

K E N D E L S E

Jacobs Douwe Egberts DK ApS  
(advokat Anja Piening, København)

mod

Fællesindkøb Fyn  
(advokat Martin Stæhr, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 015-030601 af 18. januar 2021 udbød Fællesindkøb Fyn som offentligt udbud efter udbudsloven en 4-årig rammeaftale med en enkelt leverandør om levering af kaffe, te og maskiner til Faaborg-Midtfyn Kommune, Kerteminde Kommune, Nordfyns Kommune, Nyborg Kommune og Langeland Kommune.

Inden tilbudsfristen udløb, indgav Jacobs Douwe Egberts DK ApS ("Jacobs Douwe Egberts") den 16. februar 2021 klage til Klagenævnet for Udbud over Fællesindkøb Fyn. Jacobs Douwe Egberts fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 17. marts 2021 tildelte Fællesindkøb Fyn den udbudte rammeaftale til tilbudsgiveren I.M. Frellsen K/S og oplyste samtidig, at standstill-perioden udløber den 29. marts 2021.

Fællesindkøb Fyn har anmodet om, at klagenævnet i stedet for at træffe afgørelse om opsættende virkning afsiger realitetskendelse i sagen.

Efter modtagelse af replik og duplik har klagenævnet vurderet, at sagen er tilstrækkeligt belyst, og har derfor besluttet at afgøre klagesagen ved denne kendelse.

Jacobs Douwe Egberts har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesindkøb Fyn har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tilrettelægge sit udbud på en sådan måde, at evalueringen af de indkomne tilbud skal ske ved sammenligning af produkter, der er usammenlignelige.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Fællesindkøb Fyns ulovlige udbudsforretning samt de beslutninger, Fællesindkøb Fyn måtte have nået at træffe forud for Klagenævnet for Udbuds stillingtagen hertil.

Fællesindkøb Fyn har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte rammeaftale omfatter kaffe, te, øvrige produkter, maskiner og service.

Udbudsbekendtgørelsen af 18. januar 2021 indeholder følgende beskrivelse af udbuddet:

”...

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

EU-udbuddet omhandler almindelig kaffe, te og tilbehørsprodukter, maskiner og service samt flydende eller instant kaffe og vederlagsfri opsætning af maskiner hertil.

Tilbudsgiver vælger selv, om denne vil byde ind med enten flydende eller instant kaffe. Der kan ikke bydes ind med både flydende og instant kaffe...

...”

Udbuddet er dermed udformet således, at tilbudsgiver skal byde ind med en flydende kaffe eller instant kaffe. Det fremgår således af udbudsmaterialet, at det ikke er tilladt at afgive alternative eller sideordnede bud. Baggrunden for den valgte fremgangsmåde er ifølge udbudsbetingelserne, at Fællesindkøb Fyn har vurderet, at der forventes en større økonomisk gevinst herved for både ordregiver og tilbudsgiver. Samtidig vil den efterfølgende aftaleadministration blive begrænset væsentligt, og ligeledes vil brugerne opnå en større driftssikkerhed i forbindelse med den daglige drift. Fællesindkøb Fyn har inden udbuddet gennemført en markedsundersøgelse.

Udbudsbetingelserne indeholder en tilsvarende beskrivelse af udbuddet. Derudover er anført:

”...  
 Tilbudsgiver skal dermed kun udfylde én af tilbudslisterne. Bilag 1A – Tilbudsliste udfyldes såfremt leverandøren vælger at byde med flydende kaffe, og Bilag 1B – Tilbudsliste udfyldes såfremt leverandøren vælger at byde med instant kaffe.  
 ...”

Tilbudsliste 1A og tilbudsliste 1B er inddelt i Kaffe (fane A), Te (fane B), Øvrige (fane C), Maskiner (fane D) og Service (fane E).

Tilbudsliste 1A indeholder i alt 70 varelinjer. Kaffe (fane A) indeholder 13 varelinjer inddelt i ”Formalet kaffe til kolbemaskiner, bryggeanlæg og friskbrygautomater”, ”Helbønner” og ”Instant/granulat kaffe (”til kop”)” samt 10 varelinjer vedrørende ”Flydende kaffe”.

