligt mindre kundebase end vores ville være i stand til at opnå højere bedømmelser på funktionalitetsområdet end os, hvilket har været tilfældet i dette udbud.
3. Tilbudsgiverne fik ikke tilstrækkelige instruktioner angående den formelle klageprocedure: Vi har forklaret, hvorfor vi mener, at vores oprindelige klage ikke blev behandlet og håndteret korrekt.

...”

De enkelte klagepunkter blev nærmere uddybet i dokumenterne Appendix 1-3.

Scientia har vedrørende klagepunkt nr. 1 udarbejdet en oversigt i form af et Excel-ark, hvoraf fremgår kolonner med henholdsvis krav fra udbudsmaterialet, Scientias besvarelse af kravet, universitets feedback og Scientias efterfølgende indsigelser vedrørende evalueringen af de enkelte krav. Aarhus Universitet har ud for hver indsigelse oplyst, om evalueringen fastholdes, og har nærmere begrundet dette. I skemaets sidste kolonne har Scientia gennemført indsigelse mod universitets endelige evaluering.

Klagepunkt nr. 2 er nærmere begrundet således:

“ ...

**Klage 2 – Bekymring over kundevalideringen af det vindende konsortiums svar:**

I løbet af de sidste 12 måneder har vi set Semestry vinde et mindre antal kontrakter vedrørende planlægningsløsninger fortrinsvis til mindre universiteter og højere læreanstalter. Semestry er dog kun en lille virksomhed, og konsortiet er derfor kun så stærkt som det svageste led. Virksomheden har på det seneste oplevet, at en række chefer i nøglepositioner inden for salg og projektledelse har forladt virksomheden, herunder Leon Smith, Director of Services, og Tony Vicente, Head of Global Sales (se bilag 4).

Leon Smith arbejder nu for Birmingham City University og er derfor ikke længere en del af konsortiets projektteam. Andre medlemmer i konsortiets team har desuden aldrig prøvet at implementere Semestrys produkter, så AU bliver deres første implementering. Sammensætningen af implementeringsholdet er ikke blevet kontrolleret af universitetet, men manglende erfaring med implementering af Semestrys produkter belønnes alligevel højt af universitetet.

Desuden er Semestrys finansielle situation ikke just sund, idet årsregnskabet for 2014, 2015, 2016 og 2017 viser negative resultater (se bilag 4). Konsortiet er stærkt afhængigt af Semestrys fremtidige levedygtighed, og vi mener, at dette udgør en langt større risiko sammenlignet med Scientias udspil. Vi mener, at universitetets evaluering af tilbudsgivere også bør tage højde for dette.

Det skal bemærkes i det seneste årsregnskab for 2017, at de i gennemsnit havde seks medarbejdere, men som nævnt før har to personer forladt virksomheden siden.

Semestry har ikke et dedikeret supportteam, så bortset fra en træningskonsulent (der meget vel kan være ude hos en kunde) og to udviklere kan de ikke yde support til et universitet af AU's størrelse. Dete forhold er ikke blevet undersøgt nærmere, men der gives alligevel maks. point på dette område.

Efter at konsortiet har vundet udbuddet, har et medlem af konsortiet spurgt, om de kan bruge Connect-plattformen til AU-projektet, da de ikke selv har en sammenlignelig integrationsløsning. Scientia er eneforhandler af Connect-plattformen, men det ser alligevel ud til, at vi også på dette område bliver bedømt lavere end det vindende konsortium.

...”

Scientia har vedrørende klagepunkt nr. 3 anført følgende:

” ...

**Klage 3 – Tilbudsgiverne fik ikke tilstrækkelige instruktioner angående den formelle klageprocedure:**

Scientia modtog meddelelsen om, at det var hensigten at vælge det vindende konsortium som vinder af udbuddet, på årets sidste arbejdsdag, den 22. december 2017. Denne dato markerede også begyndelsen af stand-still-perioden, der sluttede den første arbejdsdag i det nye år, den 2. januar 2018.

I løbet af juleferien tog vi os alligevel tid til at formulere et klagebrev, hvori vi udtrykte vores betænkelighed ved resultatet af processen. Brevet blev sendt den 30. december 2017. Da dokumentet ”Instructions to Tendereres” ikke indeholder nogen oplysninger om en formel klageprocedure, fulgte vi de instruktioner, der fulgte med den e-mail, der blev sendt med beslutningen. I e-mailen stod der bl.a.: ”E-mail, der sendes i juleferien, skal sendes til [udbud@au.dk](mailto:udbud@au.dk)”, hvilket var præcis, hvad Scientia gjorde.

Den 9. januar 2018 modtog vi det endelige svar på vores klage. Svaret indeholdt en tilbagemelding på vores bemærkninger, men nævnte ikke noget om, at Scientia ikke havde fulgt den formelle klageprocedure, og udbudsvinderen blev annonceret på trods af vores klage. Vi mener på baggrund af dette, at AU ikke har håndteret vores indvendinger i god tro, hvilket stillede os i dårlig position, da vi forsøgte at tilkendegive vores uenighed i forhold til resultatet af udbuddet.

...”

Klagenævnet henstillede ved brev af 5. marts 2018 igen til, at Scientia formulerede påstande, som mere præcist (end i virksomhedens danske klageskrift af 2. marts 2018) beskrev de overtrædelser, som universitet efter Scientias opfattelse havde gjort sig skyldig i, og som virksomheden ønskede klagenævnets stillingtagen til. Der blev fastsat frist herfor til den 7. marts 2018. Klagenævnet præciserede i den forbindelse, at den regel eller det princip, der angiveligt var overtrådt, skulle fremgå af den enkelte påstand. Klagenævnet vejledte i den forbindelse igen om, hvordan påstande hensigtsmæssigt kunne formuleres. Det blev samtidig oplyst, at klagenævnet kunne afvise klagen, hvis klagen ikke var egnet til at danne grundlag for behandling af sagen.

Ved mail af 8. marts 2018 meddelte Scientia, hvilke bestemmelser der efter virksomhedens opfattelse var overtrådt. I mailen til klagenævnet står:

“ ...

Please find below the articles from the Danish Public Procurement Act where we refer to in our complaints.

**Complaint 1 Unreasonably low scoring on functionality areas**

Section 41 (1)

Section 43

Section 160

Section 170(1)

**Complaint 2 Concern over customer validation of the winning consortium's responses**

Section 47

Section 61 (2)(2) the tender does not fulfil the requirements stated in the procurement documents,

Section 61 (2)(3)(2) submitted by tenderers which do not fulfil the stipulated minimum requirements for suitability

Section 135 (6) (2) The contracting authority shall exclude a candidate or tenderer where a person who has been convicted by final judgement or who has been fined for the actions stated in (1) is a member of the board, management or supervisory committee of the contracting authority. A Semestry manager is convicted by an UK court in 2017, for stealing IP of a company where he previously worked.

Section 136 (3)

Section 140 (2)

Section 140 (3)

Section 142

Section 144 (2)

Section 144 (3)

Section 144 (4)

Section 154 (2)

Section 162 (3) (2)

Section 162 (3) (3)

**Complaint 3 Bidders were not given fair instruction on the formal complaint procedure**

Section 159 (2)

Section 159 (3)

Section 164 (2)

Section 173

...”

Aarhus Universitet er ikke kommet med bemærkninger i sagen.

Klagenævnet udtaler:

En klage kan i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, afvises, hvis den er uegnet til at danne grundlag for klagesagens behandling. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med lovens § 10, stk. 1, 2. pkt., hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Bestemmelsen skal tillige ses i sammenhæng med den vejledningspligt, som klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7.

Bestemmelserne i lov om Klagenævnet for Udbud er indsat ved lov nr. 618 af 14. juni 2011. Af forarbejderne til § 6, stk. 2, fremgår blandt andet:

”Den foreslåede bestemmelse er en konsekvens af forslaget § 1, nr. 7. I henhold til forslaget § 1, nr. 7, kan Klagenævnet for Udbud ikke træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller forhold, som en part har nedlagt eller fremført.

...

For at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af klagenævnets ressourcer foreslås det i § 1, nr. 7, at Klagenævnet for Udbud fremover ikke træffer afgørelser, der går ud over de nedlagte påstande eller faktiske og retlige forhold, som parterne fremfører. ...

Klagenævnet skal fortsat opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7, idet klagenævnet skal vejlede parten om, hvilke elementer af klagen der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling, fx at klagers påstand er uklar, samt hvad klager bør foretage sig med henblik på at udforme klagen, så den egner sig til behandling for nævnet. En sådan vejledning bør dog ikke gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande eller formulere nye eller supplerende spørgsmål/forhold som kunne fremføres, jf. herved bemærkningerne til § 1, nr. 7.”

Hverken klageskrift af 2. marts 2018, der er affattet på dansk, eller bilagene hertil indeholder påstande, der identificerer den regel eller det princip, som efter Scientias opfattelse er overtrådt.

Den indgivne klage er som følge heraf ikke egnet til at danne grundlag for sagens behandling, og klagenævnet afviser derfor Scientias klage, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, jf. § 10, stk. 1.

Klagegebyret tilbagebetales, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 5.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell  
fuldmægtig