

K E N D E L S E

Tunstall A/S og  
Tunstall Health A/S  
(begge ved advokat Asser Rung-Hansen, Vedbæk)

mod

Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin v/Region Midtjylland,  
TeleCare Nord og  
TeleKOL Landsdel Sjælland  
(alle ved advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 246-515240 af 20. december 2017 udbød Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin v/Region Midtjylland (herefter FUT), TeleCare Nord (herefter TeleCare) og TeleKOL Landsdel Sjælland (herefter TeleKOL) som udbud med forhandling efter udbudsloven to rammeaftaler bestående af ”Delaftale 1 – Medarbejderløsning” og ”Delaftale 2 – Borgerløsning” vedrørende udrulning af telemedicin til borgere med KOL.

FUT, TeleCare og TeleKOL besluttede at indgå kontrakt med bl.a. Tunstall Health A/S (herefter Tunstall Health) og CGI Danmark A/S (herefter CGI) vedrørende ”Delaftale 1 – Medarbejderløsning”, og kontrakt blev herefter indgået den 8. januar 2019.

FUT, TeleCare og TeleKOL besluttede desuden at indgå kontrakt med bl.a. Tunstall A/S (herefter Tunstall), Tunstall Health og CGI vedrørende ”Del-

kontrakt 2 – Borgerløsning”, og denne kontrakt blev også indgået den 8. januar 2019.

Den 6. august 2019 indgav Tunstall og Tunstall Health klage til Klagenævnet for Udbud over FUT, TeleCare og TeleKOL.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Tunstall og Tunstall Health har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FUT, TeleCare og TeleKOL har handlet i strid med udbudslovens §§ 2 og 99 ved ikke at godkende Tunstalls og Tunstall Healths prisreguleringer inden for rimelig tid eller på anden måde at tilsikre, at der ved evalueringerne i forbindelse med direkte tildelinger af kontrakter under rammeaftalen om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger (udbud nr. 2) er blevet taget højde for og fremover tages højde for Tunstalls og Tunstall Healths reducerede priser.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at FUT, TeleCare og TeleKOL har handlet i strid med udbudslovens §§ 2 og 99 ved at tildele og indgå kontrakter under rammeaftalen om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger (udbud nr. 2) uden at tage højde for Tunstalls og Tunstall Healths reducerede priser.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere FUT, TeleCare og TeleKOLs beslutninger om at tildele kontrakter vedrørende Medarbejderløsning og Borgerløsning under rammeaftalen om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger (udbud nr. 2) til virksomheden CGI Danmark A/S.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal erklære kontrakterne indgået af FUT, TeleCare og TeleKOL vedrørende Medarbejderløsning og Borgerløsning under rammeaftalen om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger (udbud nr. 2) med virksomheden CGI for uden virkning, alternativt skal klagenævnet pålægge TeleCare og TeleKOL en økonomisk sanktion.

Tunstall og Tunstall Health har taget forbehold for senere at nedlægge erstatningspåstande.

FUT, TeleCare og TeleKOL har principalt nedlagt påstand om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 11. september 2019 meddelt kontraktparten til FUT, TeleCare og TeleKOL, CGI Danmark, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

CGI Danmark har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

### Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 20. december 2017 for rammeaftalerne ”Medarbejderløsning” og ”Borgerløsning” fremgår følgende:

”...

#### II.1.4) Kort beskrivelse:

Udbuddet af kontrakter [om] levering, vedligeholdelse, drift og videreudvikling af telemedicinske medarbejder- og borgerløsninger udgør det andet af to udbud, der gennemføres af kommuner og regioner i relation til udrulning af telemedicin til borger med KOL. Det første udbud er et udbud af en kontrakt om levering, vedligeholdelse, drift og videreudvikling af telemedicinsk infrastruktur til brug for løsningerne omfattet af dette udbud.

Kontrakterne har karakter af rammeaftaler, og er opdelt i to delaftaler:

- Delaftale 1 - Medarbejderløsning,
- Delaftale 2 - Borgerløsning.

...

#### II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Ordregiver ønsker med udbuddet at anskaffe Medarbejderløsninger. Medarbejderløsninger skal understøtte telemedicinske arbejdsgange.

Medarbejderløsningen skal understøtte arbejdsgange vedrørende:

- Tilbud om telemedicinsk pakke, pausering og genoptagelse af telemedicinske forløb, og afslutning af telemedicinske forløb.
- Justering af telemedicinske forløb, herunder overdragelse af ansvar mellem sektorer.
- Adgang til ”egne borgeres” svar og målte data.
- Kommunikation med borgere (der anvender Borgerløsninger).
- Support af borgeres brug af Borgerløsninger.

Hertil kommer vedligehold og videreudvikling af Medarbejderløsninger, driftsydelser af idriftsatte Løsninger, samt bistand til implementering af Løsningerne hos Kunderne.

Der skal desuden i forbindelse med udbuddet afgives tilbud på følgende optioner:

- a) support af videokommunikation, og
  - b) brugergrænseflade for leverandører af service, support og logistik
- Endelig kan der i medfør af rammeaftalerne indgås aftale om videreudvikling af løsningerne.

Der henvises i øvrigt til beskrivelserne i udbudsmaterialet.

...”

I udbudsbekendtgørelsen var der et link, som henviste til Digitaliseringsstyrelsens oplysninger om organiseringen mellem FUT, TeleCare og TeleKOL. Det fremgår heraf:

”...

FUT-organisationen

Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin (FUT) er den organisation, der har ansvar for at gennemføre udbud, udvikling og levering af telemedicinske løsninger og infrastruktur [på] vegne af alle landets 98 kommuner og 5 regioner.

...

FUT blev etableret som følge af økonomiaftalerne for 2016 mellem staten, kommunerne og regionerne om national udbredelse af telemedicinsk hjemmemonitorering til borgere med KOL. På tværs af samtlige 98 kommuner og 5 regioner besluttede man at lave et fælles udbud af telemedicin.

...”

Region Midtjylland er administrator af rammeaftalerne for henholdsvis Medarbejderløsning og Borgerløsning, mens TeleCare står for fællesindkøb for Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Midtjylland og de 52 kommuner, der er beliggende i disse regioner, og TeleKOL står for fællesindkøb for Region Hovedstaden, Region Sjælland og de 46 kommuner, der er beliggende i disse regioner.

I rammeaftalen, som blev indgået den 8. januar 2019, hedder det:

”...

RAMMEAFTALE

om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger (udbud nr. 2) til [medarbejdere (delaftale 1) eller borgere (delaftale 2)]

mellem

Region Midtjylland

...

og

[Leverandørens navn]

[Leverandørens adresse]

DK-[postnr.] [by]

CVR-nr.: [Leverandørens CVR-nr.]

...

## 5.2 Procedure for tildeling af Leveranceaftaler/valg af Leverandør

### 5.2.1 Delaftale 1 (Medarbejderløsning)

Leveranceaftaler omfattet af delaftale 1 (kun Leveranceaftale 2) tildeles efter reglerne om direkte tildeling jf. udbudslovens § 99. Tildeling af en leveranceaftale vil ske til den Leverandør, der i forhold til den konkrete leverance har afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet vurderet efter følgende kriterier:

Økonomi:	30 - 40 %
Leverancesikkerhed:	10 - 20 %
Kvalitet - Udvikling:	20 - 30 %
Kvalitet - Drift:	5 - 10 %
Kvalitet - Implementering:	5 - 10 %
Brugervenlighed:	5 - 10 %

...

#### Økonomi

Evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Økonomi" sker på baggrund af den samlede pris, som Kunden forventelig vil komme til at betale i løbet af den konkrete leveranceaftales løbetid.

...

### 5.2.2 Delaftale 2 (Borgerløsning)

#### Leveranceaftale 1

Med henblik på at sikre funktionsdygtige løsninger med nødvendige integrationer til infrastrukturen tilbydes samtlige Leverandører, der indgår Rammeaftale med, tildeling af opgave i henhold til Leveranceaftale 1 samtidig med Rammeaftalens indgåelse.

Det er frivilligt for Leverandøren at indgå Leveranceaftale 1 samtidig med Rammeaftalens indgåelse.

Ønsker en Leverandør ikke at indgå Leveranceaftale 1 samtidig med Rammeaftalens indgåelse, skal Leverandøren i forbindelse med en eventuel senere indgåelse af Leveranceaftale 2 også levere ydelserne omfattet af Leveranceaftale 1. Den i forbindelse med udbuddet af Rammeaftalen oplyste pris for levering af integrationer, vil i så fald indgå ved opgørelse af prisen, der danner grundlag for vurdering af Leverandørens tilbud i forhold til underkriteriet ”Økonomi”.

#### Leveranceaftale 2

Opgaver omfattet af Leveranceaftale 2 tildeles efter reglerne om direkte tildeling jf. udbudslovens § 99. Tildeling af en opgave vil ske til den Leverandør, der i forhold til den konkrete leverance, har afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet

...

### 10 PRISREGULERING

...

#### 10.2 Fald i Leverandørens listepreiser

Såfremt prisudviklingen i Leverandørens generelle listepreiser er gunstigere for Kunderne end ovennævnte, skal de nævnte enhedspriser procentreguleres i forhold til prisudviklingen i Leverandørens listepreiser.

Justeringen af Leverandørens enhedspriser beregnes ved at reducere de af Leverandøren tilbudte listepreiser med den procentsats, som Leverandøren har reduceret sine listepreiser med for de i Bilag C oplyste enhedspriser.

#### 10.3 Initiativpligt

Leverandøren har initiativpligten i alle forhold vedrørende prisjusteringer og prisinformation, herunder f.eks. vedrørende prisændring samt information til Kunderne om Leverandørens ændring af sine listepreiser, der kan få betydning for Kunderne.

...”

Tunstall Health hed oprindeligt EWII Telecare A/S, men blev kort tid efter

tilbudsafgivelsen overtaget af Tunstall-koncernen og skiftede navn til Tunstall Health.

Tunstalls og Tunstall Healths evalueringssum på delaftalen vedrørende ”Borgerløsning” var henholdsvis 254 % og 326 % dyrere end tilbuddet med den laveste tilbudte evalueringssum. På ”Medarbejderløsning” var Tunstall Healths priser 338 % dyrere end tilbuddet med den laveste tilbudte evalueringssum.

Den 13. december 2018 anmodede Tunstall Health om at få lov til at regulere virksomhedens priser i overensstemmelse med rammeaftalens punkt 10.2 og 10.3 under henvisning til, at den pris, der blev afgivet under ejerskabet af EWII Telecare A/S, ikke afspejlede Tunstall Healths omkostninger, der var forbundet med leverancen under det nye ejerskab.

Den 15. december 2018 oplyste Region Midtjylland Tunstall Health følgende:

”Vi vil gerne se på muligheden for, at I kan sænke jeres priser med henvisning til rammeaftalens pkt. 10.2 og 10.3. Dette vil dog først ske efter at rammeaftalen er underskrevet.

Indtil da må I gerne fremsende en liste over de priser I ønsker sænket, samt dokumentation for nedsættelsen af jeres listepriser. Bemærk i den forbindelse, at sænkning af prisen alene kan ske for enhedspriser, og altså ikke vederlag, der består af flere elementer.”

Den 17. december 2018 spurgte Tunstall Health til forståelsen af listepriser kontra vederlag, idet et vederlag efter Tunstall Healths opfattelse ville kunne bestå af delelementer, der var baseret på listepriser.

Samme dag oplyste Region Midtjylland Tunstall Health følgende:

”I så fald må I sende en specifikation af vederlaget før og efter reduktionen. Vi vil herefter vurdere, hvorvidt rammeaftalens pkt. 10.2 og 10.3 kan rumme ændringen af priserne.”

Som nævnt blev Tunstall Health efterfølgende tildelt en kontrakt på ”Delaftale 1 – Medarbejderløsning”, og både Tunstall og Tunstall Health blev tildelt en kontrakt på ”Delkontrakt 2 – Borgerløsning”.

Den 7. januar 2019 sendte Tunstall Health en endelig anmodning om regulering af listepriser sammen med et notat om baggrunden for faldet i listepriser og ændringen, herunder 1) Tunstall Healths listepriser for telemedicinske løsninger ”Digital Health Pricing Model v4 Software Only”, 2) ”Bilag C – Priser (M)”, 3) ”Bilag C – Priser (B)” og 4) et overblik over før- og nu-priser på begge løsninger ”Sammenligning af priser”.

Af bilaget ”Sammenligning af priser” fremgår Tunstall Healths procentvise prisregulering. Ikke alle priser blev reguleret, og de priser, der blev reguleret, blev ikke ændret med samme procentsats. Regionen har oplyst, at Tunstall Health ønskede at nedregulere sine priser på ”Medarbejderløsning” og ”Borgerløsning” med ca. 86 %.

Som følge af Tunstall Healths ændringsanmodning indhentede Region Midtjylland en ekstern advokatvurdering, som blev modtaget den 11. januar 2019. Af den eksterne advokatvurdering fremgår, at det var en forudsætning for prisnedsættelsen, at der var tale om en generel prisnedsættelse, og at det derfor var en betingelse, at Tunstall Health bekræftede, at de varslede prisnedsættelser var gældende på udbudsvilkår og ikke kun for kontrakten med Region Midtjylland.

Den 14. januar 2019 skrev Region Midtjylland følgende til Tunstall Health:

”...

Vi har nu haft lejlighed til at se på det fremsendte, og vi mener at I er berettiget/forpligtet til at regulere enhedspriserne i Bilag C, såfremt det kan bekræftes og garanteres at de varslede ændringer sker på udbudsvilkår og dermed også uafhængigt bl.a. udfaldet af kontrakttildelinger på rammeaftalen og uanset antallet af kunder på de kommende kontrakter, dvs. at såfremt en kunde måtte rette henvendelse til Tunstall Health om anskaffelse uden for rammeaftalen, så vil de varslede ændringer også gælde for denne og/eller andre kunder fremadrettet.

Ovenstående bekræftelse skal være modtaget senest onsdag den 16. januar 2019, kl. 12.00, hvorfra prisændringerne vil gælde fra.

...”

Den 15. januar 2019 svarede Tunstall Health således:

”...



Det skal hermed bekræftes, at de priser, der ligger til grund for leverandørens ændrede listepreiser, også gælder for salg af løsningen uden om FUT Rammeaftalen.

Vedhæftet finder du de prisbilag, der skal gælde for løsningen fremover – de genfremsendes, idet der i det tidligere fremsendte er fundet regnefejl, hvilket kan ses i de procentuelle nedjusteringer i det oprindelige dokument 'Sammenligning af priser'. Her er der opdaget uoverensstemmelse mellem de procentuelle nedjusteringer. Dette er rettet i vedhæftede.

Ændringen gør, at man nu kan se en ensartet, procentuel nedjustering af alle de berørte beløb.

...”

Samme dag skrev Region Midtjylland følgende til alle FUT-leverandører:

”...

Region Midtjylland har som administrator af rammeaftalerne for hhv. medarbejder- og borgerløsninger modtaget henvendelse fra én af de øvrige leverandører på rammeaftalerne, der ønsker at justere sine priser i henhold til rammeaftalens punkt 10.2 og 10.3.

Ovenstående er blot til påmindelse om, at I som leverandører både er berettiget og forpligtet til at informere om generelle prisændringer, der kan have betydning for rammeaftalens kunder. I forlængelse heraf bemærkes dog, at kunderne pt. er i gang med at evaluere, hvorfor man som leverandør opfordres til at fremsende eventuelle prisændringer snarest muligt, såfremt man ønsker at prisændringen skal have effekt i evalueringen.

...”

Den 18. januar 2019 oplyste FUT i en velkomstmil til de forskellige leverandører følgende om organiseringen og tidsplanen for bestillinger:

”...

Udviklingen, test og levering af de telemedicinske løsninger, der bestilles på rammeaftalerne vil blive varetaget af et nationalt gennemførelsesprojekt i regi af FUT. Det vil sige, at det er de enkelte landsdele, der laver bestillingen på rammeaftalen, men videregiver opgaven vedr. projektledelse og leverandørstyringen til FUT frem til overtagelsesdagen.

FUT har også projektledelsen for udvikling, test og levering af den telemedicinske infrastruktur.

...

I denne mail vil jeg forsøge at give jer et overblik over nogle af de første

aktiviteter der er relevante for jer.

...

Periode	Aktivitet	Bemærkning
...	...	...
Fra primo marts-medio juni 2019	Udvikling af integrationsleverance fra borgerløsninger til FUT-infrastruktur	Gælder for de leverandører der har tilsluttet sig Leveranceaftale 1 for borgerløsninger og som har godkendt at gennemføre integrationsleverancen på forhånd.
Indtil ultimo juni 2019	Evaluering af tilbud på borgerløsninger på FUT-rammeaftale	Landsdelene gennemfører evaluering af tilbud vedr. borgerløsninger i løbet af foråret 2019 og frem til ultimo 2019
...	...	...

...”

Den 24. januar 2019 anmodede Region Midtjylland Tunstall Health om yderligere dokumentation for, at der var tale om en generel prisændring, idet der var blevet stillet spørgsmålstegn ved virksomhedens ret til prisjustering. Tunstall Health blev anmodet om at fremsende følgende:

”...

- Dokumenter, der angiver ”før-priser”
- Bekræftelse på, at dokumentet ”Digital Health Pricing model v4 Software only” ikke er anvendt specifikt vedrørende rammeaftalen (jf. ordet ”Quotation”), men at dokumentet anvendes generelt i Tunstalls organisation ved prissætninger og afgivelse tilbud

...”

Af et notat af 24. januar 2019 fremgår, at det var blevet besluttet, at Landsdelsprogram for Hovedstaden og Landsdelsprogram for Sjælland ville gå sammen om indkøb, udvikling og drift af ”Medarbejderløsning”. Desuden fremgår det af notatet, at der blev indstillet til, at programstyregruppen godkendte, at der ville blive indgået en leveranceaftale mellem Tunstall Health og Landsdel Hovedstaden og Landsdel Sjælland vedrørende ”Medarbejderløsning” omfattende i alt 46 kommuner og 2 regioner.

Indstillingen blev samme dag udsendt til de relevante medarbejdere i Region Hovedstaden og Region Sjælland.

Den 29. januar 2019 sendte Tunstall Health en redegørelse på baggrund af

anmodningen af 24. januar 2019 om yderligere dokumentation. Til redegørelsen havde Tunstall Health vedlagt et notat om baggrunden for bl.a. prisændringerne udarbejdet af Kristoffer Axelsson, som er CEO i Tunstall Nordic AB.

Styregruppen i FUT afholdt møde den 29. januar 2019. Af dagsordenen for mødet fremgår bl.a.:

”Tunstall Health (tidligere EWII) har, efter tildeling på rammeaftalen, henvendt sig skriftligt til FUT med en forespørgsel om at reducere priserne på deres borger- og medarbejderløsning på rammeaftalen.

...

Forespørgslen er blevet vurderet af FUT's jurist samt af ekstern jurist [...] Holst Advokater. Begge har godkendt Tunstall Healths anmodning.

Konkret er Tunstall Health prisreduktionen væsentligt, og den vurderes at have ret afgørende betydning for deres chance for at blive valgt som leverandør af medarbejderløsningen.

...

Efterfølgende er de øvrige leverandører blevet informeret om, at én leverandør har justeret deres priser, og at de jf. rammeaftalens punkt 10.2 og 10.3 har ret til og er forpligtet til at gøre det samme hvis der er sket væsentlige ændringer i deres priser.

CGI har rettet henvendelse til projektet hvor de udtrykker bekymring i forhold til om accept af prisændring på baggrund af Rammeaftalens afsnit 10.2 og 10.3, reelt har givet adgang til en fornyet tilbudsgivning, som dermed fører til forskelsbehandling og afgivelse af tilbud på forkert grundlag.”

Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

”Styregruppen godkendte anbefalingen om, at Tunstall Healths prisreduktion afvises. Det betyder, at de oprindelige priser fra Tunstall Health ... skal anvendes ved den direkte tildeling af kontrakt vedr. medarbejderløsninger (og borgerløsninger). Det meldes ud til landsdelsprogrammerne lige efter styregruppemødet, af hensyn til processen for indgåelse af samarbejdsaftaler.”

Sent den 29. januar 2019 modtog styregruppen i Region Hovedstaden og Region Sjælland en mail med oplysning om, at FUT ikke kunne godkende Tunstall Healths nye priser, og at styregruppen skulle lave en ny indstilling

den 30. januar 2019.

Den 30. januar 2019 blev det indstillet, at styregruppen for Region Hovedstaden og Region Sjælland godkendte, at der ville blive indgået en leveranceaftale vedrørende udvikling, levering og drift af en telemedicinsk medarbejderløsning med CGI Danmark. Af indstillingen fremgår:

”...

Jf. mail i går aftes, så kommer her en revideret indstilling da Tunstall alligevel ikke fik medhold til at ændre deres priser.

...

FUT-projektet meldte i går ud til alle landsdelsprogrammerne, at prisen på løsningen fra én af de tre leverandører på rammeaftalerne for de telemedicinske medarbejderløsninger har ændret sig.

Der er tale om Tunstall Health, som efter tildeling på rammeaftalerne i starten af januar nedjusterede deres priser væsentligt. De er efterfølgende blevet bedt om at fremsende yderligere dokumentation for, at der er tale om en generel ændring af deres listepreiser, og at det dermed er en prisreduktion der kommer hele markedet til gode og ikke bare en nedjustering af deres pris på FUT-rammeaftalen. FUT-styregruppen har i går besluttet at følge anbefalingen fra en ekstern advokat om, ikke at godkende prisændringen, idet der ikke foreligger tilstrækkelig dokumentation.

Det betyder for os, at vi skal gennemføre tildelingsprocessen med afsæt i de priser, som Tunstall Health oprindeligt har opgivet, da de fremsendte deres tilbud. De tre trin i evalueringsprocessen, som også er beskrevet i dokumentet (1: Vægtning, 2: Prissætning af ydelser og leverancer og 3: Vurdering af de tilbudte medarbejderløsninger) vil være helt uændret, men med en ændring af Tunstalls priser betyder, at tildelingen af leveranceaftalen for hovedstaden / Sjælland ikke længere går til Tunstall Health men til CGI Danmark A/S.

Den samlede pris for medarbejderløsningen (inkl. 48 måneders drift og vedligehold og tilkøb) vil således være ca. kr. 5.94 mio. På en række kvalitative kriterier scorer CGI dog højere, hvilket jo er positivt.

...”

Samme dag skrev Region Midtjylland til Tunstall Health:

”...

Vi har – i samarbejde med vores advokat – set på anvendelsesområdet for bestemmelsen og den fremsendte dokumentation, og vi mener ikke at prisjusteringer kan foretages i en situation som den pågældende.

Først og fremmest er vi usikre på, hvad prisjusteringen reelt indebærer. Sætningen ”Desuden muliggjorde Tunstall-koncernens overtagelse af EWII Telecare, at det tilbudte produkt ikke krævede samme udvikling som tidligere, da Tunstalls produkt i langt højere grad matcher det ønskede FUTprodukt.” (og notatet fra Kristoffer Axelsson i det hele taget) indikerer, at der (delvist) vil blive leveret end anden teknisk løsning end den, der er indeholdt i tilbuddet på rammeaftalen. Og en prisjustering på denne baggrund kan under alle omstændigheder ikke gennemføres med henvisning til rammeaftalens punkt 10.2.

Herudover er det uklart, hvorvidt bestemmelsen i rammeaftalens punkt 10.2 finder anvendelse, hvor prisreduktionen sker på baggrund af en generel justering af listeprisen, selvom ”før-prisen” ikke er udregnet på baggrund af en sådan (jf. ”Af denne grund blev tilbuddet ikke udarbejdet direkte ud fra de tidligere listepriser hos EWII Telecare”). Henset til ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og at § 179 stiller krav om klare, præcise og entydige (ændrings)klausuler, er det – i bedste fald – usikkert, hvorvidt anmodningen om prisjustering kan accepteres med henvisning til rammeaftalens punkt 10.2.

På baggrund af ovenstående samt den fremsendte dokumentation afvises prisjusteringen, hvorfor de priser, der blev afgivet i forbindelse med tilbuddet på rammeaftalen vil finde anvendelse fremadrettet.  
 ...”

Den 5. februar 2019 anførte Tunstall Health, at det var virksomhedens opfattelse, at Region Midtjylland den 14. januar 2019 havde accepteret de ændrede priser, hvilket regionen også var forpligtet til, og regionen havde efterfølgende underrettet de øvrige leverandører herom. Tunstall Health oplyste desuden, at virksomheden vil levere den tekniske løsning, der var tilbudt i selskabets oprindelige tilbud.

Den 8. februar 2019 blev der holdt et møde mellem FUT, TeleCare og TeleKOL og Tunstall Health, hvor prisreguleringen blev yderligere drøftet. FUT lovede på mødet at udarbejde retningslinjer om dokumentation vedrørende prisændringer. Dette affødte et udkast til notat af 17. marts 2019 fra Holst Advokater.

Den 12. februar 2019 oplyste Tunstall Health via sin advokat, at virksomheden fastholdt sine ændrede priser, således at disse skulle indgå i evalueringen den 14. februar 2019. Tunstall Health anmodede samtidig om inden den 14. februar 2019 at blive oplyst om, hvis der var konkrete forhold vedrørende

dokumentationen, som var uforståelige eller utilstrækkelige, alternativt at evalueringen blev udsat kortvarigt, så Tunstall Health havde mulighed for at efterkomme kravet om yderligere dokumentation.

Den 14. februar 2019 svarede Region Midtjylland således:

”...

Som anført i mail af 30. januar 2019 blev din klients prisjustering afvist. Denne afvisning fastholdes af de heri anførte grunde. På baggrund af de tidligere modtagne oplysninger fra jer vurderes det således ikke muligt at modtage den nødvendige dokumentation for prisreguleringen jf. rammeaftalens pkt. 10.2 og 10.3, da sådan dokumentation – ud fra de senest fra jer modtagne oplysninger – tilsyneladende ikke forefindes.

Det kan desuden oplyses, at evalueringen for så vidt angår medarbejderløsninger er gennemført og godkendt i de respektive styregrupper, hvorfor evalueringen må anses for afsluttet. Offentliggørelse af resultatet forventes at ske i dag ... Der ses derfor allerede af denne grund heller ikke at være mulighed for udsætte tildelingen med henblik på indhentelse af yderligere dokumentation.

For så vidt angår dokumentationen bemærkes det i øvrigt, at din klient flere gange – både telefonisk og pr. mail – er oplyst og vejledt om kravene hertil. I den forbindelse kan det i øvrigt bemærkes, at din klient og dennes tidligere advokat flere gange gav udtryk for, at man (Tunstall Health) ikke havde mulighed for at få tildelt aftaler i henhold til rammeaftalerne på grund af de høje priser, der blev afgivet i forbindelse med tilbuddet på rammeaftalen. Vi undrer os derfor over, hvorvidt ønsket om prisreduktion alene er båret af forpligtelsen i rammeaftalen, når man samtidig ikke har kunne fremsende den fornødne dokumentation, eller om ønsket om prisreduktion alene skyldes, at man på baggrund af evalueringsnotaterne har haft mulighed for at vurdere konkurrencesituationen.

Yderligere undrer det os, at vi alene har modtaget forespørgsel om prisjustering fra din klient, men ikke søsterselskabet (Tunstall A/S) selvom de tilbudte løsninger efter det på mødet oplyste skulle være identiske. Dette gør sig navnlig gældende fordi der på mødet blev oplyst, at man har anvendt konsoliderede priser siden overtagelsen af EWII Telecare (ca. 2 uger efter afgivelsen af tilbud). Også dette forhold indikerer, at ønsket om prisreduktion alene skyldes, at man har haft mulighed for at vurdere konkurrencesituationen.

I forlængelse af ovenstående kan det yderligere oplyses, at der på mødet i fredags blev aftalt, at regionen skulle udarbejde krav til dokumentationen, der vil blive udsendt til alle leverandører på rammeaftalen omkring

den 1. marts 2019. Din klient er selvfølgelig velkommen til både forud for og efter, at fremsende anmodninger om prisreduktion og behørig dokumentation herfor med henvisning til rammeaftalen.

Endelig bemærkes det, at det fremgår af rammeaftalens pkt. 5.2.1, at vurderingen af tilbuddene i forbindelse med direkte tildeling i medfør af rammeaftalen: ”foretages på baggrund af de oprindeligt i forbindelse med udbuddet af Rammeaftalen indleverede tilbud.” Uanset om Tunstall måtte være berettiget og forpligtet til at justere priserne på de afgivne tilbud i medfør af rammeaftalens pkt. 10, vurderes dette derfor heller ikke at kunne tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

...”

Samme dag blev CGI orienteret om, at tildelingsproceduren i henhold til rammeaftale om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger, delaftale 1 (Medarbejderløsning), var blevet gennemført, og at CGI havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Region Midtjylland anmodede herefter Bech-Bruun Advokatpartnerselskab om at vurdere den foreliggende rammeaftale ”om levering, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger (udbud nr. 2) til medarbejdere (delaftale 1) i forhold til leverandørernes adgang til at foretage ændringer af priserne på rammeaftalen.” Regionen anmodede desuden om en vurdering af, hvilken betydning en eventuel prisreduktion vil have for de direkte tildelinger, der foretages i medfør af rammeaftalen herefter. Den 3. april 2019 modtog Tunstall Health og de øvrige leverandører notat af 2. april 2019 fra Bech-Bruun Advokatpartnerselskab.

Den 15. april 2019 indgav Tunstall en anmodning om regulering af virksomhedens priser i tilbuddet på rammeaftalen på ”Borgerløsning”. Anmodningen lød:

”...

Vores anmodning begrundes i, at vi siden indgivelse af vores tilbud i september 2018 har fået en ny prisstruktur, som gør sig gældende globalt og for hele Tunstall Group. Vi læner os derfor prismæssigt op af den samme pris, som vores søster selskab Tunstall Health ønsker at anmode om med henvisning til Rammeaftalens § 10.2 om Leverandørens pligt til prisjustering.

Endvidere varetages vores telemedicinske produkter og services i dag af vores søster selskab i Odense, Tunstall Health A/S, hvorfor denne anmodning skal ses i forlængelse af deres.

Jeg understreger, at vores anmodning om prisreduktion ikke vil have konsekvenser for den tilbudte løsning. Vi læner os også tilsvarende op af den dokumentation for prisændring, som Tunstall Health og øvrige selskaber i Tunstall Group har frembragt.

...

Til anmodningen var vedlagt 1) notat, 2) ”Bilag 1. Bilag C – Priser (M) Tunstall” 3) ”Bilag 2. Bilag C – Priser (M) Tunstall Health AS NY”, 4) ”Sammenligning af priser”, 5) ”Bilag 3. Prisliste EWII Telecare 2017 & 2018”, 6) ”Bilag 4. New Pricing Strategy Tunstall Group Connected Health 2018”, 7) ”Bilag 5. Prisliste Tunstall AS 2018”, 8) ”190412 Generel mail om ny og mere attraktiv priskultur”, 9) Mail til Odense Universitetshospital om ny prisstruktur fra 2019, 10) ”Bilag 6. Dokumentation for kommunikation af nye priser – egne websites”, 11) Mail til Svendborg Kommune om ny prisstruktur fra 2019, 12) Mail til Region Hovedstaden om ny prisstruktur fra 2019 og 13) ”Bilag 7. Prisliste Tunstall Health & Tunstall 2019”.

Den 10. maj 2019 afslog Region Midtjylland at imødekomme anmodningen. Af afslaget fremgår bl.a.:

”Den fremsendte dokumentation indikerer, at der er tale om generel ændring af leverandørernes listepriser, jf. de fremsendte Bilag 3 og 5 sammenholdt med Bilag 6 og 7 samt Bilag 8 til 11.

De angivne listepriser i bilagene kan imidlertid ikke henføres direkte til de i Bilag C (tilbudslisten) angivne enhedspriser, hvormed kravene til dokumentationen skærpes, jf. Bech-Bruuns notat af 2. april 2019, da det medfører usikkerhed og risiko for, at de ændrede priser ikke vedrører samme produkter og ydelser, som de produkter og ydelser, der var en del af det oprindelige tilbud.

Leverandørerne har som dokumentation for listeprisernes betydning for fastsættelsen af enhedspriserne fremlagt en række dokumenter, herunder Bilag 1, Bilag 4 samt notat vedrørende ændringer dateret den 7. og 15. januar 2019. Dokumenterne udgør delvist egen-erklæringer, der ikke kan stå alene som dokumentation, jf. også Bech-Bruuns notat af 2. april 2019.

...

Ønsker leverandørerne fortsat at reducere sine priser, bør de redegøre for og dokumentere, hvordan de ændrede listepriser indgik i forbindelse med afgivelsen af tilbud, således at det kan konstateres, om priserne og ydelserne er indgået på samme måde i fastsættelsen af enhedspriserne ved tilbudsafgivelsen såvel som i den form og karakter, som leverandørerne



ønsker det skal ske nu. Dette vil kunne ske ved uddybning af notaterne fra den 7. og 15 januar, hvor det beskrives og dokumenteres, at listepri-  
serne indgik på samme måde ved tilbudsafgivelsen, som leverandørerne  
ønsker de skal indgå nu. Yderligere bør der redegøres for, hvordan liste-  
priserne er grupperet, og hvordan der kan ske sammenligning med liste-  
priserne fra 2019.”

Den 22. maj 2019 fremsendte Tunstall og Tunstall Health yderligere doku-  
mentation for, at der kunne ske prisregulering i overensstemmelse med kon-  
traktens punkt 10.2. Dokumentationen bestod i en redegørelse for listepri-  
sernes gruppering og sammenhæng med tilbuddet og nye bilag.

På baggrund af en telefonsamtale mellem Tunstall Health og styregruppefor-  
manden i FUT fremsendte Tunstall Health den 28. maj 2019 et beslutnings-  
oplæg, der lå til grund for Tunstall Healths prissætning, som var blevet god-  
kendt på et møde med EWII A/S’ direktør den 22. august 2018, og som viser,  
hvordan virksomheden har prissat i detaljer, herunder hvordan virksomheden  
har prissat bagudrettet.

Den 29. maj 2019 svarede Region Midtjylland følgende, idet regionens svar  
er skrevet med normal skrift, mens Tunstall Healths bemærkninger af 30. maj  
2019 er markeret med kursiv:

”...

- Det fremsendte materiale, der redegør for sammensætningen af ydel-  
ser er i høj grad egen erklæringer, der ikke støttes af egentlig doku-  
mentation

*Vi har svært ved at forestille os en dokumentation, der redegør for  
hvordan vi sammensætter vores ydelser, hvor egen-erklæringer ikke  
er eneste dokumentation. Det virker som et umuligt krav at sætte til  
dokumentation på dette felt. Det handler jo her om Bech Bruun-nota-  
tets udsagn om bevisbyrde og skærpede dokumentationskrav, herun-  
der at egen-erklæringer ikke kan stå alene som dokumentation. Det  
er formentligt fornuftigt, at dokumentationen for listepri-  
sernes gene-  
relle karakter ikke blot har form af egen-erklæringer. Men at de på-  
gældende listepri-  
ser faktisk relaterer sig til produkter omfattet af til-  
buddet, kan efter vores opfattelse ikke kræve nogen særligt kvalifice-  
ret form for bevis – herunder, at leverandøren én til én kan vise, at  
alle priser omfattet af tilbuddet er omfattet af listepri-  
serne, eller at  
listepri-  
serne i øvrigt indgik i leverandørens kalkulationer i forbin-  
delse med tilbudsafgivelsen.*

*Det afgørende må efter vores vurdering være, at de generelle listepri-  
ser har ændret sig fra tidspunktet for tilbudsafgivelsen, og at disse  
generelle listepri- ser relaterer sig til produkter omfattet tilbuddet. ...*

- Excel-arkene (som der henvises til neden for) vedrører enten alene sammenligningsgrundlaget, hvormed prisreduktionen tydeliggøres, eller dokumentation for prisreduktionen, og ikke hvad der ligger til grund for de (oprindeligt) afgivne priser

*Hvad der ligger til grund for de oprindeligt afgivne priser er indsat i PDF-filerne "20190522, Notat Tunstall Health" og "20190522, Notat Tunstall". Disse indsatte Excelberegningsark kan godt fremsendes, hvis det ikke anses som dokumenteret fordi beregningerne er indsat i notatet.*

..."

Den 3. juni 2019 henvendte Tunstall og Tunstall Health sig på ny til Region Midtjylland og oplyste, at virksomhederne inden for 10 arbejdsdage ville fremsende supplerende redegørelser, og de anmodede samtidig om, at Region Midtjylland eller Bech-Bruun Advokatpartnerselskab ville drøfte dokumentationsbehovet, og at enhver kontrakttildeling under rammeaftalen blev stillet i bero, indtil virksomhedernes ændrede priser var blevet godkendt.

Den 6. juni 2019 svarede Region Midtjylland bl.a., at regionen ikke var enig i virksomhedernes forståelse af bestemmelserne om prisreduktion, at regionen fortsat manglede relevant dokumentation for prisændringerne, og at regionen ikke fandt grundlag for at afholde et nyt møde.

Den 7. juni 2019 blev Tunstall og Tunstall Health telefonisk oplyst af formanden for FUT's styregruppe om, at alle kontrakter under rammeaftalen var tildelt.

Den 13. juni 2019 fremsendte Tunstall Health en ny redegørelse vedrørende prisregulering på "Borgerløsning", og dagen efter sendte Tunstall Health en ny redegørelse vedrørende prisregulering på "Medarbejderløsning". Den 17. juni 2019 sendte Tunstall tilsvarende redegørelser for prisreguleringen.

Den 25. juni 2019 blev der afholdt et møde mellem FUT, Tunstall og Tunstall Health. I forbindelse hermed havde FUT inden mødet fremsendt spørgsmål vedrørende bl.a. redegørelserne, som virksomhederne besvarede inden mødet.

Der blev afholdt styregruppemøde i FUT den 28. juni 2019, og Tunstall og Tunstall Health fremsendte derfor yderligere redegørelser vedrørende de enkelte underpunkter i tilbudslisten og deres forhold til listepriiserne.

Den 2. juli 2019 meddelte Region Midtjylland Tunstall og Tunstall Health, at prisreguleringen fortsat ikke kunne ske under henvisning til ændringsklausulen i rammeaftalens pkt. 10.2 eller alternativt efter udbudslovens §§ 178-184. Regionen henviste også til notat af 30. juni 2019 udarbejdet af Bech-Bruun Advokatpartnerselskab, hvoraf blandet andet fremgår, at der ikke kan ske selektiv prisregulering.

### Parternes anbringender

#### Ad FUT's, TeleCares og TeleKOLs afvisningspåstand

FUT, TeleCare og TeleKOL har gjort gældende, at Klagenævnet for Udbud skal afvise klagen, fordi klagen vedrører et kontraktretligt forhold, og klagenævnet af denne grund ikke har kompetence til at træffe afgørelse i sagen, jf. klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 1, modsætningsvist, og lovbemærkningerne hertil.

FUT, TeleCare og TeleKOL har ifølge Tunstall og Tunstall Health, med forskellige begrundelser anført under påstand 1 og 2, overtrådt udbudslovens §§ 2 og 99 ved ikke at have godkendt en anmodet prisregulering fra Tunstall og Tunstall Health og ved at have tildelt en kontrakt under den omhandlede rammeaftale uden at have taget hensyn til de ændrede priser fra virksomhederne. Vurderingen af, om der kan foretages prisreguleringer i overensstemmelse med Tunstalls og Tunstall Healths anmodninger, beror på en fortolkning af rammeaftalens pkt. 10.2 og er dermed en kontraktretlig bedømmelse af den rammeaftale, som parterne har indgået, og som ikke er reguleret i udbudsloven. Uoverensstemmelsen mellem parterne er ikke en uenighed om rammeaftalens pkt. 10.2, men om, hvorvidt de fremlagte prisreguleringsanmodninger og dokumenter udgør tilstrækkelig redegørelse og dokumentation for at opnå prisregulering i medfør af ændringsklausulen. Denne bevisbedømmelse er ikke underlagt klagenævnets kompetence, fordi den vedrører en kontraktretlig og regulær bevisbedømmelse. Forholdet er ikke en retlig vurdering af, om FUT, TeleCare og TeleKOL har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Ordregiverens forpligtelse i henhold til udbudsloven efter kontraktens indgåelse vedrører ordregivers begrænsede adgang til ændringer *af* kontrakten i modsætning til ændringer *i medfør af* kontrakten. Udbudslovens regulering af ændringer af kontrakten er reserveret til ændringer, som ikke er hjemlet i ændringsbestemmelser i kontrakten. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og udbudslovens §§ 178 og 180-184 sætter grænser for, hvilke ændringer ordregiverne og leverandørerne kan foretage i kontrakten uden for ændringsklausuler i kontrakten. Den påståede tilsidesættelse af udbudslovens § 2 adskiller sig herfra, fordi der i rammeaftalens pkt. 10.2 er indeholdt en ændringsklausul, jf. udbudslovens § 179. Ændringsadgangen omhandler alene en fortolkning af ændringsklausulens indhold og betingelser samt Tunstalls og Tunstall Healths eventuelle opfyldelse heraf.

En retlig vurdering af ændringsklausuler er tillige en kontraktretlig vurdering, der ligger uden for klagenævnets kompetence, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 179.

Hvis det antages, at rammeaftalens punkt 10.2 var uklar, medfører det ikke, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overtrædes. Alternativet er, at bestemmelsen i så fald ikke hjemler en ændringsadgang, hvorefter bestemmelsen ikke vil kunne finde anvendelse. Prisreguleringen ville i stedet skulle bedømmes efter udbudslovens §§ 178 og 180-184. En ændring som den omhandlende, hvorved priserne på rammeaftalen reduceres med op til 89 % og 87 % overskrider langt grænserne for lovlige ændringer. Ændringen ville medføre, at en ny leverandør ville erstatte den leverandør, som ordregiveren ellers ville have tildelt kontrakten til, og en sådan ændring ville indebære en ændring af grundlæggende elementer, som ikke ville være lovlig, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4.

Tunstall og Tunstall Health har bestridt, at klagenævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelse, fordi klagen ikke vedrører et kontraktretligt forhold opstået efter gennemførelsen af et udbud.

Tunstalls og Tunstall Healths interesse i håndteringen af prisreguleringsbestemmelsen knytter sig til udbudsprocessen og spørgsmålet om, hvorvidt FUT, TeleCare og TeleKOL har været berettiget til at se bort fra virksomhedernes reducerede priser i forbindelse med direkte tildelinger af kontrakter.

Klagenævnet skal forholde sig til de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Klagen angår processen i forbindelse med FUT, TeleCare og TeleKOLs direkte tildelinger af kontrakter på grundlag af en rammeaftale. Klagenævnet skal for det første tage stilling til, om udbudslovens § 99 sammenholdt med § 2, stk. 1, tillader, at en ordregivende myndighed foretager direkte tildeling af en kontrakt uden at have sikret, at alle leverandørers priser indgår på korrekt grundlag. Klagenævnet skal for det andet tage stilling til, om ordregiveren må gennemføre en direkte tildeling, hvis udbudsmaterialet, den hermed følgende rammeaftale, ordregiverens vejledningsindsats og ordregiverens forhold i øvrigt giver anledning til en sådan usikkerhed, at det ikke forinden tildelingsbeslutningen har været muligt at fastslå, med hvilke priser en leverandørs tilbud skal indgå i evalueringen. For det tredje skal klagenævnet potentielt tage stilling til, om udbudslovens § 178 tillader FUT, TeleCare og TeleKOL at se bort fra prisreguleringsbestemmelsen uden at gennemføre et nyt udbud.

#### Klagenævnet udtaler:

Region Midtjylland har den 8. januar 2019 på baggrund af et EU-udbud efter udbudsdirektivet indgået en rammeaftale med bl.a. Tunstall og Tunstall Health.

Klagenævnet har efter lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, herunder om indkøb efter udbudsdirektivet og kontrakter inden for forsyningsvirksomhed. Klagenævnet har herudover kompetence til at behandle klager over overtrædelse af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven). Klagenævnet har derimod ikke kompetence til at behandle klager, der vedrører spørgsmål om overholdelse af kontrakter indgået mellem en myndighed og en virksomhed. Dette gælder, uanset om kontrakten er indgået på grundlag af et EU-udbud eller indgået uden et sådant udbud.

De nedlagte påstande omfatter efter deres ordlyd ikke fællesskabsrettens almindelige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Tunstall og Tunstall Health ønsker klagenævnets stillingtagen til en tvist mellem på den ene side Tunstall og Tunstall Health og på den anden side Region Midtjylland om forståelse af en prisreguleringsbestemmelse i rammeaftalerne om leve-

ring, vedligeholdelse og videreudvikling af telemedicinske løsninger til medarbejdere (delaftale 1) og borgere (delaftale 2), der den 8. januar 2019 for så vidt angår delaftale 1 og 2 blev indgået mellem Tunstall Health og Region Midtjylland og for så vidt angår delaftale 2 blev indgået mellem Tunstall og Region Midtjylland.

På den baggrund afviser klagenævnet klagen.

Parterne er uenige om, hvorvidt Region Midtjylland ville kunne se bort fra prisreguleringsbestemmelsen i rammeaftalens pkt. 10.2 uden at gennemføre et nyt udbud. Klagenævnet finder imidlertid ikke grundlag for at tage stilling til dette spørgsmål, da Tunstall og Tunstall Health ikke har nedlagt påstande om, at Region Midtjylland har set bort fra prisreguleringsbestemmelsen.

Efter klagesagens udfald og forløb, herunder omfanget af skriftvekslingen, skal Tunstall og Tunstall Health betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til FUT, TeleCare og TeleKOL.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Tunstall A/S og Tunstall Health A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin v/Region Midtjylland, TeleCare Nord og TeleKOL Landsdel Sjælland.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg  
kontorfuldmægtig