Tilbudsliste 1B indeholder i alt 65 varelinjer. Kaffe (fane A) indeholder de samme 13 varelinjer som tilbudsliste 1A vedrørende ”Formalet kaffe til kolbemaskiner, bryggeanlæg og friskbrygautomater”, ”Helbønner” og ”Instant/granulat kaffe (”til kop”)”. I stedet for ”flydende kaffe” indeholder Tilbudsliste 1B 10 varelinjer vedrørende ”Instant kaffe”. Forskellen i antal varelinjer skyldes, at den flydende kaffe skal tilbydes i flere beholderstørrelser, mens instant kaffe skal tilbydes i en enkelt posestørrelse.

Tilbudslisterne indeholder endvidere for hver varelinje med kaffe oplysning om det estimerede antal færdigbryggede liter pr. år. Summen af antal færdigbryggede liter pr. år er det samme i de to tilbudslister. På baggrund af den tilbudte pris for hver varelinje beregnes en tilbudspris pr. liter færdigbrygget

kaffe og en vægtet pris (tilbudspris pr. liter færdigbrygget kaffe x forventet forbrug pr. liter pr. år).

Tilbudsliste 1A indeholder endvidere følgende bestemmelse om flydende mælk og kakao, som ikke fremgår af tilbudsliste 1B:

”Tilbehør til flydende kaffe skal tilbydes, hvis automater kun kan anvende flydende mælk/kakao eller hvis kommunerne ejer eller har opsat maskiner, der bruger disse produkter. Der skal tilbydes ’mælk, flydende (max 6,5 % fedt) - 2 liter’ til maksimalt 35 kr. pr. liter (det estimerede antal liter pr. år er 168 liter), ’mælk, flydende (max 6,4 % fedt) - 0,5-1,5 liter’ til maksimalt 50 kr. pr. liter (det estimerede antal liter pr. år er 194 liter) og ’kakao, flydende - 2 liter’ til maksimalt 50 kr. pr. liter (det estimerede antal liter pr. år er 320 liter).”

Udbudsbetingelserne indeholder følgende om tildelingskriteriet:

”...

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på tildelingskriteriet:

#### 1) Pris

Underkriterier	Vægtning
Pris	100 %

Ved bedømmelse af prisen vil der blive lagt vægt på de af tilbudsgiver oplyste priser jf. Bilag 1 – Tilbudsliste.

#### **Kaffe: Fane A i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste**

Vurderes på baggrund af tilbudsgivers oplysninger i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste: fane A. Kaffen vurderes ud fra den færdigbryggede literpris x forbrug.

Den totale tilbudspris er afgørende.

...

Den totale tilbudspris udregnes herefter på basis af følgende vægtning:

Kaffe (fane A i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste)	60 %
Te (fane B i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste)	15 %
Øvrige (fane C i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste)	10 %
Maskiner (fane D i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste)	10 %
Service (fane E i Bilag 1A/1B – Tilbudsliste)	5%

...”

Om tilbudsevalueringen fremgår bl.a.:

”Tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet laveste pris. Da tildelingskriteriet er lavest pris, offentliggøres der ingen evalueringsmodel. ...

Ordregiver vurderer udelukkende tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fremsendte tilbud inkl. bilag samt afprøvning af kaffeprodukterne fra tilbudslisten ud fra en afprøvning af, hvorvidt kaffen kan anses at smage som en ”almindelig” kop kaffe.”

Af kravsspecifikationen fremgår, at den tilbudte kaffe skal leve op til en række krav, der alle er mindstekrav, herunder krav til sortiment, kvalitet, holdbarhed m.v.

Af kontraktudkastet fremgår en bestemmelse om løbende prisregulering med udgangspunkt i udviklingen af gennemsnitsprisen på råkaffe pr. kg, jf. ICO coffee Prices, og dollarkursen. Prisreguleringen foretages udelukkende, såfremt råvareprisen svinger med mere end +/- 0,50 kr. pr. kg. Priserne reguleres i henhold til det enkelte produkts blandingsforhold.

