

K E N D E L S E

City Mobil A/S
(advokat Steen Jørgensen, Fredericia)

mod

Region Midtjylland
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
Nuuday A/S
(advokat Gitte Holtsø, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 246-605204 af 18. december 2019 udbød Region Midtjylland som offentligt udbud efter udbudsloven en 4-årig rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende indkøb af mobiltelefoner, herunder featurephones, smartphones og kliniske smartphones, tilbehør og tilknyttede services. Rammeaftalens varighed er 48 måneder uden mulighed for forlængelse. Mobiltelefonerne skal bl.a. anvendes til ”vitale områder” inden for sundhedssektoren.

Fristen for aflevering af tilbud var fastsat til den 20. januar 2020 kl. 12.00, og City Mobil A/S (herefter ”City Mobil”), Atea A/S og Nuuday A/S afgav tilbud på kontrakten. Den 17. februar 2020 meddelte regionen, at regionen havde besluttet at tildele kontrakten til Nuuday A/S. Den 27. februar 2020 indgav City Mobil klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland og anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning i medfør af lov

om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2. Den 27. marts 2020 besluttede klagenævnet, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Region Midtjylland har herefter den 28. april 2020 indgået kontrakt med Nuuday A/S. Klagen har været behandlet skriftligt.

City Mobil har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 (tidligere påstand 3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday A/S, uanset at virksomhedens tilbud ikke var konditions-mæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav, jf. punkt 3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner (MK), og punkt 4.2.1.3 Leveringstid (MK).

Påstand 2 (tidligere påstand 5)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday A/S, idet tildelingsbeslutningen var behæftet med fejl / var åbenbart forkert, idet den samlede økonomiske evalueringssum og dermed det økonomisk mest fordelagtige tilbud byggede på et forkert og/eller fejlbehæftet grundlag og bevidst urigtige oplysninger og derfor ikke var korrekt.

Påstand 3 (tidligere påstand 6)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Midtjyllands beslutning af 17. februar 2020 om at tildele den udbudte kontrakt til Nuuday A/S, subsidiært konstatere, at City Mobil A/S har krav på erstatning opgjort efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse for det salg, City Mobil A/S opnår i kontraktens løbetid.

Region Midtjylland har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet at udsætte spørgsmålet om erstatning, indtil klagenævnet har taget stilling til de øvrige påstande.

Nuuday A/S (herefter ”Nuuday”) har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 9. marts 2020 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at

Nuuday intervenserer i sagen til støtte for Region Midtjylland. Klagenævnet har herefter modtaget virksomhedens bemærkninger til sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Som tildelingskriterium med henblik på identificering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud var fastsat ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” med følgende under- og delkriterier:

A. Økonomi (65 %)

B. Organisation og processer (25 %) med delkriterierne:

3.1.4.3 Inddatering i entreprise system beskrivelse (20 %)

4.2.1.4 Kortere leveringstid (10 %)

4.2.1.6 Leveringsoversigt (5 %)

5.1.1.4 Leverandørens leveranceorganisation – beskrivelse (20 %)

5.2.1.2 Supplerende garanti (15 %)

5.2.1.4 Udvidet garanti- og serviceaftale

– kliniske smartphones – omfang (25 %)

5.3.1.3 Beskrivelse af proces for reparationer (5 %)

C. Teknik og funktionalitet (10 %) med delkriteriet:

3.1.2.1 Netværksgodkendelse af mobiltelefoner (100 %)

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”6 Betingelser for deltagelse (udelukkelse og egnethed)

...

6.3 Minimumskrav til egnethed og formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende minimumskrav for at få sit tilbud taget i betragtning:

Det er et minimumskrav, at den gennemsnitlige årsomsætning, dvs. nettoomsætning, i de seneste 3 disponible regnskabsår er minimum 20.000.000 danske kroner.

Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af mindst 1 sammenlignelig reference inden for de sidste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af mobiltelefoner.

Det er herudover et minimumskrav, at der til den pågældende reference er leveret for minimum 2.000.000 danske kroner ekskl. moms pr. år af de pågældende produkter og ydelser.

...

11 Tildelingskriterium

11.1 Generelt

Identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” på baggrund af følgende underkriterier og vægtninger:

Underkriterier	Vægtning
Økonomi, jf. pkt. 11.2	65 %
Organisation og processer, jf. pkt. 11.3	25 %
Teknik og funktionalitet, jf. pkt. 11.4	10 %

Evalueringen af de enkelte tilbud i forhold til de kvalitative underkriterier vil ske som anført nedenfor under pkt. 11.3-11.4 ved benyttelse af nedenstående skala:

Beskrivelse af trin	Point
Bedst mulige opfyldelse af kriteriet	0
Glimrende/fortrinlig opfyldelse af kriteriet	1
God/meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Over middel i opfyldelse af kriteriet	3
Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Under middel i opfyldelse af kriteriet	5
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	6
Utilstrækkelig opfyldelse af kriteriet	7
Dårlig opfyldelse af kriteriet	8

...

Den endelige evaluering vil ske ved brug af en prismodel. Ved anvendelse af en prismodel, vil en afvigelse fra bedst mulige opfyldelse af Ordregivers konkurrencekrav blive vurderet som en meromkostning, som vil blive tillagt Tilbudsgivers samlede tilbudssum i evalueringen. Der tillægges altså en evalueringsteknisk omkostning for hvert point, der opnås på ovenstående skala for de kvalitative underkriterier. Størrelsen af denne omkostning bestemmes ud fra et omregningsbeløb, som er beskrevet i det nedenstående. Beregningen sker som følger:

- Et omregningsbeløb identificeres ved at tage gennemsnittet af tilbudspriserne og dividere det med 8 (det maksimale antal point, som kan tildeles på de kvalitative kriterier).

- For hvert kvalitativt underkriterium ganges de tildelte point (på skalaen fra 0-8) med omregningsbeløbet.
- Dette beløb indgår herefter i det samlede evalueringsbeløb med den vægtning, som fremgår i skemaet ovenfor ud for det pågældende underkriterium.
- Den samlede tilbudssum indgår i det samlede evalueringsbeløb med den vægtning, som fremgår i skemaet ovenfor.
- De vægtede beløb for alle underkriterierne lægges sammen, og tilbuddet (tilbuddene), som herefter har de(t) samlede laveste evalueringsbeløb, er de(t) vindende tilbud og tildeles en kontrakt.

...

11.3 Organisation og processer

”Organisation og processer” vurderes på baggrund af Tilbudsgivers opfyldelse af konkurrencekrav og de anførte vægtninger, jf. nedenfor:

Krav nr.	Krav formulering	Underkriterium	Vægt
3.1.4.3	Inddatering i enterprise system beskrivelse (K)	Organisation og processer	20 %
4.2.1.4	Kortere leveringstid (K)	Organisation og processer	10 %
4.2.1.6	Leveringsoversigt (K)	Organisation og processer	5 %
5.1.1.4	Leverandørens leveranceorganisation - beskrivelse (K)	Organisation og processer	20 %
5.2.1.2	Supplerende garanti (K)	Organisation og processer	15 %
5.2.1.4	Udvidet garanti- og serviceaftale - kliniske smartphones - omfang(K)	Organisation og processer	25 %
5.3.1.3	Beskrivelse af proces for reparationer (K)	Organisation og processer	5 %

I Kontraktbilag 2 har Ordregiver angivet, hvad der lægges vægt på i forbindelse med denne vurdering.

...

Tilbuddene evalueres for så vidt angår underkriteriet ”Organisation og processer” særskilt i forhold til en absolut standard.

11.4 Teknik og funktionalitet

”Teknik og funktionalitet” vurderes på baggrund af Tilbudsgivers opfyldelse af konkurrencekrav og de anførte vægtninger, jf. nedenfor:

Krav nr.	Krav formulering	Delkriterium	Vægt
3.1.2.1	Netværksgodkendelse af mobiltelefoner (K)	Teknik og funktionalitet	100 %

I Kontraktbilag 2 har Ordregiver angivet, hvad der lægges vægt på i forbindelse med denne vurdering.

...

Tilbuddene evalueres for så vidt angår underkriteriet ”Teknik og funktionalitet” særskilt i forhold til en absolut standard.

...”

I Kontraktbilag 2 – Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse står der blandt andet:

”1.1.1 Mindstekrav (MK)

Krav formuleret som mindstekrav (MK) skal opfyldes af Tilbudsgiver og skal indgå i tilbuddet. Tilbudsgiver kan således ikke i sit tilbud fravige eller tage forbehold overfor et mindstekrav.

De anførte mindstekrav skal ikke besvares af Tilbudsgiver. Tilbudsgiver bekræfter i kraft af afgivelse af tilbud, at kontraktens mindstekrav er opfyldt.

Tilbud der indeholder forbehold overfor mindstekrav, vil blive anset for ikke-konditionsmæssigt og vil ikke indgå i evalueringen.

1.1.2 Konkurrencekrav (KK)

Konkurrencekrav er udtryk for Ordregivers ønske om en bestemt egenskab eller et bestemt vilkår. Tilbudsgivers opfyldelse af konkurrencekrav, samt tilbudt funktionalitet i kravene, vil indgå i tilbudsevalueringen. Manglende eller begrænset opfyldelse af konkurrencekrav vil tilsvarende blive tillagt negativ vægt i tilbudsvurderingen. Derimod vil manglende opfyldelse af eller forbehold for konkurrencekrav som ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, ikke medføre, at tilbuddet afvises.

