

K E N D E L S E

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

mod

Region Midtjylland
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Den 2. marts 2021 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen påstand 1 - 3. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af spørgsmålet om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande.

Denne kendelse vedrører erstatningsspørgsmålet. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

City Mobil har nedlagt følgende påstande:

Påstand 4

Region Midtjylland skal til City Mobil betale 9.229.853 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 16. marts 2021.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Region Midtjylland skal til City Mobil betale 281.250 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 16. marts 2021.

City Mobil har opgjort kravet i påstand 4 således:

1. Dækningsbidrag 48 måneder	6.508.544,70	kr.
2. Leverandør kickback, 3 leverandører	4.106.677,12	kr.
3. Omkostninger, håndtering, gravering, reklamation m.v.	<u>- 969.015,29</u>	kr.
	9.646.206,53	kr.

City Mobil har endvidere fratrukket fragtomkostninger på 416.000 kr.

City Mobil har opgjort kravet i påstand 5 til 250 timer á 1.125 kr., i alt 281.250 kr.

Region Midtjylland har nedlagt påstand om frifindelse og har bestridt kravenes størrelse.

Erstatningsgrundlaget

Ved kendelsen af 2. marts 2021 konstaterede klagenævnet, at Region Midtjylland under udbuddet havde overtrådt udbudsloven således:

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).

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

Supplerende sagsfremstilling

Region Midtjyllands udbud

Det er oplyst, at regionen påbegyndte en udbudsproces i september 2019, men offentliggjorde et nyt udbud i december 2019.

Udbuddet, som denne sag angår, er således offentliggjort den 18. december 2019. Tildelingsbeslutning blev den 17. februar 2020 truffet til fordel for Nuuday og påklaget af City Mobil den 27. februar 2020. Ved klagenævnets delkendelse af 27. marts 2020 blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Kontrakt blev herefter indgået den 28. april 2020.

På baggrund af klagenævnets kendelse af 2. marts 2021 om annullation af tildelingen iværksatte regionen efter det oplyste den 14. maj 2021 et nyt udbud. Formålet var at indgå en ny kontrakt til afløsning for den tidligere indgåede kontrakten med Nuuday. Udbuddet blev dog annulleret.

Herefter iværksatte regionen den 11. juni 2021 nyt udbud, der dog blev annulleret.

Den 21. juli 2021 iværksatte regionen efter det oplyste et nyt udbud, som den 8. september 2021 førte til tildeling af kontrakt til Nuuday. City Mobil afgav ikke tilbud på kontrakten. Den forventede kontraktstart var den 15. november 2021. Den på dette tidspunkt igangværende kontrakt med Nuuday ville herved ophøre. Klagenævnet har ikke modtaget klage over dette udbud.

Der er ikke enighed mellem parterne med hensyn til, om der i det væsentlige er tale om genudbud af samme kontrakt, eller om udbuddene bl.a. som følge af en forskellig vægtning af underkriterierne adskiller sig væsentligt fra hinanden.

Udbudsmaterialet

Af kravspecifikationens pkt. 1.1.1 fremgår:

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.”

Af kravspecifikationens pkt. 3.1.1.9 fremgår om kravet til ”hot swap” i bl.a. produktserie 4.3:

”

3.1.1.9 Produktserie 4. Google Android kompatible kliniske smartphones (MK)

Leverandøren skal tilbyde kliniske smartphones med Google Android med minimum version 8, dog skal produktserie 4.1 tilbydes med minimum version 7.

Leverandøren skal tilbyde mindst seks (6) Google Android kompatible kliniske smartphones. For produktserie 4.2 og 4.3 skal der tilbydes 2 kliniske smartphones fra forskellige producenter, inden for hver produktserie, der som minimum opfylder nedenstående specifikationer. Priser er angivet i Kontraktbilag 3.

...

<u>Specifikation</u>	...	<u>Produktserie 4.3</u>	...
...
Batteriskifte uden brug af værktøj samt hot swap af batteri (batteriskifte skal være på hovedbatteriet (main))		Ja	

...”

Om City Mobils tilbud og produktet Zebra TC57

City Mobil tilbød ubestridt produktet Zebra TC57 smartphones i relation til produktserie 4.3. Endvidere tilbød virksomheden i produktserie 4.3 produktet Ascom Myco 3.

Region Midtjylland har fremlagt en e-mailkorrespondance fra juni 2021 mellem regionen og Zebra Technologies Europe Limited (”Zebra”). Korrespondancen angår spørgsmålet om warm swap og hot swap med hensyn til det tilbudte produkt Zebra TC57.

Den 10. juni 2021 spurgte regionen således en medarbejder hos Zebra, om denne kunne bekræfte, at Zebra TC57 ikke har hot swap, men kun warm swap af batteri.

Medarbejderen, en senior account manager, svarede samme dag:

”Det kan jeg bekræfte ud fra følgende beskrivelse:

Varm swap indebærer at såfremt man foretager korrekt batteri skift indenfor et vindue af 75 sekunder, vil devices forblive tændt inkl. applikationer indtil nyt batteri indsættes hvorefter devicet kan benyttes til fulde igen.

Se venligst nedstående som anvist i vores TC57 user manual.”

Samme dag skrev en Sales Engineer hos Zebra til regionen:

”Efter aftale med ..., sender jeg hermed en uddybelse af vores warm swap funktionalitet.

Teknisk beskrivelse af funktionaliteten:

Ved tryk på power knap på device vil 3 on-screen knapper blive præsenteret på skærmen hvor det være muligt at sætte devicet i battery swap mode ved brug af én af disse on-screen knapper.

Når der trykkes on-screen 'battery mode' knappen, foretages der et memory dump af devicet, og LED indikerer hvornår det er fuldendt, hvorefter batteriet kan tages ud, og et nyt kan indsættes. Når det nye batteri er indsat korrekt, skal der trykkes på power knappen hvorefter devicet vil starte op ud fra det memory dump som blev foretaget inden batteriskiftet blev påbegyndt. Der er max på 75 sek. til at udføre dette batteriskift.

Zebra's definition af warm swap er officielt:

Warm swap indebærer en aktiv handling i forbindelse med batteriskift, hvor hot swap ikke kræver aktiv handling.

Statement fra officielle datablad:

With Warm Swap mode swapping batteries is fast and easy — there's no need to turn off the device or close active apps

...”

Regionen skrev herefter den 11. juni 2021 til medarbejderen hos Zebra:

”...

Tak for din e-mail med uddybning af jeres ”warm swap” funktionalitet.

Vil du herefter for god ordens skyld bekræfte, at Zebra TC57 – varenummer TC57HO-1PEZU4P-A6 – ikke har ”hot swap” funktionalitet i forhold til batteri.”

Medarbejderen hos Zebra svarede samme dag:

”...

Det er korrekt at det angivet SKU ”kun” understøtter warm swap.”

Af et produktdatablad for Zebra TC57 fremgår:

”TC52 and TC57 Series Touch Computer

...

Full shift power your workers can count on

The PowerPrecision+ high capacity battery delivers an impressive 14 hours of power – plenty for the longest shift. With Warm Swap mode, swapping batteries is fast and easy – there’s no need to turn of the device or close active apps. And with fast charging, batteries are fully charged and ready to go in record time.

...”

Regionen har desuden fremlagt et produktdatablad for produktet Ascom Myco 3, som City Mobil også tilbød i relation til produktserie 4.3. Heraf fremgår:

”...

Continuous power for continuous performance

The Ascom Myco 3 features a powerful octa-core processor to support smooth multitasking. While its true hot-swappable Li-ion battery helps maximize uptime and productivity – no need to power down or exit apps when changing batteries.

...”

Til belysning af spørgsmålet om hot swap og warm swap har regionen fremlagt et produktdatablad for et andet Zebra-produkt, TC8000, hvoraf fremgår:

”...

Triple-shift Battery Power and Unsurpassed Battery Management

With the largest battery in its class, the TC8000 has ample power for three shifts. The PowerPrecision+ battery provides extensive battery metrics that make it easy to spot and retire aging batteries that can no longer hold a full charge. And the battery can be changed in seconds - without powering down.

Power

...PowerPrecision+ Lithium ion 6700 mAh with hot swap battery backup

...”

Parternes anbringender

City Mobil har vedrørende erstatningsgrundlaget gjort gældende, at Region Midtjylland ved overtrædelsen af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at regionen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for City Mobil, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Region Midtjylland har erkendt, at der efter klagenævnets sædvanlige praksis i erstatningssager foreligger et ansvarsgrundlag i lyset af klagenævnets konstatninger i kendelsen af 2. marts 2021.

City Mobil har vedrørende erstatningskravet i påstand 4 gjort gældende, at virksomheden, hvis regionen ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb. Virksomheden har derfor krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

City Mobil har nærmere anført, at tilbuddet fra Nuuday var ukonditionsmæssigt som fastslået af klagenævnet. Dette kunne let have været konstateret ved, at regionen havde iagttaget sin undersøgelsespligt.

City Mobil havde ifølge evalueringen afgivet det næstmest økonomisk fordelagtige tilbud. Tilbuddet var konditionsmæssigt og overholdt mindstekravene. Hvis tilbuddet fra Nuuday var blevet afvist, sådan som der var pligt til, skulle City Mobil have været tildelt kontrakten.

City Mobil har nærmere redegjort for opgørelsen af erstatningskravet, herunder for dækningsbidraget og for fortjenesten som følge af såkaldt leverandørkickback. Dette ville have udløst betaling fra leverandørerne til City Mobil ved et vist salg m.v. Kickback betalingerne er omfattet af hemmeligholdelsesklausuler, og City Mobil må af hensyn til tredjemand ikke fremlægge disse.

City Mobil har endvidere fremlagt omsætningsberegninger og en revisorerklæring med henblik på at dokumentere tabet.

City Mobil har anført, at regionen ikke har sandsynliggjort, at kontraktperioden faktisk ville have været kortere end løbetiden, der ifølge kontrakten og udbudsbetingelserne var fastsat til 4 år. Der kan ikke lægges vægt på, at kontrakten med Nuuday er opsagt efter kortere tid, og at der er foretaget nyt udbud.

Foruden det direkte tab har City Mobil lidt et stort indirekte tab, idet en tildeling af kontrakten ville have haft en stor kundereferenceværdi.

City Mobil har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at virksomheden i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i form af forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud. Virksomheden har således krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

City Mobil har ad påstand 4 - 5 gjort gældende, at regionen ikke har løftet bevisbyrden for, at den ville have annulleret udbuddet, hvis den havde været bekendt med, at Nuudays tilbud var ukonditionsmæssigt. Det er en efterrationalisering fra regionens side. Der var ingen saglig grund til at annullere udbuddet. Der kan i den forbindelse ikke lægges vægt på, at regionen angiveligt ikke havde ønske om at fastsætte et mindstekrav med det indhold, som klagenævnet har fastslået.

Særligt vedrørende spørgsmålet, om City Mobils tilbud er ukonditionsmæssigt, har virksomheden anført, at alle tre tilbudsgivere tilbød TC57 telefoner

som produktserie 4.3, fordi regionen under et dialogmøde med tilbudsgiverne havde oplyst, at den prioriterede TC57 telefoner. Regionen oplyste, at modellen havde "hot swap". Regionen definerede det således, at der skulle kunne skiftes batteri på de kliniske telefoner uden brug af værktøj og uden at slukke telefonen. Dette krav blev skrevet ind i udbudsbetingelserne som "hot swap".

Der findes ingen standard definition af hverken "hot swap" eller "warm swap" eller forskellen på disse. I branchen skelnes ikke. Ved "swap" forstås i branchen, at der skal kunne skiftes batteri på en klinisk smartphone uden brug af værktøj og uden at slukke telefonen. Dette er også tilfældet for TC57.

Producenten Zebra har sine egne definitioner af "hot" og "warm". Den aktive handling består i, at brugeren skal trykke på power-knappen, men ikke benytte nogen form for værktøj, hvilket er det krav, der oplyses i udbuddet.

Regionen har i øvrigt indkøbt TC57 af Nuuday i henhold til den indgåede rammeaftale om indkøb af kliniske smartphones.

City Mobil har endelig gjort gældende, at virksomheden ikke har forsømt at iagttage sin tabsbegrænsningspligt ved ikke at afgive tilbud i forbindelse med genudbud af regionens indkøb af mobiltelefoner, bl.a. fordi underkriterierne er ændret markant med en afgørende vægtning af Pris (90 %) og nedprioritering af Kvalitet (10 %). Dette er en klar konkurrencefordel for den nuværende leverandør.

Region Midtjylland har vedrørende påstand 4 - 5 gjort gældende, at City Mobil ikke har ført bevis for, at virksomheden, hvis den pågældende overtrædelse ikke var sket, ville have fået kontrakten. Derfor er der ikke grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse. City Mobils tilbud overholdt ikke alle mindstekrav og skulle have været afvist som ukonditions-mæssigt. Placeringen som næstbedst ved evalueringen er derfor uden betydning.

Regionen har endvidere anført, at den ikke har kontraheringspligt. Regionen ville have annulleret udbuddet, hvis den havde været klar over, at mindstekravet i punkt 3.1.1.3 Levetid skulle fortolkes som sket ved klagenævnets kendelse i sagen. Regionen ønskede ikke at fastsætte et mindstekrav med et

sådan begrænsende indhold. Mindstekravet var et grundlæggende element og kunne ikke blot have været ændret under udbuddet.

Det udgør en saglig begrundelse for annulation, at mindstekravet skal forstås og håndhæves anderledes, end hvad der har været ordregiverens hensigt. Der-til kommer, at mindstekravet var uklart, hvilket også er en saglig begrundelse for at aflyse et udbud. Endvidere burde mindstekravet have været suppleret af et dokumentationskrav.

Hvis regionen havde været nødt til at se bort fra det mest konkurrencedygtige tilbud, ville der reelt kun have været to tilbud tilbage, nemlig tilbuddet fra City Mobil (som dog også var ukonditionsmæssigt) og tilbuddet fra Atea. Dette understøtter, at regionen ville have annulleret det offentlige udbud, som netop blev iværksat for at skabe mest mulig konkurrence.

Tabet skal i givet fald opgøres på grundlag af den kortere periode, kontrakten med Nuuday har været i kraft, og således ikke ud fra en fastsat løbetid på 4 år. Regionen havde efter udbudslovens § 185, stk. 2, pligt til at opsiges kontrakten med Nuuday, idet klagenævnet havde annulleret tildelingen. City Mobil kompenseres herefter på den måde, at virksomheden får en ny mulighed for at afgive tilbud på kontrakten. Subsidiært skal tabet opgøres ud fra muligheden for at opsiges kontrakten efter 36 måneder.

City Mobil har ikke dokumenteret at have lidt et tab svarende til positiv opfyldelsesinteresse som opgjort i påstand 4. Aftalerne om leverandør-kickback er ikke fremlagt. Et sådant tab er heller ikke adækvat og harmonerer ikke med bestemmelserne i udbudsmaterialet om, at tilbudsgiverne skulle oplyse deres kostpriser og avancer. City Mobil medregnede således ikke herved leverandør-kickback. Omsætningen på rammeaftalen har af en række grunde samlet set ikke et sådant niveau, som City Mobil har forudsat.

Den beregnede avance og størrelsen af kravet i påstand 4 kan ikke lægges til grund. Den fremlagte revisorerklæring ændrer ikke herved. City Mobil har undladt at tage højde for en række omkostninger, som bør medregnes ved opgørelsen. Endvidere bør der lægges vægt på, at selskabet i seneste regnskabsår alene opnåede et resultat på ca. 1 mio. kr., samt på risici ved kontrakten. På den baggrund er det fremsatte krav om positiv opfyldelsesinteresse urealistisk højt.

Kravet om erstatning opgjort som negativ kontraktinteresse er ikke dokumenteret, hverken med hensyn til timetal eller timetakst.

I relation til spørgsmålet om konditionsmæssigheden af City Mobils tilbud har regionen nærmere anført, at annullationen af det første genudbud skete, fordi det på baggrund af et konkret spørgsmål fra en tilbudsgiver stod klart, at et teknisk mindstekrav ikke kunne opfyldes. Mindstekravet gik på, at der med hensyn til produktserie 4.2 skulle tilbydes kliniske smartphones med hot swap af batteri. Efterfølgende havde regionen i anden forbindelse et møde med producenten Zebra, som gjorde opmærksom på, at deres kliniske smartphones ikke levede op til mindstekravet om hot swap.

Samme mindstekrav blev stillet til produktserie 4.3 i det udbud, sagen angår, jf. kravspecifikationen pkt. 3.1.1.9 sammenholdt med pkt. 1.1.1.

På baggrund af erfaringerne fra annullationen af det første genudbud har regionen undersøgt, om de tilbud, der dannede grundlag for den omhandlede tildeling til Nuuday, opfyldt mindstekravet i pkt. 3.1.1.9 om hot swap.

Af korrespondancen med producenten Zebra fremgår, at produktet Zebra TC57 ikke har hot swap. Produktet har alene ”warm swap”, hvilket, som selve betegnelsen også viser, ikke er det samme. Zebra definerer warm swap og hot swap således, at warm swap indebærer ”en aktiv handling i forbindelse med batteriskift, hvor hot swap ikke kræver aktiv handling”. Det fremgår også af databladet, som City Mobil selv kunne gennemgå, at produktet kun har warm swap.

På denne baggrund var hverken City Mobils eller Nuudays tilbud konditionsmæssige. City Mobil kunne derfor ikke være blevet tildelt rammeaftalen. Det er uden betydning, at dette først er konstateret i forbindelse med genudbuddet i maj 2021. Det er tilbudsgiverens eget ansvar at sikre, at et tilbudt produkt opfylder mindstekravene.

Regionen har bestridt, at regionen selv skulle have initieret eller opfordret tilbudsgiverne til specifikt at tilbyde produktet Zebra TC57 i relation til produktserie 4.3. Dette er heller ikke dokumenteret fra City Mobils side.

Regionen har også bestridt, at branchen, som anført af City Mobil, ikke generelt skelner mellem warm swap og hot swap. Regionen har anført, at sondringen fx også kommer til udtryk i produktdatabladet for Zebra-produkt TC8000. Heraf fremgår udtrykkeligt, at produktet har ”hot swap battery backup”. Dette ses også med hensyn til produktet Ascom Myco 3, der blev tilbudt af City Mobil i relation til produktserie 4.3 under udbuddet. Af produktdatabladet fremgår udtrykkeligt, at produktet har ”true hot-swappable” batteri, og at der er ”no need to power down or exit apps when changing batteries”. Dette produkt opfylder derfor, modsat det tilbudte Zebra TC57 produkt, mindstekravet.

På denne baggrund har regionen gjort gældende, at kravet om årsagsforbindelse ikke er opfyldt.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Under hensyn til den overtrædelse, klagenævnet har konstateret ad påstand 1, har Regionen Midtjylland, som også erkendt, handlet ansvarspådragende over for City Mobil A/S.

Ad erstatningskravet:

I kravspecifikationens pkt. 1.1.1 er fastsat, at mindstekrav (MK) skal opfyldes af tilbudsgiverne og skal indgå i tilbuddet. En tilbudsgiver kan således ikke i sit tilbud fravige eller tage forbehold over for et mindstekrav. Det er endvidere fastsat, at tilbud, der indeholder forbehold over for mindstekrav, vil blive anset for ikke-konditionsræssige, og at sådanne tilbud ikke vil indgå i evalueringen.

I kravspecifikationens pkt. 3.1.1.9 er i relation til kravet om ”hot swap” fastsat, at der for produktserie 4.2 og 4.3 skal tilbydes to kliniske smartphones fra forskellige producenter inden for hver produktserie. De to produkter skal som minimum opfylde følgende specifikation:

”Batteriskifte uden brug af værktøj samt hot swap af batteri (batteriskifte skal være på hovedbatteriet (main))” (Fremhævet her).

City Mobil A/S tilbød ubestridt produktet Zebra TC57 i relation til produktserie 4.3.

Af det fremlagte produktdatablad for Zebra TC57 fremgår:

” TC52 and TC57 Series Touch Computer

...

Full shift power your workers can count on

...The PowerPrecision+ high capacity battery delivers an impressive 14 hours of power – plenty for the longest shift. With Warm Swap mode, swapping batteries is fast and easy – there’s no need to turn of the device or close active apps. And with fast charging, batteries are fully charged and ready to go in record time.

...”

Af oplysningerne i produktdatabladet sammenholdt med indholdet af de fremlagte e-mails fra producenten, Zebra Technologies Europe Limited, fremgår, at produktet Zebra TC57 har warm swap og ikke hot swap af batteri. – I modsætning hertil var batteriet i produktet Ascom Myco 3, som City Mobil A/S ligeledes tilbød i relation til produktserie 4.3, ifølge produktdatabladet ”hot-swappable”.

Det må herefter lægges til grund, at City Mobil A/S – med produktet Zebra TC57 i relation til produktserie 4.3 – tilbød et produkt, der ikke understøttede hot swap, men alene warm swap. Mindstekravet om hot swap var dermed ikke overholdt.

Tilbuddet var således ukonditionsmæssigt og kunne ikke danne grundlag for en tildeling af kontrakt til City Mobil A/S.

På denne baggrund og efter det i øvrigt foreliggende er kravet om årsagsforbindelse ikke opfyldt.

Klagenævnet tager derfor påstanden om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Region Midtjylland frifindes.

City Mobil A/S skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland betale 20.000 kr.

Beløbet skal betales inden 14 dage efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig