

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Ringkøbing-Skjern Kommune og klagen er herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Jacobs Douwe Egberts DK ApS
(Advokat Betina Wichmann, København)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(Advokat Henrik Holtse, København)

Klagenævnet har den 12. august 2024 modtaget en klage fra Jacobs Douwe Egberts DK ApS (herefter ”JDE”).

JDE har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Ringkøbing-Skjern Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 12 og svarskrift.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder foruden påstanden om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke at have fulgt den fremgangsmåde for evaluering af kvalitet som beskrevet i udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, da den beskrevne evalueringsmodel ikke er blevet fulgt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 170 ved at indkalde til en ny smagstest efter at have annulleret tildelingsbeslutningen af 1. juli 2024.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med ligebehandlings-, proportionalitets- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at indkalde til en ny smagstest efter at have annulleret tildelingsbeslutningen af 1. juli 2024.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, ved ikke i sin underretning om tildeling at have angivet en tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen af 9. august 2024.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, ved ikke i sin underretning om tildeling af 9. august 2024 at have oplyst en dato for standstill-periodens udløb.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning om tildeling af kontrakten af 9. august 2024 til I.M. Frellsen K/S i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 8

[Udeladt]

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal annullere udbuddet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, nr. 2.”

Ringkøbing-Skjern Kommune har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at påstanden ikke tages til følge.

Ringkøbing-Skjern Kommune har vedrørende påstand 2-5 og 7 og 9 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Ringkøbing-Skjern Kommune har erkendt overtrædelsen ad påstand 6.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 295042-2024 af 17. maj 2024, offentliggjort den 21. maj 2024, genudbød Ringkøbing-Skjern Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om køb af kaffe, te, maskiner og service. Tildelingskriteriet var det mest fordelagtige tilbud baseret på bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne Pris (vægt 40 %) og Kvalitet (vægt 60 %). Kontrakten har en varighed på 6 år og en anslået værdi på 10 mio. kr.

I udbudsbetingelserne står der bl.a.:

”1.12 Tildelingskriterier

...

Kvalitet vil blive evalueret ud fra en blindsmagning af et smagspanel af ansatte fra Ringkøbing-Skjern Kommune. Kvaliteten evalueres på baggrund af:

Den samlede oplevelse, som skønnes efter følgende prioriterede rækkefølge:

- Det vægtes positivt hvis smagen er tydelig, blød, afrundet og uden bitterhed.
- Det vægtes positivt hvis farven er kraftig, klar, indbydende og uden ”olielignende” pletter.
- Det vægtes positivt hvis duften klart signalerer friskbrygget kaffe.

Ved vurderingen af tilbuddenes kvalitative kriterier anvender ordregiver følgende evalueringsmodel:

Score	Vurdering
10	Særdeles tilfredsstillende
7	God
5	Middel
3	Under middel
0	Skuffende

Tilbuddene evalueres efter en absolut standard. Såfremt tilbudsgivere står lige, vil der ske lodtrækning med de relevante tilbudsgivere.

Resultatet af blindsmagningen af kaffe vil udgøre 90 % af kvalitetskriteriet.

Resultatet af blindsmagningen af te, kakao og tilbehør vil udgøre 10 % af kvalitetskriteriet.

Alle smagsprøver scores individuelt efter evalueringsmodellen og de to gennemsnit udregnes, herefter vægtes kvalitetskriteriet.

1.12.1 Vareprøver:

Efter tilbudsfristens udløb skal tilbudsgivere levere / medbringe vareprøver med tilhørende produkt- og doseringsoplysninger til smagstest. Vareprøverne er ordregivers ejendom efter smagstesten. Vareprøver skal mærkes tydeligt med tilbudsgivers Leverandørnavn og vareprøvens positionsnummer jf. bilag 1 - Tilbudslisten.

Vareprøverne skal være følgende produkter fra bilag 1 – tilbudslisten:

A-5: Luksus, 100 % Arabica, min. én certificering

A-7: Luksus, 100 % Arabica, min. én certificering

A-8: Blandet, 70 % Arabica, min. én certificering

B-1: Earl Grey

B-1: Lakrids / Lakridsrod

B-17: Kakaopulver i breve/sticks, min. 14 % kakao

Ved smagstesten skal vareprøver fremstilles i den dosering, som tilbudsgiver har angivet i tilbudslistens faneblad. Produkter fra tilbudslistens faneblad ”B Te, kakao og tilbehør” vil blive brygget med brug af eksisterende automater, som leverer 1,5 deciliter ca. 86 grader varmt vand. Angiver pakningen en lavere brygningstemperatur, følges denne. Herefter bevæges indholdet løbende i afslappet tempo i den minimumstid, som pakningen angiver at produktet skal trække.

1.12.2 Blindsmagning den 28. juni, 2024, kl. 9 opsætning af maskiner fra kl. 8.

Tilbudsgivere skal selv deltage ved smagstesten ved selv at dosere og tilberede kaffen på egen medbragt kaffemaskine, som typemæssigt ikke må adskille sig væsentligt fra en Bonomat Novo 2 eller tilsvarende, medmindre der er tale om en tilbudt model fra tilbudslistens faneblad ”C Maskiner”. Doseringen skal følge det angivne fra tilbudslisten, og skal kontrolleres af en repræsentant for ordregiver, inden brygning igangsættes.

...

Af praktiske hensyn skal kaffen hældes på termokander og fragtes til smagningslokalet hvor det smages på umiddelbart efter. Smagningen vil foregå ved ophældning i porcelænskopper eller krus, og smagning ved brug af teskeer.

Ordregivers termokander skal benyttes, og tilbudsgiverne kan benytte køkkenets faciliteter, herunder industriopvaskemaskinen til yderligere rengøring og forvarmning af termokanderne.

Smagstesten vil bestå af en besigtigelse af kaffen, brygning af kaffen ud fra de i tilbudslisten givne doseringsoplysninger, se på den bryggede kaffes farve og smage på kaffen.

Resultatet af smagstesten vil ikke blive oplyst på dagen og delresultaterne oplyses ikke.

...

2.8 Maskiner

...

Almindelige husholdningsmaskiner er ikke omfattet af dette udbud. Husholdningsmaskiner i dette udbud defineres som værende mindre kaffemaskiner, der er målrettet den private husholdning. Alle maskiner og produkter, der tilbydes er standardiseret i deres form og funktion efter produkttypen. Dette skal forstås således at maskiner med beholdere til formalet kaffe, kan benytte enhver almindeligt forekommende form for formalet kaffe. Samme princip gør sig gældende for; hele kaffebønner, instant kaffe, kakaopulver og mælkeprodukttyper.

...

Specifikationen af de enkelte maskinkategorier fremgår af tilbudslisten (se bilag 1 – Tilbudslisten).”

Af tilbudslisten fremgår under faneblad ”2c - Maskiner” bl.a. følgende om de maskiner, som tilbudsgiver skal levere, og som tilbudsgiver måtte benytte under blindsmagningen:

”...

No	Nedenstående krav er minimumskrav Garanti minimum 24 måneder	Forventet antal
Bryganlæg		
1	Bryggeanlæg (2 x 5 L) - med separat tevands udtag	1
2	Bryggeanlæg (2 x 10 L) - med separat tevands udtag	1
3	Bryggeanlæg (2 x 20 L) - med separat tevands udtag	1
Kolbmaskiner - manuel vandpåfyldning		
4	Maskine med et brygudtag og en ekstra varmeplade	2
5	Maskine med to brygudtag og to ekstra varmeplader	1
Kolbmaskiner - automatisk vandpåfyldning		
6	Maskine med et brygudtag og en ekstra varmeplade	1
7	Maskine med to brygudtag og to ekstra varmeplader	1
Friskbrygautomater		
8	Friskbrygautomat, kaffe og vand til te	1
9	Friskbrygautomat, kaffe, vand til te og mulighed for flere drikkevarianter	3
10	Friskbrygautomat, hele bønner, kaffe og vand til te	2
11	Friskbrygautomat, hele bønner, vand til te og mulighed for flere drikkevarianter	4
12	Friskbrygautomat, Min. to beholdere til hele bønner, vand til te og mulighed for flere drikkevarianter	3
Maskine til instant / granulat / flydende kaffe		
13	Instant, kaffe og vand til te	15
14	Instant, kaffe, vand til te og mulighed for flere drikkevarianter - tilslutning til 230V	20
15	Instant, kaffe, vand til te og mulighed for flere drikkevarianter - tilslutning til 400V	5
Koldt vandautomat		
16	Koldt vandautomat (gulversion)	5
17	Koldt vandautomat (gulversion) med mulighed for brus	2
18	Koldt vandautomat (bordversion)	10
19	Koldt vandautomat (bordversion) med mulighed for brus	2

...”

Blindsmagningen blev afholdt den 28. juni 2024.

Ved brev af 1. juli 2024 til JDE meddelte Ringkøbing-Skjern Kommune, at kommunen havde til hensigt at tildele kontrakten til I.M. Frellsen K/S. Af underretningen fremgår bl.a.:

”Evalueringen og pointtildelingen er forløbet således:

Pris

I forhold til kriteriet pris, som vægtede 40 %, var der et spænd fra den laveste samlede pris til den højeste på 29 %. Dermed var skalaen for ”Tættere spredning” i spil, jævnfør punkt 1.12 i udbudsmaterialet.

Vinderen havde det billigste tilbud og fik derfor 10 point, som vægtet gav 4 point.

JDE fik seks point i kriteriet pris, som vægtet giver 2,4 point.

Kvalitet

I forhold til kvalitetskriterierne, som samlet vægtede 60 %, hvoraf blindsmagningen af kaffeprodukterne vægtede 9/10-dele (90 %) og te m.m. vægtede 1/10-del (10 %).

Vinderen scorede 4,16 point til blindsmagningen, som vægtet giver 2,5 point.

I alt fik vinderen 6,5 vægtede point.

JDE scorede 4,92 point til blindsmagningen, som vægtet giver 2,95 point.

I alt fik JDE 5,35 vægtede point.

Der indtræder nu en Stand-Still periode på ti dage, hvorefter kontraktindgåelse vil finde sted.”

JDE anmodede herefter Ringkøbing-Skjern Kommune om aktindsigt i evalueringen af de andre tilbudsgiveres tilbud og tilbudte maskiner på tilbudslstens faneblad ”2c - Maskiner”.

Den 9. juli 2024 gav Ringkøbing-Skjern Kommune aktindsigt i resultaterne for blindsmagningen, resultaterne for pointgivningen for tildelingskriteriet ”Pris” og de øvrige tilbudsgiveres tilbudsliste for så vidt angår faneblad ”2c – Maskiner” i redigeret form.

Af resultaterne for blindsmagningen fremgår, at JDE opnåede den højeste gennemsnitsscore for vareprøve A-7 på 5,89, mens JDE opnåede den laveste gennemsnitsscore for vareprøve A-8 på 3,44.

Den 10. juli 2024 gjorde JDE over for Ringkøbing-Skjern Kommune indsigelse over tildelingsbeslutningen, idet de andre tilbudsgivere på nær JDE havde benyttet en elkedel ved tilberedningen af vareprøve A-7 og A-8. Af indsigelsen fremgår bl.a.:

”På baggrund af dokumenterne har vi flg. kommentarer:

1. Til smagstesten blev instantkaffe tilberedt med en standard elkedel af: BKI, Frellsen og Peter Larsen kaffe
2. På positionerne 13, 14 og 15 i tilbudslisterne fra nævnte leverandører fremgår ikke en elkedel. Der anvendes Animo Optivend og Bonamat Bolero maskiner som alle er kaffebryggere.

Ud fra disse informationer sammenholdt med nedenstående uddrag fra udbudsbetingelserne, mener JDE ikke at de øvrige tilbudsgivere er konditionsmæssige til smagstesten og derfor bør deres tilbud diskvalificeres og JDE bør tildeles kontrakten.

- Instant kaffen er IKKE tilberedt på medbragt kaffemaskine
- En elkedel er ikke en kaffemaskine eller kaffebrygger.
- En elkedel adskiller sig væsentligt fra en Novo 2 eller tilsvarende
- Der er ikke tilbudt en elkedel i tilbudslistens faneblad "C Maskiner" og kan derfor ikke anvendes til smagstesten."

Den 12. juli 2024 tilbagekaldte Ringkøbing-Skjern Kommune tildelingsbeslutningen af 1. juli 2024. Af kommunens underretning herom fremgår bl.a. følgende:

"Ordregiver tilbagekalder hermed tildelingsbeslutningen fra den 1. juli 2024, da ordregiver har begået fejl ved den oprindelige vurdering af de indkomne tilbud.

Alle tilbudsgivere vil blive inviteret til en ny smagsprøvning. Blindsmagningen vil vedrøre de berørte smagsprøver, som angår de følgende to produkter fra tilbudslisten:

A-7: Luksus, 100 % Arabica, min. én certificering

A-8: Blandet, 70 % Arabica, min. én certificering

Til den nye prøvesmagning vil de to omtalte produkter, skulle fremstilles i henhold til udbudsmaterialet og det oplyste på tilbudslisten, samt smages og vurderes på ny af et smagspanel.

Der vil herefter blive gennemført en ny tilbudsevaluering og truffet en ny tildelingsbeslutning."

Den 19. juli 2024 indkaldte Ringkøbing-Skjern Kommune JDE til blindsmagning den 9. august 2024. Af indkaldelsen fremgår bl.a. følgende:

"I inviteres hermed til at deltage i en ny smagsprøvning.

Blindsmagningen vil udelukkende vedrøre følgende to produkter fra tilbudslisten:

A-7: Luksus, 100 % Arabica, min. én certificering

A-8: Blandet, 70 % Arabica, min. én certificering

Til den nye smagsprøvning vil de to omtalte produkter, skulle fremstilles i henhold til udbudsmaterialet og det oplyste på tilbudslisten, samt smages og vurderes på ny af et smagspanel.

Der vil herefter blive gennemført en ny tilbudsevaluering og truffet en ny tildelingsbeslutning.

Til orientering, så har den indsendte klage til Klagenævnet for Udbud ikke fået opsættende virkning, hvorfor udbudsprocessen fortsætter, dog med denne nye smagsprøvning af de to tidligere nævnte produkter.

...

I opfordres hermed til at orientere om den medbragte maskine og dennes strømbehov på forhånd.”

Den nye blindsmagning blev afholdt den 9. august 2024 og samme dag meddelte Ringkøbing-Skjern Kommune, at kommunen havde til hensigt at tildele kontrakten til I.M. Frellsen K/S. Af underretningen fremgår bl.a.:

”Evalueringen og pointtildelingen er forløbet således:

...

Kvalitet

I forhold til kvalitetskriterierne, som samlet vægtede 60 %, hvoraf blindsmagningen af kaffeprodukterne vægtede 9/10-dele (90 %) og te m.m. vægtede 1/10-del (10 %).

Vinderen scorede 4,7 point til blindsmagningen, som vægtet giver 2,82 point.

I alt fik vinderen 6,82 vægtede point.

JDE scorede 4,88 point til blindsmagningen, som vægtet giver 2,93 point.

I alt fik JDE 6,13 vægtede point.

Der indtræder nu en Stand-Still periode på ti dage, hvorefter kontraktindgåelse vil finde sted.”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

JDE har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Ringkøbing-Skjern Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at påstanden skal afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Ringkøbing-Skjern Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har JDE gjort gældende, at evalueringen af tildelskriteriet kvalitet ikke blev fulgt, da BKI, I.M. Frellsen K/S og Peter Larsen Kaffe A/S alle tilberedte kafferne på tilbudslistens listepunkt A-7 og A-8 ved benyttelse af en elkedel i strid med udbudsbetingelsernes punkt 1.12.2, hvorefter der skulle anvendes en kaffemaskine, der ikke typemæssigt måtte adskille sig fra en Bonomat Novo 2 eller tilsvarende, medmindre der blev benyttet en tilbudt model fra tilbudslistens faneblad C.

Derudover blev smagsprøvningen ikke gennemført i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da den blev delt op i to dele, hvor første del blev afholdt den 28. juni 2024, mens den anden del blev afholdt den 9. august 2024.

Kommunen har derfor handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 160, stk. 1.

Formålet med udbudslovens § 160 er ifølge lovbemærkningerne at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgivernes mulighed for at optimere deres tilbud, at der skabes større sikkerhed om, hvordan tilbudsevalueringen skal foregå, og at understøtte hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne.

Det følger i den sammenhæng af EU-Domstolens praksis, at det er ordregiverens ansvar at sikre, at udbudsmaterialet i sin helhed, herunder evalueringsmodellen, er beskrevet klart, utvetydigt og udtømmende, jf. blandt andet EU-Domstolens sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, og Rettens sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen.

Det er således både et krav og en afgørende faktor for tilbudsgivernes tilrettelæggelse af deres tilbud, at de ved præcist, hvordan deres tilbud efterfølgende bliver evalueret.

Det fremgår af klagenævnspraksis, at når en ordregiver har fastlagt en evalueringsmodel, kan ordregiver ikke ændre på den. Der kan herved henvises til klagenævnets kendelse af 14. juli 2023, Oluf Brønnum & Co. A/S mod Region Hovedstaden.

Ligeledes vil det være i strid med ligebehandlingsprincippet at tilbyde enkelte tilbudsgivere særskilte muligheder i forhold til de øvrige tilbudsgivere, jf. klagenævnets kendelse af 2. januar 2023, WinnCare Nordic ApS mod Aarhus Kommune.

Ringkøbing-Skjern Kommune har i udbudsmaterialet beskrevet evalueringen af kvalitet gennemgående, utvetydigt og udtømmende. Det var beskrevet, at den kvalitative evaluering af kvalitet ville bestå i afprøvning og vurdering af vareprøver, herunder ved gennemførelse af en smagstest. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at vareprøverne, der skulle afprøves ved smagstesten, bl.a. bestod af position A-8 fra tilbudslisten. I tilbudslisten er position A-8, Instant/granulat/flydende kaffe.

I udbudsbetingelserne pkt. 1.12.2 er det klart beskrevet, at kaffen skal brygges ved brug af den type maskine, som udbuddet omfatter. Det fremgår tillige, at det var tilbudsgivernes ansvar at medbringe den type maskine(r), der skulle anvendes til tilberedelsen af kaffen. Denne type maskine måtte ikke være en almindelig husholdningsmaskine, såsom en elkedel. Udbuddet omfattede ikke almindelige husholdningsmaskiner.

Alle andre tilbudsgivere end JDE tilberedte dog kaffen på tilbudslistens A-7 og A-8 ved benyttelse af en almindelig elkedel.

I overensstemmelse med udbudsbetingelserne var en repræsentant for Ringkøbing-Skjern Kommune til stede for at kontrollere, at kaffen blev tilberedt i overensstemmelse med den beskrevne proces. Det er kommunens ansvar at sørge for, at blindsmagningen følger beskrivelserne i udbudsmaterialet og på en måde, hvor tilbudsgiverne på forhånd kan gennemskue, hvordan blindsmagningen finder sted, jf. klagenævnets kendelse af 6. marts 2024, Tønder Taxi ApS mod Tønder Kommune. Alle tilbudsgivere skal behandles lige. Alle tilbudsgiverne skulle derfor tilberede kaffen på den type maskine, som fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 1.12.2. Kommunen burde have nægtet de øvrige tilbudsgivere at tilberede kaffen ved brug af en elkedel, da det

var tilbudsgivernes eget ansvar at medbringe korrekte kaffemaskiner. De øvrige tilbudsgivere burde herefter have opnået 0 point på tilbudslistens punkt A-7 og A-8, da de ikke havde mulighed for at servere instant kaffe. Dette ville have bevirket, at JDE ville være blevet tildelt kontrakten.

Smagstesten indgik som en del af evalueringen af tildelingskriteriet kvalitet. Kvalitet udgjorde 60 % af den samlede vurdering, og blindsmagningen af kaffe udgjorde 90 % af vurderingen af tildelingskriteriet kvalitet.

JDE fik den laveste gennemsnitssum for blindsmagningen af listepunkt A-7 og A-8. Det har derfor formodningen imod sig, at det ikke har gjort en forskel, at de øvrige tilbudsgivere fik mulighed for at tilberede kaffen ved benyttelse af elkedel.

Processen for vurdering af kriteriet kvalitet var klart beskrevet i udbudsbetingelserne, således at der ville blive afholdt én blindsmagning den 28. juni 2024.

Efter Ringkøbing-Skjern Kommunens tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen den 12. juli 2024 og efterfølgende indkaldelse til ny del-blindsmagning er smagsprøvningen blevet opdelt, hvorefter blindsmagningen ikke afholdes for samtlige vareprøver, som forudsat i udbudsbetingelsernes punkt 1.12.2.

Særligt vedrørende påstand 1 har Ringkøbing-Skjern Kommune til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at den smagstest, der klages over, er blevet omgjort, og at forholdet ikke indgår i den nye tildelingsbeslutning.

Det fremgår ikke af klagen, hvad JDE ønsker at opnå med at få klagenævnets stillingtagen til, hvorvidt en omgjort smagstest var i strid med udbudsreglerne.

Det synes formålsløst at behandle påstanden, fordi stillingtagen hertil ikke kan få betydning for udbuddet, da forholdet er omgjort af Ringkøbing-Skjern Kommune.

Klagenævnet skal ikke behandle klager over hypotetiske overtrædelser, fiktive eller historiske forhold, som en klager mener var i strid med udbudsreglerne. Det må kræves, at det forhold, der klages over, har betydning for og en

sammenhæng med det udbud og den tildelingsbeslutning, der er truffet. Det er ikke tilfældet med denne påstand.

Efter kommunens opfattelse har JDE derfor ikke en retlig interesse i at få fastslået, om en omgjort smagstest var i strid med udbudsreglerne, og påstanden skal afvises, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, jf. § 6, stk. 1, nr. 1, jf. klagenævnets kendelse af 8. april 2021, C. Møllmann & Co. A/S mod Rudersdal Kommune.

Hvis påstanden ikke afvises, må den behandles ud fra det grundlag, som Ringkøbing-Skjern Kommune har anvendt til at træffe en tildelingsbeslutning – altså den nye smagstest.

Det er ikke bestridt af JDE, at den ny smagstest fulgte fremgangsmåden som beskrevet i udbudsbetingelserne. Den smagstest, der danner grundlag for tildelingsbeslutningen, fulgte den beskrevne fremgangsmåde, hvorfor dette ikke udgør en overtrædelse af udbudslovens § 2 eller § 160, stk. 1.

Særligt vedrørende påstand 2 har JDE gjort gældende, at smagsevalueringen ikke tog højde for de tre delkriterier, der var nævnt i udbudsbetingelsernes punkt 1.12.

Paneldeltagerne til blindsmagningen skulle give point til de testede vareprøver ud fra en samlet oplevelse, hvor de tre delkriterier skulle inddrages. De tre delkriterier var vægtet i prioriteret rækkefølge, hvorefter smag var vigtigst, udseende næst vigtigst og duft tredje vigtigst.

Det er imidlertid alene det samlede antal point for vareprøven, der fremgår af resultatarket. Det er således ikke muligt at gennemskue, hvordan paneldeltagerne har vurderet kaffen ud fra de tre delkriterier, og dermed om evalueringen er sket i overensstemmelse med kriterierne, om der er lagt vægt på uvedkommende hensyn, eller hvorledes kriterierne er blev vægtet ved den pågældende vareprøve.

Ud fra resultatarket for blindsmagningen af 28. juni 2024 kan det konkluderes, at blindsmagningen er foregået på den måde, at deltagerne i smagspanelet er blevet bedt om at give hver vareprøve en samlet score, hvorefter der fremkom et gennemsnit af smagspanelets score for den pågældende vareprøve.

Det er Ringkøbing-Skjern Kommune, der skal godtgøre, at evalueringen og dermed tildelingen er sket i overensstemmelse med de fastsatte kriterier. Denne bevisbyrde er efter indholdet af resultatarket ikke løftet.

Særligt vedrørende påstand 2 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at det ikke er korrekt, at det udgør en overtrædelse af udbudslovens § 2, at det ikke kan udledes, om der er lagt vægt på de fastsatte delkriterier med den angivne vægtning.

Det følger af udbudslovens § 164, stk. 1, at en ordregiver skal fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene.

Kriteriet for tildeling var bedste forhold mellem pris og kvalitet målt på underkriterierne kvalitet og pris. Det fremgår detaljeret af udbudsbetingelserne, hvordan de to underkriterier blev evalueret. Dette opfylder kravet i udbudslovens § 164, stk. 1.

Ifølge udbudslovens § 165, stk. 1, skal en ordregiver i udbudsmaterialet angive, hvordan ordregiveren vil vægte de fastsatte underkriterier. Det blev oplyst i udbudsbetingelserne, at kvalitet vægtede 60 %, og pris vægtede 40 %. Dermed er udbudslovens § 165, stk. 1, også opfyldt.

Der er ikke et udbudsretligt krav om, at en bestemt vægtning skal oplyses for delkriterier. Det følger af lovforarbejderne, at relevante delkriterier skal oplyses, og det skal fremgå, hvis et delkriterium har særlig stor eller særlig lille betydning. Der kan i den forbindelse også henvises til klagenævnets kendelse af 16. november 2016, GPP Arkitekter A/S mod Aarhus Kommune.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at evalueringen af kvalitet ville ske ud fra en samlet oplevelse af smagstesten, og derefter er der oplyst tre delkriterier. De tre delkriterier er ikke vægtet, men det er oplyst, at de er oplyst i prioriteret rækkefølge. Dette opfylder de krav til oplysning om delkriterier, der følger af udbudsloven. Delkriterierne er heller ikke indgået i evalueringen med en bestemt vægtning.

Det fremgår af resultatet af blindsmagningen, at Ringkøbing-Skjern Kommune har instrueret medarbejderne i, hvordan de skulle foretage pointgivningen ved smagstesten, og denne instruks er en direkte kopi af det oplyste i

udbudsbetingelserne. Det er vanskeligt at se, hvad kommunen ellers kunne have gjort for at sikre, at evalueringen skete i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Der er ingen indikationer på, at medarbejderne ikke fulgte instruksen. Der er således blevet tildelt point ud fra den enkelte medarbejders samlede oplevelse baseret på de oplyste delkriterier. Smagstesten blev gennemført, således at medarbejderne ikke fik oplyst identiteten på tilbudsgiveren for de enkelte produkter; altså en blindsmagning. Der ses dermed ikke at være risiko for, at der er taget uvedkommende hensyn, f.eks. som følge af præferencer for en bestemt tilbudsgiver eller tilsvarende. Det er ikke muligt at dokumentere sagligheden og objektiviteten yderligere.

Særligt vedrørende påstand 3 har JDE gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 170, stk. 2, ved de facto at delgenoptage udbuddet ved at gennemføre en ny blindsmagning for kun to vareprøver på tilbudslisten.

Det følger af § 170, stk. 2, at ordregiveren, når en tildelingsbeslutning genoptages, skal træffe en ny tildelingsbeslutning på grundlag af en fornyet vurdering af de samme tilbud, som lå til grund for den oprindelige tildelingsbeslutning og med anvendelse af den beskrevne fremgangsmåde i udbudsmaterialet.

Det er derfor et krav, at den fremgangsmåde, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, benyttes ved den nye tildelingsbeslutning. Metoden for vurdering af tilbud må ikke ændres i forhold til den oprindelige metode.

Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at kvalitet ville blive evalueret på baggrund af en blindsmagning foretaget af et smagspanel af ansatte fra Ringkøbing-Skjern Kommune, og at blindsmagningen skulle afholdes den 28. juni 2024. Udbudsbetingelserne gav derved ikke mulighed for afholdelse af en ny blindsmagning på et senere tidspunkt.

Ved blindsmagningen den 9. august 2024 var det alene vareprøven ”A-7: Luksus, 100 % Arabica, min én certificering”, og vareprøven ”A-8, Blandet, 70 % Arabica, min én certificering”, der blev smagt og vurderet. Ringkøbing-Skjern Kommune har herved ændret på den metode, hvorpå tilbuddene skulle evalueres, og dermed anvendt en ny metode for evaluering af tildelingskriteriet kvalitet, hvilket er i strid med udbudslovens § 170, stk. 2.

Fremgangsmåden ved vurderingen var endvidere markant anderledes ved den anden blindsmagning, idet kun to vareprøver blev smagt og vurderet. Det må endvidere antages, at vurderingen af smag var anderledes ved den nye blindsmagning, eftersom der alene blev smagt på to vareprøver.

Ringkøbing-Skjern Kommune har ikke oplyst, om smagspanelet ved blindsmagningen den 9. august 2024 var det samme smagspanel, som deltog ved blindsmagningen den 28. juni 2024. Hvis det ikke er tilfældet, udgør dette en selvstændig overtrædelse af udbudslovens § 170, stk. 2. Selv om det var samme smagspanel, blev kvalitet ikke vurderet på samme måde de to dage.

Ringkøbing-Skjern Kommune burde have tildelt de andre tilbudsgivere 0 point ved vurderingen af vareprøve A-7 og A-8 den 28. juni 2024, da tilbudsgiverne i strid med udbudsbetingelserne benyttede en elkedel til tilberedning af kaffen. Alternativt skulle kommunen have ladet hele udbudsprocessen gå om.

Særligt vedrørende påstand 3 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med udbudslovens § 170 ved at gennemføre en ny del-blindsmagning eller ved at gennemføre en ny blindsmagning for kun to vareprøver på tilbudslisten, idet fremgangsmåden er i overensstemmelse med den fremgangsmåde, som var beskrevet i udbudsbetingelserne.

Begge blindsmagninger fandt sted efter modtagelse af tilbuddene.

Der foreligger ingen tvivl om, at det var de tilbudte produkter, der blev testet, og det var således de samme vareprøver, der blev testet ved blindsmagningen den 28. juni 2024 og den 9. august 2024. Forskellen var ikke produktet, men den maskine, som blev anvendt til at tilberede kaffen.

Fremgangsmåden var ens ved begge blindsmagninger og dermed i overensstemmelse med, hvad der fremgik af udbudsbetingelserne.

Det var et problem, at der ved den første blindsmagning blev anvendt en elkedel i stedet for en tilbudt maskine ved tilberedning af tilbudslistens vareprøve A-7 og A-8, idet det kunne have betydning for smagen og dermed for resultatet af evalueringen af vareprøverne.

De øvrige vareprøver blev ikke tilberedt ved brug af en elkedel, og det var derfor unødvendigt at omgøre smagstesten af disse.

Det er ikke korrekt, at det ikke er muligt at afholde en ny blindsmagning, fordi det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at der kunne afholdes en ny smagstest. Det fremgår naturligvis ikke af udbudsbetingelserne, at der kunne afholdes en ny blindsmagning, da det på tidspunktet for udbuddets afholdelse ikke kunne forudses, at der ville bestå et behov for en ny blindsmagning.

Det forudsættes i udbudslovens § 170, at alle tilbudsgivere gives besked om en fornyet tilbudsevaluering, og det følger forudsætningsvis heraf, at oplysning herom ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

Det er ikke korrekt, at der ved den nye blindsmagning er anvendt en anden fremgangsmåde end den, som er beskrevet i udbudsbetingelserne. Det ville være meningsløst at omgøre blindsmagningen for de øvrige vareprøver, da den oprindelige fejl i forbindelse med den første blindsmagning alene omhandlede vareprøve A-7 og A-8.

Metoden ved den nye blindsmagning var den samme, som ved den første blindsmagning, bortset fra at tilbudsgiverne ved den nye blindsmagning benyttede en maskine fra tilbudslisten. Hver vareprøve blev vurderet og evalueret særskilt og uafhængigt af de andre kaffe-varianter eller te-varianter, og der er ikke grundlag for at antage, at det har haft betydning for evalueringen, hvorvidt smagspanelet skulle teste to eller flere vareprøver. I så fald ville det også kunne tillægges betydning, om medarbejderne havde drukket sodavand inden testen, eller om medarbejderne drak vand imellem test af de forskellige vareprøver.

Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, hvor mange ansatte der ville deltage i blindsmagningen, eller om det var de samme medarbejdere, der ville forestå smagningen af alle vareprøverne, og det er derved uden betydning, om det er de samme medarbejdere, der har forestået smagningen af alle vareprøverne. Det afgørende er, at det er det samme smagspanel, der har forestået smagningen af hver enkel vareprøve, hvilket var tilfældet ved de pågældende smagninger. Metoden har været ens for alle tilbudsgivere, hvorfor ligebehandlingsprincippet er overholdt.

Den anvendte fremgangsmåde, hvorefter de to vareprøver, der var problemer med under blindsmagningen den 28. juni 2024, blev vurderet ved en ny blindsmagning den 9. august 2024, er i overensstemmelse med udbudslovens § 170, hvis formål netop er at give mulighed for ordregiver til at rette en fejl ved den første tilbudsevaluering i stedet for at skulle annullere hele udbuddet. Dette vil i mange tilfælde være et formålsløst ressourcospild for både ordregiver og tilbudsgiverne.

Særligt vedrørende påstand 4 har JDE gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at indkalde til en ny smagstest efter tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen af 1. juli 2024, da denne fremgangsmåde ikke var beskrevet i udbudsbetingelserne. Ringkøbing-Skjern Kommune har endvidere handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, da kommunen har tilgodeset de øvrige tilbudsgivere ved at indkalde til en ny smagstest.

Det er i strid med princippet om gennemsigtighed, at der blev afholdt en ny blindsmagning for vareprøverne A-7 og A-8, da det i henhold til udbudsbetingelserne var Ringkøbing-Skjern Kommunes hensigt, at der blev foretaget én vurdering af alle vareprøverne på samme tid. Tilbudsgiverne har derved ikke på forhånd kunne optimere tilbuddene.

Vurderingen af de to vareprøver blev anderledes, da der kun blev smagt på to vareprøver i stedet for på seks vareprøver. Det har desuden betydning for smagsoplevelsen hos smagspanelet, om der foretages en blindsmagning over flere dage.

Det er i strid med ligebehandlingsprincippet, at der blev gennemført en ny blindsmagning som følge af, at de øvrige tilbudsgivere ikke overholdt kravene i udbudsmaterialet, særligt når der henses til, at det i henhold til udbudsbetingelserne var tilbudsgivers eget ansvar at benytte den korrekte maskine. De øvrige tilbudsgivere er dermed uberettiget blevet tilgodeset ved at få en chance for at rette op på deres egne fejl.

Ringkøbing-Skjern Kommune bør som en konsekvens heraf foretage en fornyet evaluering på baggrund af blindsmagningen afholdt den 28. juni 2024, og de øvrige tilbudsgivere bør tildeles 0 point for vareprøverne A-7 og A-8.

Særligt vedrørende påstand 4 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at den nye blindsmagning blev gennemført ens for alle, og at alle principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet blev overholdt.

JDE's anbringender til støtte for påstanden er en gentagelse af anbringenderne til støtte for påstand 3. Ringkøbing-Skjern Kommune henviser til det, som kommunen har gjort gældende under denne påstand.

Under blindsmagningen den 28. juni 2024 gav en medarbejder fra Ringkøbing-Skjern Kommune de øvrige tilbudsgivere lov til at anvende en elkedel. Ringkøbing-Skjern Kommune blev efterfølgende opmærksom på, at dette var i strid med udbudsbetingelserne, hvorfor tildelingsbeslutningen som følge af kommunens fejl blev annulleret. Det vil derfor være uberettiget, hvis Ringkøbing-Skjern Kommune efterfølgende tildeler de andre tilbudsgivere 0 point. Det udgør ikke en uberettiget fordel for de tre øvrige tilbudsgivere, at der blev gennemført en ny smagstest.

Særligt vedrørende påstand 5 har JDE gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, ved ikke i tildelingsbeslutningen af 9. august 2024 at have angivet en tilstrækkelig begrundelse, da kommunen ikke har angivet det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud.

Begrundelsen skal ifølge lovbemærkningerne have et niveau, hvor den berørte tilbudsgiver klart og utvetydigt får kendskab til de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund ved beslutningen, og pointangivelsen skal som udgangspunkt ledsages af en forklaring, når tilbuddene gives point på baggrund af en kvalitativ evaluering.

Den forbigåede tilbudsgiver skal kunne se, om evalueringen er sket inden for rammerne af den evalueringsmetode, som er beskrevet i udbudsmaterialet, samt om der er lagt vægt på de forhold, som udbudsmaterialet angiver, at der vil blive lagt vægt på, jf. klagenævnets kendelse af 13. juni 2019, Joca Trading A/S mod Allerød Kommune m.fl.

Ringkøbing-Skjern Kommunens begrundelse i tildelingsbeslutningen af 9. august 2024 opfylder ikke kravene i udbudslovens § 171, stk. 4, idet underretningen hverken indeholder grundene til afvisningen af JDE's tilbud eller det vindende tilbuds karakteristika og fordele i forhold til JDE's tilbud.

Der var tre underkriterier til tildelingskriteriet kvalitet, som panelet til blindsmagningen skulle lægge vægt på ved pointgivningen. Det fremgår ikke af begrundelsen i tildelingsbeslutningen af 9. august 2024, hvad der ligger til grund for kommunens vurdering af JDE's tilbud. Begrundelsen gør det således ikke muligt for JDE at vurdere, om evalueringen er foretaget i overensstemmelse med den beskrevne evalueringsmetode.

Det kan ikke udledes af tildelingsbeslutningen af 9. august 2024 eller resultaterne for pointgivningen af 28. juni 2024, om der rent faktisk blev lagt vægt på de delkriterier, der var fastlagt i udbudsbetingelserne. Det er derfor ikke muligt for kommunen at reparere den manglende begrundelse.

Særligt vedrørende påstand 5 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at kravene til begrundelse af tildelingsbeslutningen er opfyldt.

Det fremgår af lovforarbejderne til udbudslovens § 171, stk. 4, at begrundelsen skal gøre modtageren i stand til at forstå de relative fordele mellem det vindende tilbud og det tabende tilbud.

Begrundelsen i tildelingsbeslutningen oplyser meget klart og detaljeret, hvordan der er tildelt point for underkriteriet pris. Det fremgår således af begrundelsen, at JDE's pris var væsentligt højere end det vindende tilbud, hvorfor der ud fra den oplyste pointmodel blev tildelt 10 point til det vindende tilbud og 6 point til JDE's tilbud.

Derudover fremgår det meget klart og detaljeret, hvilke forskelle der var mellem det vindende tilbud og JDE's tilbud hvad angår kvalitet. Det fremgår således, at JDE's tilbud blev vurderet marginalt bedre end det vindende tilbud hvad angår kvalitet, idet der blev tildelt 4,92 point til JDE's tilbud og 4,16 point til det vindende tilbud.

De tildelte point er forklaret med den oplyste pointskala. Det fremgår således heraf, at et point på 5 betyder "Middel" på pointskalaen. Det fremgår således

af begrundelsen, at JDE's tilbud var marginalt bedre på kvalitet, men væsentligt dyrere, og at dette samlet set betød, at JDE's tilbud ikke havde det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

De oplyste point for kvalitet er ikke uddybet med en sproglig begrundelse, fordi de medarbejdere, der tildelte point under smagstesten, ikke supplerede deres pointgivning med en forklarende tekst. Derfor skal de tildelte point sammenholdes med den oplyste pointskala og de oplyste delkriterier.

Det fremgår af lovforarbejderne til udbudslovens § 171, at i de tilfælde, hvor pointgivningen er selvforklarende, skal begrundelsen ikke ledsages af en forklarende tekst. Der var på forhånd oplyst en pointskala, og de givne point var derfor selvforklarende, derved at man kunne sammenholde med den forklarende tekst i pointskalaen. Der blev ikke givet en sproglig begrundelse for hvert enkelt point ved smagstesten, idet de tildelte point fulgte pointskalaen og de oplyste delkriterier. Derfor var det ikke muligt at give en yderligere begrundelse for resultatet end sket ved tildelingsbeslutningen. Resultatet af udbuddet er meget tydeligt forklaret, og JDE kunne konstatere, hvilke relative forskelle der var mellem JDE's tilbud og det vindende tilbud på de to underkriterier.

Særligt vedrørende påstand 6 har JDE gjort gældende, at det er i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, kun at angive antallet af dage for udløb af standstill-perioden.

Det fremgår ikke af tildelingsbeslutningen af 9. august 2024, hvornår standstill-perioden udløber. I tildelingsbrevet af 9. august 2024 er det alene angivet, hvor mange dage der går, førend standstill-perioden udløber.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at den præcise dato for standstill-periodens udløb skal angives i underretningen af en tildelingsbeslutning, jf. klagenævnets kendelse af 13. december 2019, Iron Mountain A/S mod Lægemiddelstyrelsen.

Særligt vedrørende påstand 6 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at det er korrekt, at tildelingsbeslutningen kun oplyser, at der løber en standstill-periode på 10 kalenderdage, og at der ikke er oplyst en dato, hvilket burde have været oplyst.

Der er tale om formalia, som ikke kan antages at have haft nogen betydning for en veloplyst tilbudsgiver. Det er da også lykkedes for JDE at indgive klagen inden udløb af standstill-perioden.

Det følger af helt fast praksis fra klagenævnet, at sådanne fejl ikke i sig selv fører til annullation af tildelingsbeslutningen.

Særligt vedrørende påstand 7 har JDE gjort gældende, at klagenævnet skal annullere Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning om tildeling af kontrakten af 9. august 2024 i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, idet kommunens beslutning om tildeling af kontrakten til I.M. Frellesen K/S var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Overtrædelserne i påstand 1-6 er både sammen og enkeltvis tilstrækkelige til at begrunde annullation og bør føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Særligt vedrørende påstand 7 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da udbuddet er forløbet i overensstemmelse med udbudsloven.

Særligt vedrørende påstand 9 har JDE gjort gældende, at klagenævnet skal annullere udbuddet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, nr. 2, idet udbudsmaterialet lider af gennemgribende fejl, da evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet kvalitet ikke er gennemsigtig, og at den proportionale reaktion vil være at annullere udbudsforretningen i sin helhed.

Særligt vedrørende påstand 9 har Ringkøbing-Skjern Kommune gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge, da påstanden er ubegrundet, og da der ikke er grundlag for at annullere udbuddet.

Ad uopsættelighed

JDE har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, idet erstatningsreglerne ikke yder JDE et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation. Den udbudte kontrakt har en værdi på op mod 10 millioner kr. eksklusive moms. Kontrakten er særdeles strategisk vigtig for JDE's forretning og JDE's opretholdelse af sin brandingværdi i markedet.

Ringkøbing-Skjern Kommune er strategisk vigtig for JDE, eftersom kommunen udgør en vigtig kunderelation for JDE's fremtidige tilstedeværelse i Vestjylland.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. Det forhold, at kontrakten har stor brandingværdi for JDE, har ikke relevans for vurderingen af uopsættelighed.

Ad interesseafvejning

JDE har gjort gældende, at JDE's interesse i at få tildelt rammeaftalen væsentligt overstiger Ringkøbing-Skjern Kommunes mulige interesse i at undgå en mindre påvirkning af tidsplanen frem mod kontraktens ikrafttræden, idet der er tale om en væsentlig og strategisk vigtig kontrakt for JDE. En afvejning af interesserne bør således falde ud til fordel for JDE.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at JDE's egentlige begrundelse for klagen er at forsinke udbuddet længst muligt, idet JDE som eksisterende leverandør får sin kontrakt forlænget, indtil udbuddet er endeligt afsluttet.

Ringkøbing-Skjern Kommune har interesse i at få underskrevet og igangsat den nye kontrakt, idet det vindende tilbud er bedre end den eksisterende kontrakt. En interesseafvejning fører derfor til, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

Ad afvisning

Ringkøbing-Skjern Kommune har tilbagekaldt den oprindelige tildelingsbeslutning og genoptaget evalueringen, jf. udbudslovens § 170, stk. 1. JDE har under sagen bl.a. nedlagt påstand om, at den nye tildelingsbeslutning skal annulleres, da Ringkøbing-Skjern Kommune – i stedet for at afholde en ny del-blindsmagning – burde have tildelt de øvrige tilbudsgivere 0 point på tilbudslstens position A-7 og A-8, og at JDE i så fald ville være blevet tildelt kontrakten efter den fornyede evaluering, der ifølge udbudslovens § 170, stk. 2, skal ske på grundlag af de samme tilbud, som lå til grund for den oprindelige tildelingsbeslutning, med anvendelse af den beskrevne fremgangsmåde

i udbudsmaterialet. JDE har på den baggrund retlig interesse i, at klagenævnet tager stilling til påstanden, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Ad påstanden

I udbudsbetingelsernes punkt 1.12.2 er det fastsat, at tilbudsgiverne ved blindsmagningen skulle tilberede kaffen på egen medbragt kaffemaskine, som typemæssigt ikke måtte adskille sig væsentligt fra en Bonomat Novo 2 eller tilsvarende, medmindre der var tale om en tilbudt model fra tilbudslistens faneblad "C Maskiner". Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 2.8 omfattede udbuddet ikke almindelige husholdningsmaskiner.

Ved blindsmagningen den 28. juni 2024 anvendte tre ud af fire tilbudsgivere ved tilberedningen af vareprøverne "A-7, Luksus, 100 % Arabica, min. én certificering" og "A-8, Blandet, 70 % Arabica, min. én certificering" i strid med udbudsbetingelserne en almindelig elkedel.

Det følger af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova A/S, præmis 40, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.

De tilbudsgivere, der under blindsmagningen den 28. juni 2024 ikke havde mulighed for at servere kaffe tilberedt i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 1.12.2, fordi tilbudsgiverne ikke havde medbragt den korrekte maskine til tilberedelsen af kaffe, burde således være tildelt 0 point på disse positioner.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor udsigt til, at klagenævnet vil tage påstanden til følge.

Ad påstand 6

Ringkøbing-Skjern Kommune har erkendt overtrædelsen. På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor udsigt til, at klagenævnet vil tage påstanden til følge.

Ad påstand 7

Det kan ubestridt lægges til grund, at JDE ville være blevet tildelt kontrakten, hvis de øvrige tilbudsgivere var blevet tildelt 0 point på position A-7 og A-8.

På baggrund af det anførte under påstand 1 er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, herefter udsigt til, at klagenævnet vil tage annullationspåstanden til følge.

Ad påstand 9

Da den genoptagne tilbudsevaluering efter annullation af tildelingsbeslutningen ad påstand 7 vil kunne danne grundlag for, at Ringkøbing-Skjern Kommune træffer en lovlig tildelingsbeslutning, er der på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden om annullation af udbuddet vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om ”*fumus boni juris*” er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at JDE's påstand om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge, og betingelsen om ”*fumus boni juris*” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at JDE ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at JDE ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at JDE vil lide en uoprettelig skade.

JDE har ikke sandsynliggjort, at virksomheden vil lide alvorlig, uoprettelig skade, hvis anmodningen om opsættende virkning ikke tages til følge. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ikke er oplysninger, der sandsynliggør, at JDE's eventuelle tab som følge af de påståede overtrædelser ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Amalie Bjørn Søgaard
specialkonsulent