Konkurrencekrav er formuleret med brugen af ordet ”skal”. Dette medfører ikke, at et tilbud kan blive erklæret ikke-konditionsmæssigt hvis det indeholder forbehold for et konkurrencekrav.

...

3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner (MK)

De tilbudte mobiltelefoner må ikke være End of Sales (EoS) på tidspunktet for aflevering af endeligt tilbud.

Går et produkt EoS inden for 6 måneder efter kontraktstart skal Leverandøren tilbyde en mobiltelefon med mindst samme specifikationer til maksimalt den tilbudte pris.

Som End of Sales (EoS) skal forstås, at mobiltelefonen ikke officielt tilbydes på det danske marked af producenten.

...

3.1.4.3 Inddatering i enterprise system beskrivelse (MK)

Leverandøren bedes beskrive processen for inddatering i de forskellige enterprise systemer. Herunder en beskrivelse af hvorvidt processen er manuel eller automatisk.

Det er meget vigtigt for Kunden, at smartphones og kliniske smartphones er inddateret i enterprise systemerne ved brugernes ibrugtagning af produktet. Leverandøren bedes ligeledes beskrive, hvornår i leveranceprocessen inddateringen foregår.

Leverandøren skal tilbyde, at der, efter aftale, afsendes en kvittering til Kunden, når inddateringen i enterprise systemet har fundet sted.

Det tillægges vægt at smartphones og kliniske smartphones er inddateret i enterprise systemerne ved afsendelse fra Leverandøren og at der kan sendes en kvittering til Kunden når inddateringen har fundet sted. Ligeledes tillægges det vægt at inddateringen foregår som en automatiseret proces.

...

4.2.1.3 Leveringstid (MK)

Følgende frister er gældende:

- Mobiltelefoner og tilbehør leveres senest fem (5) arbejdsdage efter bestilling eller efter aftale
- Ved levering af en større mængde mobiltelefoner (>100) efter aftale, dog maksimalt 30 arbejdsdage med mindre Kunden accepterer en længere leveringstid.

Kontraktstyringsforum kan ved tilføjelse af nye mobiltelefoner til sortimentet aftale en længere leveringsfrist, der gælder i introduktionsperioden, der maksimalt varer tre (3) måneder. Herefter gælder aftalens normale leveringsfrist på fem (5) arbejdsdage.

Kontraktstyringsforum kan i kontraktperioden aftale andre leveringstider.

Se tillige hovedkontrakten punkt 4.2.3.

...

4.2.1.4 Kortere leveringstid (KK)

Leverandøren bedes beskrive muligheden for kortere leveringstider, herunder mulighed for at visse modeller af mobiltelefoner i Kundens sortiment, kan leveres fra dag til dag eller med kortere leveringstid end i ovennævnte krav

Det tillægges vægt, at aftalte modeller af mobiltelefoner i Kundens sortiment kan leveres fra dag til dag.

...

5.3.1.3 Beskrivelse af proces for reparationer (KK)

Leverandøren skal beskrive processen for reparationer, herunder garanti-reparationer.

Beskrivelsen skal omfatte processen for modtagelse til afsendelse af produktet til Kunden, herunder beskrives bl.a.:

- Proces for afgørelse af om det er en garantireparation
- Sikring af persondata på mobiltelefonerne
- Kvalitetssikring af reparationer
- Gennemløbstid for reparationer

Det vægtes positivt, at Leverandøren har veldokumenterede processer og dokumentation for implementering i organisationen tillægges vægt. Sikring af persondata og kvalitetssikring af reparationerne tillægges tillige positiv vægt.”

Vedrørende delkriteriet 5.3.1.3 Beskrivelse af proces for reparationer (5 %) fremgik af tilbuddet fra Nuuday:

”Sikring af persondata

Care 1 - Servicepoint (værksted)

Alle servicesager opbevares på værksteder kun tilgængelige for autoriseret personale. Lokationerne er efter lukketid aflåst med gitter, alarm samt overvågning med tilknyttet alarmcentral.

Kvalitetssikring af reparationer:

Autoriseret indenfor Apple, Samsung, Huawei, LG. Care1 håndterer desuden alle producenter.”

Af Region Midtjyllands evalueringsnotat af 17. februar 2020 fremgår blandt andet:

”4 Evaluering af de enkelte tilbud

Nedenstående tabel oplyser for den enkelte tilbudsgiver det samlede evalueringsbeløb, hvor mange point, man har opnået på de enkelte kvalitative underkriterier samt den økonomiske evalueringssum og den kvalitative evalueringssum for hvert af de kvalitative underkriterier.