Under udbuddet er der stillet bl.a. følgende spørgsmål/svar:

”...

*Spørgsmål:*

Vi er blevet opmærksom på at man stadig sammenligner Instant op i mod flydende kaffe. Vi anbefaler på det kraftigste at man lader udbuddet gå om. Da man ikke kan sammenligne flydende kaffe op i mod instant. Da de er forskellige på mange kaffekategorier, som vi også har gjort opmærksom på i høringsfasen. Her er blot 2 afgørende forskelle.

1. Så er afgiften på produkterne ikke udregnet ens grundet massefylden - da den ene er en flydende masse og det andet er en tørstof. Dette giver ikke det samme resultat når man regner mængden ud som FIF har udbudt.
2. Prisreguleringerne bliver også reguleret forskelligt, hvilket kommer til at give en fordel for den ene kaffetype fremfor den anden type - dette har man ikke taget højde for i udbudsmaterialet. Reguleringsmodellen er

godkendt af skat på flydende kaffe. Vi ser disse 2 ting som noget der ikke gør evalueringsmodellen gennemsigtigt, samt at det ikke overholder udbudslovens krav om ligebehandling.

*Svar:*

Ordregiver fastholder de nuværende formuleringer i forhold til at konkurrenceudsætte flydende og instant kaffe sammen.

...

*Spørgsmål:*

I bemærkningerne til udbudsloven er det både i forhold til sortimentsudbud og i forhold til alternative udbud afgørende for, at flere forskellige produkter/løsninger kan tilbydes eller lægges i samme kategori, at der skal være tale om sammenlignelige produkter.

Det vil sige, at det er en forudsætning for, at man kan åbne op for valg mellem flere forskellige tilbudte typer af produkter, at de er sammenlignelige. Dermed er udgangspunktet også, at når der som her konkurreres på laveste pris, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.3, så er det afgørende, at det er det billigst sammenlignelige produkt, der vælges.

Dette kan som udgangspunkt ikke lade sig gøre, når der er tale om to produkter, der som oplyst ikke lader sig sammenligne hverken på pris eller kvalitet. Det vil således være i strid med ligebehandlingsprincippet, såfremt der evalueres på to forskellige produkter på samme niveau (kriteriet "Kaffe" med en vægt på 60 %), særligt taget i betragtning, at det ikke er tilladt for tilbudsgiver at tilbyde begge produkter, men skal vælge enten instant kaffe eller flydende kaffe. Der er dermed en overhængende risiko for, at ordregiver ved at lade det være op til den enkelte tilbudsgiver om denne vil eller kan tilbyde flydende kaffe eller instant kaffe, fordrejer konkurrencen og man laver et udbudsmateriale der ikke er i synk med gennemsigtheds- og ligebehandlingsprincippet ved at lade det være op til den enkelte tilbudsgiver hvad de tror konkurrenterne vælger at byde med af hovedprodukt.

Hvis ordregiver ønsker det billigste produkt de kan få på markedet, bør de derfor selv beslutte om det er inden for segmentet "flydende kaffe" eller inden for segmentet "instant kaffe". I og med der er tale om et udbud med tildelingskriteriet "Pris", vil tilbudsgiverne derfor være motiveret til at tilbyde det produkt, der er billigst på markedet.

Hvis der var tale om sammenlignelige produkter hvor prisen var så svingende, at det hos den ene leverandør var "instant kaffe" der var det billigste og hos en anden leverandør "flydende kaffe" der var det billigste, så ville det ikke være så stort et problem, da der ville være tale om sammenlignelige produkter, hvor prisen ikke var entydigt til det ene eller andet produkts fordel. Men, når der er tale om 2 kaffeprodukt typer, hvor det ene produkt entydigt er langt billigere og dårligere kvalitet end det andet. Så vil det være konkurrencefordrejende at kræve at leverandørerne

frit vælger mellem de to produkter og kun vælger ét af produkterne og derefter i evalueringen bliver sammenlignet og evalueret på tværs af de to produkttyper.

Vi anbefaler at man opdeler aftalen i 2 delaftaler. En på "pulver/ristet" kaffe samt en på flydende kaffe.. Da man ikke kan sammeligne og derved have ligebehandling ved at blande 2 kaffetyper ud af 6 kaffetyper som Formalet, Helebønner, Espresso, Instant eller Flydende kaffe og espresso.

*Svar:*

Ordregiver fastholder den nuværende opdeling samt de nuværende formuleringer i forhold til konkurrenceudsættelse af flydende og instant kaffe.

...”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Jacobs Douwe Egberts har gjort gældende, at Fællesindkøb Fyn har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tilrettelægge sit udbud på en sådan måde, at evalueringen af de indkomne tilbud skal ske ved sammenligning af produkter, der er usammenlignelige.

Udbud af ikke sammenlignelige produkter kan ske under iagttagelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at udbyde sideordnede tilbud efter udbudslovens § 53. Fællesindkøb Fyn har imidlertid ikke fulgt reglerne om sideordnede bud, da tilbudsgiverne ikke har haft mulighed for at tilbyde begge varianter, men derimod alene kunne vælge at tilbyde enten flydende kaffe eller instant kaffe. Fællesindkøb Fyn har heller ikke gennemført udbuddet som et funktionsudbud, snarere tværtimod. Fællesindkøb Fyn har i udbudsmaterialet og tilbudslisterne angivet klare krav til de forskellige produkter, ligesom det er bestemt på forhånd, hvilke typer af produkter der skulle tilbydes. Der er således intet i udbudsmaterialet, der angiver, at der er tale om et funktionsudbud – i så fald havde der heller ikke være behov for to forskellige tilbudslister, ligesom funktionskravet så ville have været, at Fællesindkøb Fyn kunne få en kop kaffe, uanset hvordan denne så i øvrigt blev brygget. Dette er ikke tilfældet her, og Fællesindkøb Fyns anbringender om funktionsudbud må derfor afvises.

Fællesindkøb Fyn er flere gange blevet gjort opmærksom på det uhensigtsmæssige i at tilrettelægge udbuddet på denne måde, særligt henset til at de to kaffeprodukter ”flydende kaffe” og ”instant kaffe” ikke er sammenlignelige. Fællesindkøb Fyn kunne uden de store problemer have udbudt begge produkter på samme tilbudsliste som enten obligatoriske eller frivillige produkter og dermed have skabt gennemsigtige og lige konkurrencevilkår. Men ved at sætte de to produkter på hver sin tilbudsliste og samtidig kræve, at den enkelte tilbudsgiver alene vælger det ene produkt, skabes der både en massiv uigennemsigtighed i forhold til udbudsmaterialet som helhed, en stor risiko for at ligebehandlingsprincippet overtrædes og et potentiale for en særdeles konkurrenceforvridende situation. Det har været gængs praksis for de store kaffeudbud over de seneste mange år at udbyde kaffeaftaler som rammeaftaler med 2 delaftaler: en til flydende kaffe og en til instant/ristet kaffe, hvilket understreger det åbenlyse i, at de to kaffetyper ikke er sammenlignelige.

De to produkter er ikke kvalitativt sammenlignelige. Der er således tale om produkter, der både i form, vægtangivelse, afgiftsberegning, listepriis, produktionsmetode og fremstillingspris er meget forskellige. Derudover er der forskelle i rengøringen af maskinerne, transport, brygningstid og dosering. Endelig er der forskel i kvalitet, og en ren priskonkurrence som denne giver ikke mulighed for, at den bedre smag belønnes ved en kvalitativ evaluering. Sammenfattende er det klart, at der ikke er tale om sammenlignelige produkter.

De to kaffetyper er heller ikke sammenlignelige i udbudsmaterialet, fordi der er pålagt tilbudsgiver flere forpligtelser ved at tilbyde flydende kaffe end ved at tilbyde instant kaffe. Det fremgår således af ”Tilbudsliste 1A”, at leverandøren ved valg af flydende kaffe forpligtes til at tilbyde flydende mælk eller kakao, hvis de eksisterende maskiner, som står hos Fællesindkøb Fyns medlemskommuner, kræver dette.

Derudover er rammeaftalen ikke skrevet med henblik på, at der indgås en aftale, der vedrører flydende kaffe. Det fremgår således for det første, at prisreguleringen af kaffe skal ske kvartalsvis med virkning for fremtiden med udgangspunkt i ICO coffee Prices samt dollarkursen. Reguleringen af ristet kaffe (i dette udbud er dette bl.a. instant kaffe) sker i forhold til ICO prisudviklingen ved sammenligning af to kvartaler. Flydende kaffe reguleres imidlertid kun med ca. 30 % af reguleringen for ristet kaffe, idet reguleringen sker efter mængden af tørstof i kaffen, hvilket er markant anderledes i flydende



kaffe end i kaffe i fast form. Da der ikke reguleres for udsving, før en ændring er mere end 0,50 kr., er konsekvensen, at der stort set ikke foretages en prisregulering for flydende kaffe. Dette betyder, at reguleringen på ingen måde er ensartet for de to kaffetyper, hvilket giver en meget upræcis regulering af den flydende kaffe, ligesom det betyder, at prisen på den flydende kaffe i realiteten næsten aldrig vil blive reguleret. Da flydende kaffe opgøres i liter og ikke i kilo, bliver prisreguleringen i kontrakten også på dette parameter ganske uigennemsigtig og ikke ligebehandlende. Fællesindkøb Fyn anerkender, at rammeaftalens reguleringsbestemmelse vil kunne have forskellige konsekvenser for henholdsvis flydende kaffe og instant kaffe. At vilkåret har været udbudt, og således er ”gennemsigtigt” for tilbudsgiverne, gør ikke forholdet lovligt. Ligeledes gør det heller ikke forholdet lovligt, at prisreguleringen er anvendt af andre ordregivere eller i tidligere udbud/kontrakter.

Da Fællesindkøb Fyn har valgt at evaluere de indkomne tilbud på baggrund af tildelingskriteriet ”Pris” i form af laveste totale tilbudspris, er det helt åbenlyst, at det er en nødvendighed, at der er tale om sammenlignelige produkter, idet det ellers bliver uigennemsigtigt, om det reelt kun er prisen, der konkurreres på, eller om der reelt er tale om, at den ene kaffesort er givet en konkurrencefordel frem for den anden ved dels i udbudsmaterialet at være stillet bedre, dels ved helt generelt at have lavere markedspriser, hvilket vil være i klar strid med ligebehandlingsprincippet. Da de to produkter er usammenlignelige og dermed ikke kan indgå i en ren priskonkurrence mod hinanden, er det ikke relevant, hvorvidt den valgte tilbudsstrategi har givet alle relevante leverandører på markedet mulighed for at afgive tilbud. Er produkterne ikke sammenlignelige, er konkurrencen ikke lige for alle og dermed i strid med udbudslovens § 2.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at der ikke er sket en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved, at udbuddet er blevet tilrettelagt således, at tilbudsgiverne frit har kunnet vælge mellem, om de ville basere deres tilbud på flydende kaffe (Tilbudsliste 1A) eller instant kaffe (Tilbudsliste 1B). Fællesindkøb Fyns udbudsmodel er tilrettelagt ud fra hensynet til at skabe mest mulig konkurrence ved udbuddet og forhindre, at der kun er én tilbudsgiver, der er i stand til at afgive tilbud og dermed også kan sætte sine priser derefter. Udbudsmodellen har været udførligt beskrevet i udbudsmaterialet, og alle tilbudsgivere har ved at sætte sig ind i de relevante vilkår i udbudsmaterialet været i stand til at fastlægge, hvordan de kunne afgive det mest konkurrencedygtige tilbud ved udbuddet. At Jacobs Douwe

Egberts måtte være af den opfattelse, at instant kaffe er et ringere produkt end flydende kaffe, ændrer ikke på, at Fællesindkøb Fyn lovligt har kunnet udbyde efter den beskrevne model. Fællesindkøb Fyn har således ikke haft præferencer for den ene af de to varianter. Fællesindkøb Fyn har blot ønsket at modtage tilbud på kaffe, der opfylder de af Fællesindkøb Fyn stillede krav og kan anvendes i de relevante kaffeautomater, til den laveste opnåelige pris. Jacobs Douwe Egberts står alene med sit synspunkt om, at flydende kaffe og instant kaffe ikke skulle være sammenlignelige produkter i en udbudsmæssig sammenhæng, idet de øvrige leverandører på markedsdialogmøderne specifikt fremhævede, at flydende kaffe og instant kaffe har de samme egenskaber. Det kan således lægges til grund, at markedet selv generelt betragter flydende kaffe og instant kaffe som sammenlignelige produkter med samme egenskaber, hvilket Fællesindkøb Fyn tillige har lagt til grund ved tilrettelæggelsen af udbuddet.

Det følger ikke af reguleringen af tildelingskriterier i udbudslovens § 162 eller i forarbejderne til denne bestemmelse, at det er en forudsætning for at anvende tildelingskriteriet ”Pris” ved et udbud, at de produkter, der kan bydes ind med, i enhver henseende kan betragtes som identiske i relation til kvalitet, indpakning, anvendelse etc. Det følger endvidere af klagenævnets praksis, at en ordregivende myndighed har et overordentligt vidt skøn i forhold til, hvordan et udbud skal tilrettelægges, så længe skønnet ikke udøves i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det har ligget inden for Fællesindkøb Fyns skønsmæssige beføjelser at beslutte, at der kunne bydes ind med enten flydende kaffe eller instant kaffe ved udbuddet. De konkrete forskelle mellem flydende kaffe og instant kaffe, som Jacobs Douwe Egberts har beskrevet, har således været uden betydning for Fællesindkøb Fyns muligheder for at tilrettelægge udbuddet.

Konkurrencesituationen på markedet for flydende kaffe har hidtil været ganske begrænset. Ved Fællesindkøb Fyns forrige kaffeudbud i 2012 var det alene Jacobs Douwe Egberts, der afgav tilbud på en delaftale vedrørende flydende kaffe, og ved det sidste kaffeudbud i 2016 modtog Fællesindkøb Fyn alene tilbud fra én anden tilbudsgiver ud over Jacobs Douwe Egberts. På baggrund af markedsdialogmøderne inden udbuddet fik Fællesindkøb Fyn bekræftet sin antagelse af, at der formentlig alene ville blive afgivet tilbud af Jacobs Douwe Egberts, hvis udbuddet blev tilrettelagt således, at der enten blev udbudt en samlet aftale, hvori der indgik flydende kaffe, eller såfremt

der blev udbudt en særskilt delaftale vedrørende flydende kaffe. Det var således med henblik på at undgå at stå i en situation, hvor alene Jacobs Douwe Egberts kunne afgive tilbud – og hvor priserne forventeligt ville blive sat derefter – at Fællesindkøb Fyn valgte at udbyde rammeaftalen på en måde, så tilbudsgiverne frit kunne vælge, om de ville basere deres tilbud på flydende kaffe eller instant kaffe.

Fællesindkøb Fyns udbudsmodel og den deri indlagte valgfrihed i forhold til at byde med enten flydende kaffe eller instant kaffe er entydigt beskrevet i udbudsbetingelserne. Der er således ingen tilbudsgivere, der har været i tvivl om, hvordan modellen skulle praktiseres i forbindelse med tilbudsafgivningen, og at der således skulle ske udfyldelse af enten Tilbudsliste 1A eller Tilbudsliste 1B afhængigt af, om tilbuddet omfattede flydende kaffe eller instant kaffe. De to forskellige tilbudslistes baserer sig på nøjagtigt lige store mængder af henholdsvis færdigbrygget flydende kaffe og færdigbrygget instant kaffe. Fællesindkøb Fyn har således sikret fuldstændig gennemsigtighed og evalueringsmæssig lighed i forhold til den anvendte udbudsmodel.

De to varianter er fuldt sammenlignelige i en udbudsretlig kontekst. For Fællesindkøb Fyn har det således været uden betydning, om den kaffe, der i sidste ende skal komme ud af de relevante kaffeautomater, baserer sig på en leverance bestående af flydende kaffe eller instant kaffe. Det afgørende for Fællesindkøb Fyn er således blot, at der kan tilbydes kaffe fra automater. Fællesindkøb Fyns udbudsmodel er således i realiteten at betragte som et funktionsudbud, hvor det ikke er afgørende, hvordan tilbudsgiverne når frem til resultatet, men blot at der kan leveres et resultat i form af udskænkning af kaffe fra en automat, hvor den flydende kaffe eller instant kaffe påfyldes. At gennemføre sådanne funktionsudbud, hvor det er tilbudsgiverne, der vælger den metode, som de mener er den bedste til at opnå det af ordregiver ønskede resultat til den laveste pris, er helt sædvanligt og indebærer i sagens natur også, at metoderne til at opnå det ønskede resultat kan være forskellige.

De formelle krav, der følger af udbudslovens § 53, er i øvrigt i realiteten blevet iagttaget fuldt ud af Fællesindkøb Fyn, også selv om udbuddet ikke er blevet gennemført som sideordnede udbud. Fællesindkøb Fyn har således tilrettelagt udbuddet, så der ved tilbudsafgivningen kun har skullet tages højde for valget mellem to varianter. Derudover har Fællesindkøb Fyn gjort det fuldstændig gennemsigtigt, idet det er fastlagt, at det er laveste pris, der er

udslagsgivende for valget mellem de afgivne tilbud – uanset om der afgives tilbud baseret på flydende kaffe eller instant kaffe.

Årsagen til, at der i tilbudsliste 1A er en forpligtelse til at tilbyde mælk og kakao sammen med flydende kaffe, er, at de beskrevne tilbehørsprodukter kun anvendes i forbindelse med flydende kaffe og samtidig kun på udvalgte maskiner til flydende kaffe. Derfor kan produkterne ikke konkurrenceudsættes sammen med øvrige produkter. Prisen for de pågældende tilbehørsprodukter indgår ikke i tilbudsevalueringen og forringer dermed heller ikke mulighederne for tilbudsgivere, der afgiver tilbud baseret på flydende kaffe. I øvrigt har vilkåret været klart og gennemsigtigt for alle tilbudsgivere og har således kunnet indgå i tilbudsgivernes grundlag for beslutningen om, hvordan der skulle afgives tilbud ved udbuddet.

Det bestrides i princippet ikke, at rammeaftalens reguleringsbestemmelse vil kunne have forskellig effekt for henholdsvis flydende kaffe og instant kaffe. Vilkårene er imidlertid lige for flydende kaffe og instant kaffe for så vidt angår prisreguleringsbestemmelsen, som finder anvendelse med samme indhold, uagtet om en tilbudsgiver afgiver tilbud baseret på flydende kaffe eller instant kaffe. Det har således været fuldstændig gennemsigtigt for tilbudsgiverne, på hvilke vilkår der skulle afgives tilbud, og tilbudsgiverne kunne således på et oplyst grundlag tage stilling til, om de ville stå bedst i konkurrencen ved at afgive tilbud baseret på flydende kaffe eller instant kaffe.

### Ad påstand 2

Jacobs Douwe Egberts har gjort gældende, at klagenævnet i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, skal annullere Fællesindkøb Fyns ulovlige udbudsforretning samt de beslutninger, Fællesindkøb Fyn måtte have nået at træffe forud for klagenævnets stillingtagen. Idet der her er tale om, at klagenævnet netop skal annullere en ulovlig udbudsforretning forud for tildeling af kontrakt, endsige forud for afslutning af selve tilbudsevalueringen, ligger påstanden indiskutabelt inden for klagenævnets kompetencer og synes i øvrigt at være af langt mindre indgribende karakter, end hvis der havde været tale om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning efter afslutningen af såvel udbudsproces som tilbudsevaluering og indhentning af dokumentation fra den vindende tilbudsgiver. Det er påvist ad påstand 1, at der er tale om en ulovlig udbudsforretning, der er åbenlyst i strid med såvel gennemsigtighedsprincippet som ligebehandlingsprincippet, samt at

der er tale om forhold, som Fællesindkøb Fyn både forud for opstarten af den egentlige udbudsprocedure og under selve udbudsproceduren blev gjort opmærksom på, uden at dette har fået Fællesindkøb Fyn til at overveje situationen. Dette må betragtes som en skærpende omstændighed.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere den iværksatte udbudsforretning eller beslutninger forbundet hermed og har herved henvist til det ad påstand 1 anførte.

#### Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at kontrakten vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på tildelingskriteriet ”pris”.

Tilbudsliste 1A og Tilbudsliste 1B er opbygget således, at den pris, der konkurreres på, beregnes ens for begge tilbudslister på baggrund af prisen pr. liter færdigbrygget kaffe ganget med det forventede årlige forbrug.

Den tilbudte kaffe skal leve op til nogle i udbudsmaterialet fastsatte mindstekrav, men der foretages ikke nogen kvalitativ evaluering af kaffen, bortset fra kravet om, at kaffen skal smage af en ”almindelig” kop kaffe.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det fremgår klart af tilbudslisterne, hvordan den evalueringstekniske pris udregnes, og at tilbud afgivet ved anvendelse af Tilbudsliste 1A og tilbud afgivet ved anvendelse af Tilbudsliste 1B som udgangspunkt er sammenlignelige.

Der er en række forskelle på flydende og instant kaffe, herunder forskelle i listepriis, kvalitet, produktionsomkostninger m.v. Det er imidlertid ordregiver, der – inden for de rammer, der følger af udbudsreglerne, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed – skønsomt fastsætter, hvilke krav der skal stilles til det udbudte, og det forhold, at det er forskelle mellem instant kaffe og flydende kaffe, medfører ikke – således som udbudet er tilrettelagt, hvor der alene konkurreres på pris pr. liter færdigbrygget kaffe – at gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet dermed er overtrådt.

Tilsvarende er det heller ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet, at den udbudte kontrakt indeholder en prisreguleringsbestemmelse, som betyder, at priserne reguleres i henhold til det enkelte produkts blandingsforhold. Jacobs Douwe Egberts har anført, at da der ikke reguleres for udsving, før en ændring er mere end 0,50 kr., er konsekvensen, at prisen på den flydende kaffe i realiteten næsten aldrig vil blive reguleret. Klagenævnet bemærker hertil, at prisreguleringsbestemmelsen, der efter det oplyste er udarbejdet med udgangspunkt i en skabelon udarbejdet af IKA's kaffegruppe, som bl.a. Jacobs Douwe Egberts er medlem af, er formuleret således, at mindre udsving i råvarepriserne vil medføre en mindre eller slet ingen prisregulering, hvorimod den ikke vil medføre, at der foretages en prisregulering for instant kaffe, mens der slet ikke foretages en prisregulering for flydende kaffe.

Tilbudsgiverne skal ved afgivelse af tilbud enten afgive tilbud ved anvendelse af Tilbudsliste 1A eller ved anvendelse af Tilbudsliste 1B. Da det som anført fremgår klart af tilbudslisterne, hvordan den evalueringstekniske pris udregnes, er det ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet, at tilbudsgiverne alene kan afgive ét tilbud, idet tilbudsgiverne selv vil kunne beregne, med hvilken tilbudsliste de vil kunne afgive det billigste tilbud. Da der alene evalueres på pris, vil tilbudsgiver derfor ikke have nogen interesse i at kunne indlevere flere bud end et.

Der er heller ikke grundlag for at antage, at det forhold, at der i Tilbudsliste 1A stilles krav om, at sortimentet indeholder flydende mælk/kakao, når det samtidig står klart for tilbudsgiverne, at flydende mælk/kakao ikke indgår i evalueringen af tilbuddet, medfører, at tilbud afgivet på Tilbudsliste 1A og Tilbudsliste 1B er usammenlignelige.

Klagenævnet tager herefter ikke klagen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Jacobs Douwe Egberts DK ApS skal i sagsomkostninger til Fællesindkøb Fyn betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
Kontorfuldmægtig