Endvidere indeholder tabellen en sammenfatning af de relative fordele og karakteristika ved det vindende tilbud, der har været væsentlige og afgørende for pointgivningen.

Tilbudsgiver, der tildeles kontrakt

TILBUDSGIVER	PLACERING
NUUDAY A/S	1

...

Underkriterium	Point	Vægtet point	Kvalitativ evalueringssum
Organisation og processer	0,60	0,15	1.129.379
Region Midtjylland har i relation til underkriteriet Organisation og processer lagt vægt på følgende:			
Pkt. 3.1.4.3: Generelt den bedst mulige besvarelse i henhold til processen omkring inddatering i enterprise systemer. Det fremgår tydeligt, at processen for inddatering er automatiseret.			
Pkt. 4.2.1.4: Overordnet den bedst mulige besvarelse vedrørende muligheden for kortere leveringstid. Det fremgår tydeligt, at der kan ske dag til dag levering af mobiltelefoner.			
Pkt. 4.2.1.6: Samlet set den bedst mulige besvarelse i forbindelse med fremsendelse af ugentlig leveringsoversigt samt indholdet af oversigten.			
Pkt. 5.1.1.4: Samlet set en meget tilfredsstillende besvarelse i henhold til leveranceorganisation. Besvarelsen giver et velbeskrevet indblik i opbygningen omkring leveranceorganisation og herunder er de enkelte forhold uddybende beskrevet. Dog savnes der yderligere uddybning af kvalitetsstyringsprocesser, herunder certificering(er) i forbindelse med disse, hvilket trækker ned i vurderingen.			
Pkt. 5.2.1.2: Overordnet en glimrende besvarelse vedrørende supplerende garanti, da der tilbydes en yderst tilfredsstillende garantiperiode udover producenternes garanti som tilkøb.			
Pkt. 5.2.1.4: Generelt den bedst mulige besvarelse i forbindelse med udvidet garanti- og serviceaftale, da samtlige produkter er dækket i forhold til produktfejl, fejl og hændelige uheld.			
Pkt. 5.3.1.3: Samlet set en glimrende besvarelse i henhold til processen for reparationer. Processen for reparationer er veldokumenteret, dog savnes der en mere uddybende beskrivelse vedrørende den interne proces omkring sikring af persondata, hvilket trækker en smule ned i vurderingen.			
Underkriterium	Point	Vægtet point	Kvalitativ evalueringssum
Teknik og funktionalitet	0,00	0,00	0
Region Midtjylland har i relation til underkriteriet Teknik og funktionalitet lagt vægt på følgende:			
Pkt. 3.1.2.1: Generelt den bedst mulige besvarelse i henhold til netværksgodkendelse af mobiltelefoner, da der tilbydes et yderst højt antal af netværksgodkendte mobiltelefoner.			

...

Øvrige tilbudsgivere

TILBUDSGIVER	PLACERING
City Mobil A/S	2

...

Underkriterium	Point	Vægtet point	Kvalitativ evalueringssum
Organisation og processer	0,85	0,21	1.599.954
Region Midtjylland har i relation til underkriteriet Organisation og processer lagt vægt på følgende:			
Pkt. 3.1.4.3: Generelt en glimrende besvarelse i forbindelse med processen for inddatering i enterprise systemer. Det fremgår at inddatering sker som en automatiseret proces. Dog savnes det, at en elektronisk kvittering automatisk sendes afsted til Kunden i forbindelse med inddatering.			
Pkt. 4.2.1.4: Samlet set den bedst mulige besvarelse i henhold til muligheden for kortere leveringstid. Det fremgår tydeligt, at der kan ske dag til dag levering af mobiltelefoner.			
Pkt. 4.2.1.6: Samlet set den bedst mulige besvarelse i forbindelse med fremsendelse af ugentlig leveringsoversigt samt indholdet af oversigten.			
Pkt. 5.1.1.4: Overordnet en glimrende besvarelse vedrørende leveranceorganisation. Generelt er de oplyste forhold uddybende beskrevet - særligt vedrørende håndtering af garantireparationer, hvilket vægter positivt. Der gives et uddybende indblik i de forskellige processer. Der savnes dog en egentlig certificering, hvilket trækker en smule ned i vurderingen.			
Pkt. 5.2.1.2: Generelt en glimrende besvarelse vedrørende supplerende garanti. Der tilbydes en tilfredsstillende garantiperiode udover producenternes garanti. Det vægter positivt, at der for en producent tilbydes en yderst fortrinlig supplerende garanti.			
Pkt. 5.2.1.4: Samlet set en glimrende besvarelse i forbindelse med udvidet garanti- og serviceaftale. Et produkt er ikke omfattet af hændelige uheld (udfrakommende skader), hvilket trækker en smule ned i vurderingen.			
Pkt. 5.3.1.3: Overordnet en glimrende besvarelse i henhold til processen for reparationer. Processen for reparationer og velbeskrevet og veldokumenteret, dog er der i forbindelse med sikring af persondata meget fokus på Kundens håndtering og ikke så meget på interne processer, hvilket trækker en smule ned i vurderingen.			

Underkriterium	Point	Vægtet point	Kvalitativ evalueringssum
Teknik og funktionalitet	0,00	0,00	0
Region Midtjylland har i relation til underkriteriet Teknik og funktionalitet lagt vægt på følgende:			
Pkt. 3.1.2.1: Generelt den bedst mulige besvarelse i henhold til netværksgodkendelse af mobiltelefoner, da der tilbydes et yderst højt antal af netværksgodkendte mobiltelefoner.			

...”

Der er fremlagt korrespondance, der angår, hvorvidt to af de telefoner, som Nuuday har tilbudt, nemlig modellerne Sony Xperia XZ2 Compact 64 GB Black (varenummer 1313-8758) og Sony Xperia XZ3 64 GB Black (varenummer 1316-5972) kan leveres, jf. mindstekravene 3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner og 4.2.1.3 Leveringstid (påstand 1).

I en mailkorrespondance den 26. februar 2020, hvor Casper Thodsen, TDC Erhvervscenter, henvendte sig til Nicolai Reinholdt, Sony, hedder det:

”Vedrørende disse 2 modeller, var deres status da ikke End-of-life 20. januar 2020?”

Nicolai Reinholdt svarede:

”Begge produkter er udgået fra Sony’s sortiment og kan således ikke længere leveres fra vores side.”

Casper Todsén spurgte herefter:

”Så de var heller ikke tilgængelige i januar”

Nicolai Reinholdt svarede:

”Nej, heller ikke i januar”

Regionen rettede den 28. februar 2020 henvendelse til Nuuday vedrørende spørgsmålet, om de to telefoner kunne leveres.

Nuuday besvarede henvendelsen ved mail af 4. marts 2020 fra Iben Søderberg. Heri hedder det:

”Det fremgår af Sony Mobile Danmarks egen officielle hjemmeside, www.sonymobile.com/dk ... fra januar 2020 (se vedhæftede screenshot), at modellerne Sony Xperia XZ2 Compact 64GB Black producentens varenummer 1313-8758 og Sony Xperia XZ3 64GB Black producentens varenummer 1316-5972 officielt blev solgt af Sony på det danske marked. Det pågældende screendump blev gemt af Nuuday i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Endvidere har vi bedt Sony Mobile Danmarks landechef at bekræfte, at de pågældende modeller var til salg hos Sony på tilbudstidspunktet, se vedhæftede korrespondance.
...”

De pågældende screendumps med de to telefoner indeholder bl.a. et rødt felt med teksten ”Køb nu”.

Af mail af 2. marts 2020 fra Nicolai Reinholdt til Thomas Larsen, YouSee, fremgår bl.a.:

”Ja, jeg vil gerne bekræfte at produkterne er til salg i flere kanaler på nuværende tidspunkt! Vores end of life betyder at vi ikke leverer mere fra Sony’s side. Men produkterne vil naturligvis leve i længere tid i forskellige kanaler. Dermed betyder EOL IKKE at man ikke længere kan købe som slutkunde, blot at vi (Sony) ikke længere kan levere.”

Af en mail af 3. marts 2020 fra Nicolai Reinholdt til Thomas Larsen fremgår endvidere, at ”De [pågældende to modeller] var på vores hjemmeside og til salg”.

I relation til delkriteriet 5.3.1.3 Beskrivelse af proces for reparationer (5 %) (påstand 2) er der fremlagt en mail af 5. maj 2020 fra Casper Thodsen, Mobitel A/S, til Per Notstad, Samsung, hvori det hedder:

”Vil du sende mig en opdatering på værksteder i Danmark som er autoriserede til at reparere jeres smartphones?”

Af Per Notstads svar samme dag fremgår:

”Mentech er vores Autoriseret Service Partner i Danmark. De har 6 walk in butikker, hvor kunderne kan gå ind og få repareret deres enheder.

Care1 er blevet Autoriseret Service Validator, hvilket betyder at de kan analysere enheder og sende dem til reparation hos vores Autoriseret Service Partner i Polen kaldet CTDI, så det bliver ikke repareret i Danmark.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

City Mobil har gjort gældende, at regionen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday, selvom virksomhedens tilbud ikke opfyldte mindstekravene 3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner og 4.2.1.3 Leveringstid.

City Mobil har nærmere anført, at to af Nuudays tilbudte mobiltelefoner – Sony Xperia XZ2 64 GB Compact Black (varenr. 1313-8758) og Sony Xperia XZ3 64 GB Black (varenr. 1316-5972) – ikke opfyldte disse mindstekrav, da telefonerne ikke var tilgængelige hos producenten Sony ved afgivelsen af tilbuddet.

Udgangspunktet om, at regionen kunne stole på oplysningerne i tilbuddet og ikke havde undersøgelsespligt, må fraviges, idet City Mobil ved klagen i standstill-perioden gjorde opmærksom på, at de to telefoner ikke længere blev produceret og dermed ikke kunne leveres af producenten, jf. udbudslovens § 164, stk. 2, og § 159, stk. 6. City Mobil har endvidere henvist til udbudslovens § 159, stk. 3, hvorefter ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. Regionen rettede i den anledning alene henvendelse til Nuuday, og dokumentationen og oplysningerne fra Nuuday og Sony dokumenterer ikke, at mindstekravene var opfyldt. Selvom mobiltelefonerne var at finde på Sony's hjemmeside både på tilbudstidspunktet og nu, kunne (og kan) hverken en forbruger, en grossist eller Nuuday købe og få leveret de to modeller af producenten Sony. Dermed tilbydes telefonerne ikke på det danske marked af producenten, og mindstekravet om levetid er ikke opfyldt.

Særligt vedrørende kravet om leveringstid har City Mobil gjort gældende, at Nuuday ikke vil kunne levere eller vil levere for sent. Dette skyldes, at Nuuday skal købe mobiltelefonerne hos de butikker, der fortsat har dem på lager, og derfor vil Nuuday hverken kunne kontrollere tilgængelige mængder eller leveringstider.

City Mobil har subsidiært gjort gældende, at Nuudays tilbudte, ukonditionsmæssige mobiltelefoner kunne tilbydes til lavere priser end konditionsmæssige produkter (smartpricing). Hvis Nuuday havde tilbudt konditionsmæssige telefoner, ville prisen have været højere, og tilbuddet ville også af den grund ikke have været det økonomisk mest fordelagtige.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday, idet virksomhedens tilbud opfyldte mindstekravene 3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner og 4.2.1.3 Leveringstid.

Regionen har nærmere anført, at det ikke følger af udbudsbetingelserne, at de tilbudte telefoner skal være tilgængelige hos Sony ved afgivelsen af tilbuddet. Regionens undersøgelser viser, at tilbuddet opfylder mindstekravet, og regionen har ikke tilsidesat en undersøgelsespligt.

Regionen har nærmere anført, at Nuuday ved at afgive tilbud bekræftede at opfylde mindstekravene, jf. kravspecifikationens punkt 1.1.1, og regionen

har således ikke skullet foretage yderligere undersøgelse af tilbuddet, før tildeling kunne finde sted. Allerede derfor er der ikke grundlag for at tage påstand 1 til følge.

Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at regionen efterfølgende har tilsidesat en undersøgelsespligt og begået en fejl ved ikke at omgøre tildelingen. Efter anmodning fra regionen har Nuuday forud for rammeaftalens indgåelse redegjort nærmere for tilbuddet med hensyn til de to modeller. Heraf fremgår, at modellerne ikke var "End of sales" ved tilbudsafgivelsen. Regionen har herved opfyldt udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2.

Mindstekravet 3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner definerer "End of Sales (EoS)" således, at "mobiltelefonen ikke officielt tilbydes på det danske marked af producenten".

Det følger hverken af ordlyden eller formålet, at der skulle være krav om, at modellen skal kunne købes direkte hos producenten på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet. For regionen har det været afgørende, at producenten stod bag salget af de tilbudte modeller på det danske marked. Derimod har det været uden betydning, om tilbudsgiverne kunne købe direkte hos producenten, eller om køb skulle ske gennem en grossist eller forhandler.

Et mindstekrav om køb direkte hos producenten ville forudsætte en klar og udtrykkelig bestemmelse herom i udbudsbetingelserne, og en sådan findes ikke.

Efter oplysningerne fra Nuuday blev modellerne stadig tilbudt af Sony på det danske marked. Sony understøttede salget, dvs. bistod med tekniske, kvalitetsmæssige og/eller sikkerhedsmæssige problemer med modellerne samt med sikkerhedsopdateringer og/eller ændringer og godkendelser af produkterne.

Det er endvidere oplyst af Nuuday, at virksomheden vil købe modellerne hos en grossist, fx en Sony-distributør, eller en forhandler. Regionen har ikke grundlag for at antage, at Nuuday ikke vil kunne levere telefonerne rettidigt, og hvis et tilbudt produkt går "End of Sales" inden for 6 måneder fra kontraktstart, skal leverandøren tilbyde en mobiltelefon med mindste samme specifikationer til maksimalt den tilbudte pris. Skulle der senere opstå spørgs-

mål om Nuudays leveringsforpligtelser, vil det være et kontraktuelt spørgsmål. På denne baggrund har regionen ved sin endelige vurdering af konditionsmæssigheden af Nuudays tilbud lagt til grund, at de to tilbudte mobiltelefoner ikke var "End of Sales" på tilbudstidspunktet. Regionen har således ikke haft grundlag for at afvise tilbuddet fra Nuuday.

Ad påstand 2

City Mobil har gjort gældende, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday. Grundlaget for evalueringen var behæftet med fejl og baseret på bevidst urigtige oplysninger, og tildelingsbeslutningen var derfor fejlagtig og åbenbart forkert.

Nuuday og City Mobil har oplyst samme reference, nemlig vedrørende leverancer til Region Syddanmark. Nuudays oplysninger om referencen er ikke korrekte, og regionen har ikke, sådan som der i den foreliggende situation var pligt til, undersøgt forholdet nærmere. Nuuday har aldrig leveret direkte til Region Syddanmark fysisk, og den operationelle opgave har City Mobil håndteret. Det har formodningen imod sig, at regionen ikke har tillagt referencen vedrørende Region Syddanmark betydning for Nuudays vedkommende ved evalueringen efter de ikke-økonomiske kriterier, når mobiltelefonerne skal anvendes inden for sundhedssektoren.

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 6, finder ifølge udbudsbekendtgørelsen anvendelse, og de bevidst urigtige oplysninger fra Nuuday om referencen vedrørende Region Syddanmark har kunnet påvirke tildelingen.

Region Midtjylland havde pligt til en nærmere undersøgelse, jf. udbudslovens § 159, stk. 3, og/eller § 164, stk. 2, og skulle derefter se bort fra de ukorrekte oplysninger. Regionen burde revurdere tilbuddet fra Nuuday ud fra udbudsbetingelsernes tildelingskriterium og udbudslovens § 170, stk. 1, nr. 1, og stk. 2.

Det kan som følge af den lille forskel i de tilbudte priser ikke udelukkes, at en lille ændring i evalueringen efter de kvalitative kriterier kunne have medført en lavere samlet økonomisk vurderingssum for City Mobil og dermed, at virksomheden ville have vundet tilbuddet.

City Mobil har endvidere som følge af begrænset aktindsigt ikke mulighed for at konstatere, om karakteren 0 til Nuuday i relation til delkriteriet 3.1.4.3 Inddatering i entreprise system beskrivelse er udtryk for en korrekt evaluering, og regionen har ved at give begrænset aktindsigt ikke bevist, at karakteren er korrekt.

For så vidt angår de to Sony modeller, der er nævnt ad påstand 1, vil disse ikke kunne leveres med kortere leveringstid, jf. delkriteriet 4.2.1.4 Kortere leveringstid, da Nuuday som anført ikke vil kunne skaffe telefonerne fra producenten og opbygge et lager. Hvis regionen havde vidst, at telefonerne ikke længere blev produceret af Sony og skulle leveres igennem Elgiganten, Proshop eller anden kanal, ville regionen ikke have tildelt Nuuday den bedste score.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday. Evalueringen er ikke behæftet med fejl eller baseret på urigtige oplysninger, og tildelingsbeslutningen er korrekt.

Regionen har nærmere anført, at påstand 2 er upræcis og ukonkret. De oplysninger, City Mobil henviser til, forelå ikke ved tildelingen, og påstand 2 retter sig efter formuleringen alene mod forholdene ved tildelingen. Der er endvidere ikke nedlagt særskilt påstand om, at regionen skulle have tilsidesat en undersøgelsespligt.

Nuuday opfyldte utvivlsomt de fastsatte krav til teknisk og faglig formåen, idet virksomheden havde oplyst fire referencer vedrørende levering af mobiltelefoner. Regionen havde krævet én reference, og denne skulle angå levering af mobiltelefoner, ikke kliniske smartphones. Selv hvis referencen vedrørende Region Syddanmark ikke var indgået, ville Nuuday opfylde kravet om referencer. Det er i øvrigt Nuuday og ikke City Mobil, der er kontraktpart i relation til Region Syddanmark. City Mobil er alene underleverandør. Nuuday har derfor ikke givet urigtige oplysninger. Det er udokumenteret og i øvrigt ikke korrekt, at Region Midtjylland skulle have inddraget referencen ved den kvalitative evaluering af tilbuddet fra Nuuday.

Det er uklart, hvad City Mobil mener med, at der skulle foreligge et fejlbehæftet vurderingsgrundlag.

Regionen kan ikke give flere oplysninger end sket om den tilbudte løsning uden at fremlægge fortrolige forretningsoplysninger fra Nuudays tilbud i strid med fortrolighedsbestemmelsen i udbudsloven § 5, stk. 1, og reglerne om aktindsigt i fortrolige oplysninger.

I relation til delkriteriet 4.2.1.4 Kortere leveringstid (10 %) har regionen anført, at oplysningen om, at det ikke var muligt for Nuuday at få leveret hos Sony, er uden betydning for evalueringen. Som også anført ad påstand 1 vil Nuuday kunne købe de to Sony modeller, der i øvrigt kun udgør en ganske lille del af det tilbudte sortiment, hos en grossist eller forhandler. Endvidere har Nuuday ikke tilbudt dag til dag levering for alle modeller, men alene for udvalgte modeller.

I relation til delkriteriet 5.3.1.3 Beskrivelse af proces for reparationer (5 %) har regionen nærmere anført, at det må lægges til grund, at Carel er autoriseret inden for Samsung mobiltelefoner, og der er derfor heller ikke på dette punkt grundlag for, at Nuuday ved evalueringen skulle have været bedømt ringere end sket.

Ad påstand 3

City Mobil har gjort gældende, at virksomheden, hvis fejlene, herunder overtrædelsen af undersøgelsespligten, ikke var begået, ville være blevet tildelt kontrakten, idet den samlede pris for Nuudays tilbud i så fald ville have været højere end for City Mobils tilbud. Regionen har overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at fastholde tildelingen, selvom en revurdering af tilbuddene ville resultere i en anden tildeling, jf. udbudslovens § 170, stk. 1, nr. 1, og stk. 2.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen ikke har begået fejl, og der er derfor ikke grundlag for annullation eller erstatning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 3

City Mobil A/S har gjort gældende, at to af Nuuday A/S' tilbudte telefoner – Sony Xperia XZ2 Compact 64 GB Black (varenr. 1313-8758) og Sony Xperia XZ3 64 GB Black (varenr. 1316-5972) – ikke opfylder mindstekravet om levetid. Mindstekravet er formuleret således:

”3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner (MK)

De tilbudte mobiltelefoner må ikke være End of Sales (EoS) på tidspunktet for aflevering af endeligt tilbud.

Går et produkt EoS inden for 6 måneder efter kontraktstart, skal Leverandøren tilbyde en mobiltelefon med mindst samme specifikationer til maksimalt den tilbudte pris.

Som End of Sales (EoS) skal forstås, at mobiltelefonen ikke officielt tilbydes på det danske marked af producenten.”

En telefon, som på tidspunktet for afleveringen af det endelige tilbud ikke (længere) kan købes på det danske marked af producenten, men alene af en selvstændig forhandler eller grossist, opfylder ikke mindstekravet om levetid og End of Sales, således som mindstekravet er formuleret i udbudsbetingelserne.

De to nævnte Sony telefoner, som Nuuday A/S tilbød, kunne efter det oplyste ikke på tilbudstidspunktet købes hos Sony. Tilbuddet fra Nuuday A/S opfyldte således ikke mindstekravet om levetid og var derfor ukonditionsmæssigt.

Påstand 1 tages til følge som nedenfor bestemt. Endvidere tages annullationspåstanden til følge.

Det ændrer ikke herved, at leverandøren, hvis et produkt går End of Sales inden for 6 måneder efter kontraktstart, skal tilbyde en anden mobiltelefon med mindst samme specifikationer til maksimalt den tilbudte pris, idet denne bestemmelse netop alene angår tiden efter kontraktstart. Det samme gælder det forhold, at regionen ikke på tidspunktet for tildelingen havde anledning til at foretage nærmere undersøgelser af tilbuddet fra Nuuday A/S. Der er således ikke grundlag for at opretholde den tildelingsbeslutning, der blev truffet til fordel for Nuuday A/S, idet virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, kan klagenævnet afgøre en sag helt eller delvis. Klagenævnet tager på baggrund af det, der er anført ad påstand 1 og 3, ikke stilling til påstand 2.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1

Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Nuuday A/S, uanset at virksomhedens tilbud ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav, jf. punkt 3.1.1.3 Levetid af mobiltelefoner (MK).

Region Midtjyllands beslutning af 17. februar 2020 om at indgå kontrakt med Nuuday A/S annulleres.

Region Midtjylland skal i sagsomkostninger til City Mobil A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig