

Klagenævnet for Udbud

(Jesper Stage Thusholt, Dorthe Kristensen Balshøj)

J.nr.: 25/00927

14. november 2025

K E N D E L S E

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

mod

Syddansk Universitet
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 706579-2024 af 19. november 2024, offentliggjort den 20. november 2024, udbød Syddansk Universitet ("SDU") som offentligt udbud en rammeaftale om indkøb og levering af kaffe, te og maskiner mv. med dertilhørende service samt mulighed for tilkøb af serviceaftale på eksisterende maskiner. Rammeaftalen skulle træde i kraft den 1. februar 2025 og løbe til og med den 28. februar 2029.

Inden for tilbudsfristen den 20. december 2024 modtog SDU tilbud fra BKI foods a/s, Jacobs Douwe Egberts DK ApS ("JDE"), I.M. FRELLSEN K/S og Bentax A/S.

Den 13. januar 2025 underrettede SDU JDE om, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, og at universitetet agtede at indgå rammeaftalen med BKI Foods A/S, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den 29. januar 2025 indgav JDE klage til Klagenævnet for Udbud over SDU. JDE fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen

skulle have opsættende virkning. Den 28. februar 2025 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt.

JDE har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at SDU har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise JDE's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at SDU har handlet i strid med proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise JDE's tilbud som ukonditionsmæssigt og ved ikke at tage JDE's ændrede produktlinje i betragtning.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere SDU's beslutning af 13. januar 2025 om at tildele kontrakten til BKI Foods A/S.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at SDU har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 160 og § 164, stk. 1, ved i forbindelse med evalueringen af underkriteriet "Kvalitet" at have anvendt en ugennemsigtig evalueringsmodel.

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

Klagenævnet har den 31. januar 2025 meddelt BKI Foods A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

BKI Foods A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

SDU gennemførte forud for udbuddet en markedsdialog, hvor potentielle tilbudsgivere fik mulighed for bl.a. at kommentere på SDU's udkast til udbudsmateriale, herunder til at der i udbudsbetingelserne var lagt op til, at der som

led i evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” ville blive gennemført en smagstest med inddragelse af relevante brugere/ansatte hos SDU.

I udbudsbekendtgørelsen står bl.a.:

”2.1.3. Værdi

Anslået værdi eksklusiv moms: 8 200 000,00 DKK

Rammeaftalens maksimumværdi: 11 500 000,00 DKK

...

5.1.10. Tildelingskriterier

Kriterium:

Type: Pris

Beskrivelse: Underkriteriet ”Pris” vurderes relativt. Tilbuddene vurderes dermed i forhold til de øvrige indkomne tilbud. ... Underkriteriet ”pris” vurderes på baggrund af den samlede sum, der udgøres af de af tilbuds-giver anførte priser i Bilag 2.

Vægtning (procentdel, præcis): 30

Kriterium:

Type: Kvalitet

Beskrivelse: Kvalitet vægter 60 %. Heraf vægtes delkriterierne som følger: Delkriterie 1: Smagstest af helbønne, instant og filter kaffe vægter 70 % - Smag vægter 50 % - Duft vægter 50 % Delkriterie 2: Smagstest af te vægter 20 % Delkriterie 3: Bæredygtigt sortiment vægter 10 %

Vægtning (procentdel, præcis): 60

Kriterium:

Type: Kvalitet

Beskrivelse: Bæredygtighed og miljøhensyn vægter 10 % Heraf vægtes delkriterierne som følger: Delkriterie 1: Transport vægter 50 % Delkriterie 2: Effektiv kørsel vægter 30 % Delkriterie 2: Social bæredygtighed vægter 20 %

Vægtning (procentdel, præcis): 10

...

5.1.12. Udbudsvilkår

...

Frist for modtagelse af tilbud: 19/12/2024...”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 713419-2024 af 21. november 2024, offentliggjort den 22. november 2024, blev tilbudsfristen forlænget til den 20. december 2024.

I udbudsbetingelserne står bl.a.:

”3.1 VEJLEDENDE TIDSPLAN

Udbuddet forventes gennemført efter nedenstående vejledende tidsplan. Ordregiver forbeholder sig ret til at foretage ændringer i tidsplanen.

Milepæl	Dato
Fremsendelse af bekendtgørelse	
Afsendelse af udbudsbekendtgørelse	Tirsdag d. 19. nov.
Tilbudsperiode	
Tilbudsgivere opfordres til at stille spørgsmål senest	Torsdag d. 5. dec. kl. 12.00
Frist for Ordregivers besvarelse af spørgsmål	Torsdag d. 12. dec.
Frist for modtagelse af tilbud	Torsdag d. 19. dec. kl. 12.00
Meddelelse om hvilke kaffe-/te varianter der udtages til smagstest	Fredag d. 20. december
Der tilgås nærmere informationer om afvikling af smagstest, når konditionsmæssighed af tilbuddene er vurderet i uge 51 via Comdia.	Uge 51
Smagstesten, for konditionsmæssige tilbudsgivere, afvikles på SDU i Odense på følgende dato, som bedes reserveret af tilbudsgiver.	Tirsdag d. 7. jan. kl. 10.00-15.00.
Tilbudsevaluering	Uge 2-3 (2025)
Tildeling af rammeaftale	
Forventede tidsrum for indhentelse af endelig dokumentation vedrørende ESPD (kan indhentes på et, hvilket som helst tidspunkt under udbudsprocessen hvis ordregiver vurderer det nødvendigt for at proceduren gennemføres korrekt)	Uge 3-4 (2025)
Underretning om tildeling og afslag	Uge 3 (2025)
Obligatorisk standstill-periode	Uge 3-4 (2025)
Indgåelse af rammeaftale	Uge 5 (2025)
Implementering	Februar - juli 2025
Leveringsstart	1. februar 2025

...

4.6.1 SPØRGSMÅL OG SVAR

Det er under udbudsprocessen muligt at stille afklarende spørgsmål til udbudsmaterialet. Ordregiver opfordrer Tilbudsgiverne til at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, såfremt der er forhold eller krav, der efter Tilbudsgivers opfattelse synes uklare, urimelige, vanskelige at opfylde eller beskrevet på ufuldstændig vis.

...

6. TILBUDSAFGIVELSE

Tilbudsgiver bør indledningsvist læse det samlede udbudsmateriale grundigt igennem, inden udarbejdelsen af tilbuddet.

...

6.2 TILBUDSFRIST

Fristen for elektronisk afgivelse af tilbud fremgår af tidsplanen i pkt. 3.1 ”Vejledende tidsplan”.

Det skal i den forbindelse understreges, at det ikke er muligt at uploade dokumenter i Comdia efter tilbudsfristens udløb. Systemet lukkes automatisk, hvorfor det er vigtigt at begynde upload-processen i god tid.

6.3 VEDSTÅELESFRIST

Tilbuddet skal være gældende i 6 måneder fra tilbudsfristens udløb.

...

6.5 FORBEHOLD

Enhver tilsigtet eller utilsigtet uoverensstemmelse mellem udbudsmaterialet og tilbud har karakter af forbehold, herunder uoverensstemmelser i form af manglende opfyldelse, fejl eller manglende besvarelse. Uoverensstemmelser mellem udbudsmaterialet og tilbuddet er alene Tilbudsgivers ansvar.

Ordregiver er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet. For så vidt angår forbehold for ikke-grundlæggende elementer, er Ordregiver berettiget, men ikke forpligtet, til at kapitalisere disse, hvis dette kan ske i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet og kan således ikke indgå rammeaftale på baggrund af tilbud, der indeholder sådanne forbehold.

Tilbudsgiver opfordres som følge af ovenstående til ikke at tage forbehold, da forbehold indebærer en betydelig risiko for, at tilbuddet ikke vil blive taget i betragtning. Hvis Tilbudsgiver vælger at tage forbehold, bedes Tilbudsgiver udtrykkeligt angive forbeholdet og redegøre for dets indhold. Fremfor at indføre forbehold opfordres Tilbudsgiver til at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. pkt. 4.6 "Spørgsmål".

6.6 FLERE TILBUD

Der kan ikke afgives mere end ét tilbud.

...

7.1 TILDELINGSKRITERIUM

...

Den i skemaet anførte vægtning er udtryk for den indbyrdes vægtning mellem de enkelte kriterier.

Underkriterium	Vægtning i procent	Evalueringsmetode
Pris	30%	Relativ
Priser skal anføres i den vedlagte Bilag 2 - Tilbudsliste		
Kvalitet	60%	Absolut
<u>Delkriterie 1:</u> Smagstest af helbønne, instant og filter kaffe	70%	
- Smag	- 50 %	
- Duft	- 50 %	
-		
<u>Delkriterie 2:</u> Smagstest af te	20 %	
<u>Delkriterie 3:</u> Bæredygtigt sortiment	10 %	
Bæredygtighed og miljøhensyn	10%	Absolut
Delkriterie 1: Transport	50 %	
Delkriterie 2: Effektiv kørsel	30 %	
Delkriterie 2: Social bæredygtighed	20 %	

...

7.2.2 UNDERKRITERIUM KVALITET

Underkriteriet ”Kvalitet” vurderes absolut og vægtes samlet med 60%.

Ved vurderingen af tilbuddenes opfyldelse af de kvalitative underkriterier foretages en faglig vurdering i henhold til de oplyste delkriterier.

Delkriterierne ”Kaffe – helbønne, instant og filter” og ”Te” evalueres på baggrund af en smagstest på udvalgte varianter af kaffe og te. Delkriteriet ”Bæredygtighed” evalueres af Tilbudsgivers fokus på at have et certificeret, bæredygtigt sortiment indenfor bestemte varegrupper, der har tilknytning til den udbudte genstand.

Smagstesten foretages af et testpanel bestående af relevant personale fra SDU. Testpanelet afgiver deres vurdering i hele point. Disse point lægges efterfølgende sammen, hvorefter der foretages en gennemsnitsberegning, som afrundes til 2 decimaler.

Tilbuddene gives point i hele tal efter en pointskala fra 0-10, der anvendes absolut. På skalaen udgør 10 point den højeste score og 0 point den laveste.

7.2.2.1 DELKRITERIE 1: SMAGSTEST AF HELBØNNE, INSTANT OG FILTERKAFFE (VÆGTES MED 70 % AF UNDERKRITERIET ”KVALITET”) OG DELKRITERIE 2: SMAGSTEST AF TE (VÆGTES MED 20 % AF UNDERKRITERIET ”KVALITET”)

Smagstest af helbønne, instant og filterkaffe samt te afvikles, jf. pkt. 3.1 ”Vejledende tidsplan” og gennemføres som beskrevet nedenfor.

Underkriteriet ”Kvalitet” vil blive evalueret på baggrund af en smagstest på de udvalgte varianter af kaffe og te. Smagstesten vil blive gennemført som en blindtest, hvor testpanelet hverken har kendskab til priser, produktnavne eller leverandører.

Testpanelet består af relevant personale fra SDU. På baggrund af smagstesten skal testpanelet vurdere den samlede oplevelse af de udvalgte varianter af kaffe og te på baggrund af oplevelsen af en god kop te og god kop kaffe som angivet i pkt. 7.2.2.1.

Vurdering af, hvorvidt der er tale om en god kop te eller en god kop kaffe, er testpanelets oplevelse af smag og duft, som vurderes på en skala fra 0-10. Vurderingen af en god kop kaffe/god kop te afhænger af den individuelle præference. Grundlaget for vurderingen er den enkeltes smagsoplevelse bygger således på egne ønsker og præferencer. Nogle er til en mere intens smag hvor andre foretrækker en mildere. Den enkelte vurderer hvordan balancen er i smagen, heriblandt hvordan sødme, syrlighed og bitterhed harmonerer. Duften og aromaen vurderes hvorvidt den er rig, indbydende og om denne er med til at forbedre den samlede oplevelse.

De varianter, som er udtaget til smagstesten, vil blive oplyst af Ordregiver, jf. 3.1 ”Vejledende tidsplan”.

De varianter, der benyttes til smagstesten, skal stemme overens med det tilbudte og være mærket med tilbudslistens positionsnummer, Tilbudsgivers varenummer samt et produktdatablad for at skabe gennemsigtighed for kvalitetsvurderingen.

Såfremt der er uoverensstemmelse mellem angivelserne i produktdatabladet og det af Tilbudsgiver, i Bilag 2 – Tilbudsliste anførte f.eks. vedr. dosering, vil angivelserne i tilbudslisten være gældende.

Tilbudsgiver skal i forbindelse med smagstesten selv forestå brygning af kaffe og te for at sikre den mest optimale og korrekte brygning.

Tilbudsgiver skal medbringe følgende:

- 2 vareprøver af hvert udvalgt produkt – 1 enhed til smagstesten og 1 enhed til reference. Til hver medbragt vareprøve skal vedlægges et produktdatablad.
- 1 stk. Bonamat Novo 1,8 liters kaffemaskine med manuel vandpåfyldning eller tilsvarende.
- 1 stk. kaffekværn til hele kaffebønner.
- 5 stk. termokander til evaluering af kaffe.

- 5 stk. termokander til evaluering af te.

Ordregiver stiller el-kedel til rådighed.

Ordregiver efterser under testen, at opmåling af kaffe for hver kaffebrygning sker i henhold til den i Bilag 2 – Tilbudsliste angivne dosering og at vand er foretaget korrekt af Tilbudsgiver. Der anvendes nøjagtig samme dosering af kaffe, som der er budt ind med i Bilag 2 – Tilbudsliste.

Smagstesten forventes at foregå den 7. januar 2025 kl. 10:00-15:00.

...

7.3 EVALUERINGEN OG POINTSKALAEN

På de kvalitative kriterier (øvrige underkriterier og delkriterier) bliver tilbuddene vurderet absolut. Tilbuddene vurderes dermed uafhængigt af de øvrige indkomne tilbud.

Tildeling af point sker på baggrund af, hvor godt tilbuddene opfylder kravene knyttet til de enkelte underkriterier og delkriterier. Flere tilbud kan således opnå samme point. I udbuddet vil de indkomne tilbuds opfyldelse af de kvalitative kriterier blive vurderet ud fra følgende pointskala:

Point	Gives for
10	Bedst mulige opfyldelse af kriteriet
9	Fortrinlig opfyldelse af kriteriet
8	Meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
7	God opfyldelse af kriteriet
6	Over middel i opfyldelse af kriteriet
5	Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
4	Under middel i opfyldelse af kriteriet
3	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
2	Utilstrækkelig opfyldelse af kriteriet
1	Dårlig opfyldelse af kriteriet (fx konditions-mæssigt tilbud, der alene opfylder ufravigelige krav)
0	Kriterie ikke opfyldt

I forbindelse med den endelige evaluering vil der blive anvendt en point-model, hvor priser omregnes til point, som så kan sammenvægtes med point for kvalitative kriterier i en samlet vurdering. Ordregiver vil ved prisevalueringen anvende den lineære betragtning:

$$\text{Tilbuddets point} = \text{Maksimumpoint} - \text{Maksimumpoint} \times \frac{\text{Tilbuddets pris} - \text{Laveste tilbuds pris}}{\text{Laveste tilbuds pris}}$$

Metoden tildeler det billigste tilbud maksimumpoint, på en skala fra 0 til 10, mens øvrige tilbud tildeles maksimumpoint med et fradrag, der svarer til deres afgivelse fra det billigste tilbud.

Denne metode vil blive anvendt i de tilfælde, hvor spredningen i de indkomne priser ligger på mellem 0 % og 100 %.

7.3.1 SEKUNDÆR EVALUERINGSMETODE

Såfremt de indkomne priser viser sig at være markant anderledes end forventet, vil der i stedet blive anvendt en evalueringsmetode som baserer sig på en prismodel, hvor pointene for de kvalitative kriterier omregnes til priser, som så kan sammenlægges med tilbudsprisen i den samlede evaluering.

...

8. TJEKLISTE TIL TILBUDSAFGIVELSE

...

Tilbudsgiver er ansvarlig for at sikre, at dokumenterne er udfyldt korrekt, idet manglende besvarelse kan medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt og dermed ikke vil indgå i tilbudsevalueringen.

...

- Udfyld og upload følgende dokumenter:

...

Bilag 2 - Tilbudsliste”

Af udbudsmaterialets bilag 2, tilbudsliste, faneblad ”Vejledning” fremgår:

”...

Cellefarvens betydning:



Celler med denne farve indeholder informative overskrifter og MÅ IKKE ÆNDRES af tilbudsgiver.

Celler med denne farve indeholder eksempler, beregninger, information samt specifikation af produkter og MÅ IKKE ÆNDRES af tilbudsgiver.

Celler med denne farve SKAL UDFYLDES af tilbudsgiver med FULD BESVARELSE i form af priser og produktoplysninger mv. skal udfyldes for de budlinjer, hvor der afgives tilbud.

Celler med denne farve KAN UDFYLDES

Information og vejledning:

Generelt:

- Tilbudsgiver skal afgive tilbud på samtlige kravspecificerede varelinjer.”

Under tilbudslistens faneblad ”Kaffe” skulle tilbudsgiverne på varelinje 3A afgive tilbud på ”Instant/granulat kaffe, 100 % Arabica, Økologisk og bæredygtig”. Ifølge fanebladet skulle tilbudsgivernes tilbud indeholde følgende oplysninger:

”

Varenr.	Tilbudt mærke	Andel Arabica i %	Tilbudt pakningsstørrelse i gram	Mindste enhed pr. bestilling (antal poser)	Antal kg pr. mindste bestilling	Listepris i kr. pr. kg	Rabat i kr. pr. kg	Dosering i hele gram for én liter færdigbrygget kaffe (brygget på en kolbemaschine)/færdiglavet kaffe
		100%			0			

”

Inden for tilbudsfristen den 20. december 2024 modtog SDU tilbud fra BKI foods a/s, JDE, I.M. FRELLSEN K/S og Bentax A/S.

Af JDE’s tilbudsliste, varelinje 3A, fremgår følgende varenummer og ”Tilbudt mærke”:

”

4070229	DE Classic Instant kaffe, Fairtrade og Økologisk, 10 poser á 300 g pr. karton
---------	---

”

Den 7. januar 2025 sendte JDE via udbudssystemet følgende besked til SDU:

”

07-01-2025 - 06:55 - René Sorgenfri, JACOBS DOUWE EGBERTS DK ApS

Besked

Ang. Diverse - Direkte dialog - Kan besvares direkte, og må foregå 1-til-1 mellem tilbudsgiver og ordregiver
(Q22) Smagstest i dag

God morgen Christina

Peter Henningsen er desværre blevet syg, så vi kommer kun 2 til smagstesten.

Vi har også være nødsaget til at lave et varenummerskift, idet den økologiske instant kaffe vi har tilbudt ikke kunne leveres til smagstesten. Så vi har udskiftet DE Instant økologisk med Gevalia økologisk. Det vil vi også gøre hvis vi vinder aftalen, så dette bliver den permanente løsning.

Jeg kan ikke se at jeg kan vedhæfte produktark til udskiftning her, men jeg har produktark på den nye variant med til smagstesten.

Vi ses om et par timer.

Mvh. René Sorgenfri

”

SDU har oplyst, at JDE umiddelbart efter beskeden via udbudssystemet fremsendte produktark for tilbudslistens produkt (DE Classic) og det nye produkt.

Af produktarkene fremgår, at det tilbudte varenummer 4070229 på varelinje 3A blev udskiftet med varenummer 4070675, ”Gevalia Mellemristet instant kaffe, Økologisk, 4C certified, 6 poser á 150 g pr. karton”.

Af produktinformationen for varenummer 4070229 (DE Classic) fremgår følgende beskrivelse:

”En mellemristet bæredygtig og økologisk kaffe af 100% Arabica bønner med en balanceret og fyldig smag med ristede noter. 10 x 300 g instant kaffe pr. karton”.

Oprindelseslandet angives til at være Holland. Under ”Certifikat på bæredygtighed” er anført ”Fair trade”.

Af produktinformationen for varenummer 4070675 (Gevalia Mellemristet) fremgår følgende beskrivelse:

”Gevalia Professionel Økologisk består af 100% Arabica bønner, som giver en fyldig, aromatisk og velafbalanceret smag. 6 x 150 g instant kaffe pr. karton”.

Oprindelseslandet angives til at være Tjekkiet. Under ”Certifikat på bæredygtighed” er anført ”4C certified”.

Smagstesten blev samme dag afviklet i tidsrummet fra kl. 10-14. Til smagstesten medbragte JDE for varelinje 3A Gevalia Mellemristet og ikke DE Classic.

Af SDU's interne evalueringsnotat af 8. januar 2025 fremgår bl.a.:

"Tirsdag d. 7. januar 2025 skal SDU afholde smagstest kl. 10-14.00.
JDE fremsender nedenstående kl. 06.55 fra René Sorgenfri;

...

Denne mail læses først kl. 13.25, efter smagstesten er slut.

Smagstesten er derfor gennemført og brugerne har derved smagt og vurderet den udskiftede instant kaffe, jf. udbudsbetingelserne pkt. 7.2.2. Evalueringen foregik som en absolut vurdering.

Fremsendelse af mail fra JDE d. 7. januar 2025 kl. 06.55 må betragtes som værende et nyt tilbud, der er fremkommet efter tilbudsfristen, der var d. 20. december 2024 kl. 10.00. Et nyt tilbud efter tilbudsfristen vil være i strid med ligebehandlingsprincippet og derfor er det SDU's vurdering, at tilbuddet ikke kan antages, jf. udbudslovens § 159, stk. 6. Yderligere begrundes det med at der jf. pkt. 6.6. i udbudsbetingelserne kun er tilladt fremsendt ét tilbud.

Det udskiftede produkt lever stadig op til alle krav og tilbydes til samme pris, men det er efter SDU's vurdering en væsentlig ændring, når der er tale om en udskiftning af vare på tilbudslisten, som ændres efter tilbudsfristen, og at denne medtages på smagstesten, som ikke er tilladt jf. udbudsbetingelser pkt. 7.2.2.1

...

SDU vil derfor betragte JDEs tilbud som værende ukonditionsmæssigt på baggrund af fremsendelse af nyt tilbud og kan iht. udbudslovens § 2, ligebehandlingsprincippet, ikke medtages i evalueringen. Ydermere henvises til forarbejderne, hvor SDU vurderer, at der er tale om en konkurrencemæssig fordel ved at udskifte et udgået eller ikke længere tilgængeligt produkt med et nyt. SDU vil ikke kunne fuldstændiggøre JDE's tilbud, da en sådan fuldstændiggørelse ikke må føre til, at der er tale om fremsættelse af et nyt tilbud.

...

JDE medtages derfor ikke i evalueringen og vurderes at være ukonditionsmæssige.

Ift. øvrige tilbudsgivere er Frellsen ligeledes ukonditionsmæssige

...

Bantax er tilsvarende også ukonditionsmæssige

...

SDU foretager på baggrund heraf dermed ikke en evaluering, men tildeler direkte til BKI, som er eneste konditionsmæssige tilbudsgiver.”

Den 13. januar 2025 underrettede SDU JDE om, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, og at universitetet agtede at indgå rammeaftalen med BKI Foods A/S, der havde afgivet det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Af underretningsbrevet fremgår bl.a.:

”Der er indkommet 4 tilbud, hvoraf 1 tilbud er vurderet konditionsmæssigt.

SDU må desværre meddele jer, at vi ved gennemgang af jeres tilbud har konstateret, at jeres tilbud er ukonditionsmæssigt, da I tirsdag d. 7. januar 2025 kl. 06.55 fremsender besked via udbudssystemet med information om, at et produkt udskiftes. Dette skønner Ordregiver at være et nyt tilbud, da der ændres i grundlæggende elementer, bilag 2 – Tilbudslisten. Jeres tilbud har derfor ikke indgået i evalueringen.

...

Den obligatoriske stand-still periode udløber med udgangen af den 23-01-2025, og det forventes, at der vil blive indgået kontrakt den 24-01-2025.”

I standstill-perioden gjorde JDE indsigelse mod SDU’s afvisning af JDE’s tilbud, og der blev herefter gennemført møder mellem parterne. Under hensyn til dialogen med JDE forlængede SDU standstill-perioden til den 29. januar 2025.

JDE har under sagen fremlagt et dokument, som sammenligner produktvarianten ”DE Organic and Fairtrade”, der blev tilbudt ved den indsendte til-

budsliste, og produktvarianten ”GEVAL ORGANIC INS 150GX6”, som den førstnævnte produktvariant blev udskiftet med:

”

DE Organic and Fairtrade

SAP ID:	4070229
SAP Name:	DE CLASSIC FT INS ECO NL BIO 300GX10
Taste profile:	A medium roast blend with balanced flavour complimented by rich roasted character. 100 % Arabica
Cerfications	Organic And Fairtrade
Packaging	Foil – limited recyclability



Gevalia Organic and RS

SAP ID:	4070675
SAP Name:	GEVALIA ORGANIC INS 150GX6
Taste Profile	Gevalia Professional Organic consists of 100% Arabica beans, which provide a full, aromatic and well-balanced taste with a hint of citrus notes. 100 % Arabica
Certifications	Common Grounds / Responsibly sourced (Recognized by Global Coffee Platform as Fairtrade is)
Packaging	Foil – Will Switch into Paper Bag for recyclability



”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

JDE har gjort gældende, at der ikke var grundlag for at erklære JDE's tilbud for ukonditionsmæssigt.

SDU skulle have iagttaget det oprindelige tilbud

JDE indsendte inden tilbudsfristens udløb konditionsmæssigt tilbud. Ifølge tidsplanen blev tilbuddenes konditionsmæssighed vurderet i uge 51, hvorefter der ville blive givet besked om deltagelse i smagstesten. JDE deltog i smagstesten, og virksomhedens tilbud var således fundet konditionsmæssigt forud for anmodningen om udskiftning.

Selv om JDE den 7. januar 2025 forsøgte at udskifte et produkt på tilbudslisten, skulle det oprindelige tilbud være indgået i SDU's evaluering. Udskiftningen indebar ikke, at indholdet af tilbudslisten blev ændret.

Ifølge udbudsbetingelserne ville underkriteriet ”Pris” blive evalueret på baggrund af ”den samlede sum, der udgøres af de af Tilbudsgiver anførte priser i Bilag 2 – Tilbudsliste”. Dette støtter, at det oprindelige tilbud skulle være indgået i evalueringen.

JDE’s besked om udskiftning af produkt kan ikke anses som en definitiv anmodning om udskiftning af produktet. Det fremgår heller ikke af beskeden, at JDE ikke ville kunne levere kaffe af den type, som var angivet i tilbudslisten. Det kan ikke udledes af indholdet af JDE’s meddelelse af 7. januar 2025, at der tages forbehold for vedståelsesfristen, og at JDE ikke ville kunne vedstå tilbuddet. Det fremgår alene af meddelelsen, at den økologiske instant kaffe, som JDE havde tilbudt, ikke kunne leveres til smagstesten. Det kan ikke udledes, at JDE ikke ville kunne levere produktet, såfremt JDE vandt tilbuddet. Det forhold, at det ligeledes blev anført, at det alternative produkt ville blive den permanente løsning, skal ikke tages som udtryk for, at det ville være umuligt for JDE at levere det oprindelige produkt. JDE ville have leveret den oprindeligt tilbudte kaffevariant, hvis SDU havde afslået udskiftningen.

Selvom uklarheder i et tilbud er tilbudsgivers ansvar, medførte det ikke, at SDU var berettiget til at fortolke meddelelsen af 7. januar 2025 så indskrænkende som muligt. Alene den mest indskrænkende tolkning af meddelelsen vil medføre, at meddelelsen skal anses som et forbehold for vedståelsesfristen. Meddelelsen gav SDU en berettiget tvivl om rigtigheden af oplysningerne i tilbuddet. SDU skulle derfor i stedet have undersøgt nærmere, om JDE kunne levere produktet på varelinje 3A ved at rette en forespørgsel til JDE herom, jf. udbudslovens § 164, stk. 2, og forarbejderne hertil. Det har i denne sammenhæng ingen betydning, at JDE til smagstesten medbragte det ændrede produkt.

Det tilbudte produkt i tilbudslisten var udgået, og det var derfor nødvendigt at udskifte produktet. Der var derfor tale om en åbenbar fejl, når JDE havde angivet produktet på tilbudslisten. SDU var forpligtet til at få afklaret denne åbenlyse fejl i tilbudslisten, jf. Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, og klagenævnets kendelse af 23. maj 2022, Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune, Bornholms Affaldsbehandling.

Udskiftningen af produktvarianten var alene en nødvendighed for dagen, hvor kvalitetsevalueringen skulle finde sted. JDE fandt det dog mest hensigtsmæssigt at gøre udskiftningen permanent, således at produktvarianten ”GEVAL ORGANIC INS 150GX6” blev tilbudt i hele produktperioden. Herved sikrede JDE, at der ikke opnåedes en konkurrencemæssig fordel ved produktændringen.

SDU har lagt til grund, at oplysningerne i tilbudslisten var urigtige. SDU har ikke foretaget en egentlig kontrol af oplysningerne, men har alene haft en formodning om, at oplysningerne var ukorrekte på baggrund af JDE’s meddelelse om udskiftning af et produkt. Denne formodning er ikke tilstrækkelig til at erklære JDE’s tilbud ukonditionsmæssigt.

SDU kunne tage det ændrede produkt i betragtning

SDU var berettiget til at tage JDE’s tilbud med det ændrede produkt i betragtning ved evalueringen, jf. udbudslovens § 159, stk. 5, og Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune, som stadfæstet ved Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023. Der henvises endvidere til klagenævnets kendelse af 20. august 2018, Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune.

En ordregiver kan tillade ændringer i tilbudsdokumenter efter tilbudsfristens udløb, hvis det ikke udgør en væsentlig ændring af tilbuddet, jf. EU-Domstolens dom af 11. maj 2017 i sag C-131/16, Archus and Gama. Udskiftningen af produktet på varelinje 3A udgjorde ikke en væsentlig ændring. En analogi af reglerne for ændringer i en udbudt kontrakt efter kontraktindgåelsen tilsiger, at produktændringen skal accepteres.

EU-Domstolens praksis, særligt dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH (”presstext-dommen”), fastslår, at en ændring i kontraktens indhold kun kan betragtes som væsentlig, hvis den forrykker konkurrencen, ændrer den økonomiske balance eller medfører en tildeling, der ellers ikke ville have fundet sted. Ingen af disse kriterier var opfyldt, idet det alternative produkt opfyldte alle udbudsbetingelser og ikke ændrede på pris- eller kvalitetsvurderingen.

Udbudsloven har bl.a. kodificeret EU-domspraksis vedrørende kontraktændringer i udbudslovens §§ 178-184. Ud fra pressetext-dommen kan det udledes, at produktændringen ikke ville medføre krav om en ny udbudsprocedure, hvis JDE først ændrede produktet under kontraktens løbetid. En analogi til pressetext-dommen tilsiger således, at ændringen skulle være accepteret af SDU. JDE ville med SDU's accept have skiftet til den ændrede kaffevariant efter kontraktindgåelse. Den eneste forskel i forhold til pressetext-dommen er tidspunktet for meddelelse om udskiftning af kaffevarianten. En helt stringent eller formalistisk fortolkning vil i dette tilfælde medføre, at der ikke sikres en reel konkurrence og åbne markeder, som er det bagvedliggende formål med udbudsreglerne.

Hvis der anvendes en meget restriktiv tolkning af muligheden for at foretage mindre ændringer i tilbudte produkter efter tilbudsfristens udløb, som ikke indebærer en konkurrencemæssig fordel, medfører det en situation, hvor det vil være fordelagtigt først at ændre i tilbudslisten, efter kontrakten er blevet tildelt. Dette gælder også, selv om en tilbudsgiver på forhånd er bekendt med, at det tilbudte produkt ikke vil kunne tilbydes igennem hele kontraktens løbetid. En sådan restriktiv fortolkning hindrer derfor en effektiv konkurrenceudsættelse.

Udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 ændrer ikke herved. Produktet opfyldte fortsat alle krav, og der var tale om en tilsvarende variant som den tidligere tilbudte, jf. også oplysningerne i SDU's evalueringsnotat, hvor det er anført, at det "udskiftede produkt lever stadig op til alle krav og tilbydes til samme pris". Udskiftningen ændrede således hverken på pris eller kvalitet.

Meddelelsen af 7. januar 2025 kan alene anses at være i strid med udbudsbetingelsernes krav til det produkt, der skulle medbringes til smagstesten. Testpanelet smagte imidlertid den kaffe, som endte ud med at blive tilbudt på varelinje 3A, hvilket således var i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 om, at de varianter, der benyttedes til smagstesten, skulle stemme overens med det tilbudte. Ændringen af produktet har ikke haft evalueringsmæssig betydning. Der blev ved udskiftningen af produktet ikke ændret ved den tilbudte pris. Ændringen af produktet havde derved objektivt set ikke ændret på evalueringen af underkriteriet "Pris".

Det fremgår af JDE's produktsammenligning, at produktvarianterne i realiteten er identiske, idet den tilbudte produktvariant dog har en smule flere citrusnoter. Denne minimale forskel havde ikke betydning for evalueringen af kaffeprodukterne, og den havde heller ikke en reel betydning for den tilbudte ydelse. Det var stadig kaffe, som består af 100 % Arabica-bønner, der blev tilbudt til den samme pris, og derudover levede begge produktvarianter op til samme bæredygtighedskriterier.

Selv i det tilfælde, at der skulle være minimale forskelle i smag og duft, har det ikke haft konkret betydning for evalueringen. Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 ville kvalitet blive evalueret på baggrund af en smagstest. Det var umuligt for JDE eller andre tilbudsgivere på forhånd at optimere deres tilbud for så vidt angik kvalitet, da det på forhånd ikke kunne vides, hvilken præference for kaffe som smagsdommerne havde. Da evalueringen af smag i høj grad blev afgjort ud fra individuelle præferencer, og dermed ikke var objektivt målbar, medførte ændringen af produktet ikke en konkurrencemæssig fordel/fordrejning. Det var produktvarianten "GEVAL ORGANIC INS 150GX6", som blev evalueret ved blindsmagningen den 7. januar 2025. Det havde således ikke konkret betydning for evalueringen af varelinjenummeret. JDE opnåede derfor ikke en konkurrencemæssig fordel ved at foretage udskiftningen af produktet. Det ændrede produkt var nærmest identisk med det tidligere tilbudte, og prisen forblev den samme for SDU.

Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, og udbudsmaterialet kan ikke fortolkes således, at ændring af en produktvariant til smagstesten ville medføre, at et tilbud blev erklæret for ukonditionsmæssigt. SDU ville således have overholdt udbudsbetingelserne, hvis JDE's ændring var blevet imødekommet. JDE's ændring af produktet på varelinje 3A indebar ikke, at der herved i strid med ligebehandlingsprincippet blev fremsat et nyt tilbud. De øvrige tilbudsgivere kunne tilsvarende være givet mulighed for at justere deres produkter på et lignende grundlag.

Indholdet af meddelelsen af 7. januar 2025 kan ikke anses som et forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. klagenævnets kendelse af 27. november 2024, Saint-Gobain Distribution Denmark A/S mod Aarhus Kommune. Ændringen lå inden for, hvad der sædvanligvis tillades ændret efter kontraktens indgåelse, og ændringen havde ingen betydning for tildelingsbeslutningen. Desuden var den relevante post i tilbudslisten af underordnet betydning i forhold til den samlede ydelse.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 6, at det skal fremgå udtrykkeligt af udbudsmaterialet, hvis en konkret fejl eller mangel vil føre til, at tilbuddet afvises.

Det følger videre af klagenævnets kendelse af 27. april 2022, Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune, at ordregiver ikke er forpligtet til at afvise tilbuddet, hvis det ikke fremgår udtrykkeligt af udbudsbetingelserne. Det skal således fremgå klart af udbudsbetingelserne, at efterfølgende ændringer medfører, at tilbuddet i sin helhed afvises.

Af udbudsmaterialet fremgår alene, at tilbud skulle indsendes inden den fastsatte frist, men der fremgår intet specifikt om, at en konkret fejl ville føre til afvisning af tilbuddet, eller at SDU ikke var forpligtet til at tage JDE's tilbud i betragtning, såfremt JDE senere ændrede et produkt i forhold til, hvad der fremgår af tilbudslisten. SDU havde derfor mulighed for at tage JDE's tilbud i betragtning, da det ikke fremgår direkte af udbudsmaterialet, at en ændring eller præcisering af tilbuddet ikke ville blive accepteret.

Ifølge klagenævnets kendelse af 16. maj 2024, Nuuday A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, skal det fremgå klart for tilbudsgiverne, at enkelte fejl og mangler i udbudsmaterialet vil udgøre et grundlæggende element, og at hele tilbuddet vil blive anset som ukonditionsmæssigt, jf. også Vestre Landsrets dom af 27. august 2015, Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S (U.2016.86V).

Det kan ikke udledes af udbudsbetingelserne, at en fejl ved en enkelt produktlinje ville udgøre en ændring af et grundlæggende element. Ifølge udbudsbetingelserne kunne der ikke tages forbehold i form af uoverensstemmelser mellem udbudsmaterialet og tilbuddet, men det kan ikke udledes heraf, at fejl i en enkelt varelinje ville blive anset som et forbehold over for et grundlæggende element.

Det kan heller ikke udledes af tilbudslistens vejledning, at manglende eller fejlagtig udfyldelse af ét gulmarkeret felt ville blive betragtet som et forbehold for et grundlæggende element. Det fremgår af tilbudslisten, at der skulle tilbydes to produkter af typen ”Instant/granulat kaffe”. Selv med fejlen i tilbudslistens varelinje 3A blev der således tilbudt én type hurtigt opløselig kaffe på varelinje 4A.

Det kan ikke tillægges betydning, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 7.1, at de varianter, der skulle benyttes til smagstesten, skulle stemme overens med det tilbudte og være mærket med tilbudslistens positionsnummer, tilbudsgivers varenummer og et produktdatablad. Vilket havde ingen betydning for vurderingen af, om en fejl eller mangel på en tilbudt varelinje skulle anses som et grundlæggende element.

Det følger også af EU-Domstolens praksis, jf. EU-Domstolens dom i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, at nye oplysninger kan iagttages, hvis dette ikke medfører en uberettiget forskelsbehandling. I samme retning peger klagenævnets kendelse af 27. april 2022, Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune, der viser, at ændringer eller berigtigelser kan accepteres, hvis det ikke medfører en konkurrencefordel.

Da meddelelsen af 7. januar 2025 ikke udgjorde et forbehold for et grundlæggende element, var SDU ikke berettiget til at erklære JDE's tilbud for ukonditions-mæssigt, jf. også klagenævnets kendelse af 29. november 2023, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S.

Hvis meddelelsen af 7. januar 2025 anses for at indeholde et forbehold, skulle SDU have kapitaliseret forbeholdet, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.5.

Såfremt SDU ikke var forpligtet til at acceptere det ændrede produkt, skulle SDU i stedet for at afvise tilbuddet have tildelt JDE 0 point for varelinje 3A, jf. klagenævnets kendelse af 11. september 2024, Jacobs Douwe Egberts DK ApS mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

SDU har gjort gældende, at SDU var berettiget og forpligtet til at afvise JDE's tilbud.

SDU skulle ikke have iagttaget det oprindelige tilbud

Efter udbudsbetingelsernes pkt. 6.3 skulle tilbuddet være ”gældende i 6 måneder fra tilbudsfristens udløb”.

JDE meddelte den 7. januar 2025, hvilket var 18 dage efter tilbudsfristens udløb, at JDE havde valgt at udskifte et af de produkter, som JDE havde tilbudt på tilbudslisten, der indgik i tilbuddet. Produktet indgik på en varelinje i tilbudslisten, som JDE ifølge tilbudslistens vejledning havde været forpligtet til at udfylde, for at tilbuddet kunne tages i betragtning.

JDE's udskiftning af produktet på varelinje 3A blev ikke præsenteret som et ønske eller en anmodning. JDE anførte uden nogen form for modifikationer eksplicit i meddelelsen af 7. januar 2025, at det nye produkt (Gevalia økologisk) ville blive den permanente løsning. JDE valgte således, uden at gøre det betinget af en accept eller et samtykke, at meddele udskiftningen af produktet på tilbudslistens varelinje 3A. JDE's meddelelse af 7. januar 2025 kan på den baggrund ikke forstås på anden måde, end at JDE ikke var i stand til at opretholde det tilbud, som JDE havde afgivet inden tilbudsfristens udløb, idet JDE af årsager, som JDE alene bærer ansvaret for, ikke ville være i stand til at levere det produkt, som JDE havde tilbudt på varelinje 3A. Det fremgår ikke af meddelelsen, at JDE fortsat ville være i stand til at levere den oprindeligt tilbudte DE-variant. SDU kunne alene lægge det, JDE havde meddelt, til grund og måtte derfor også konstatere, at JDE reelt havde afgivet et helt nyt tilbud og dermed også taget forbehold for udbudsbetingelsernes vilkår om, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud i 6 måneder fra tilbudsfristen.

Tilbud, der afgives ved et offentligt udbud, er bindende for tilbudsgiveren i overensstemmelse med aftalelovens regler og de vilkår i forhold til vedståelse, som følger af udbudsbetingelserne. JDE må således anses for at have taget forbehold for at kunne levere i henhold til tilbuddet og for udbudsbetingelsernes pkt. 6.3 om vedståelsesfrist.

JDE's forbehold over for den fastsatte 6-måneders-vedståelsesperiode for tilbuddene har karakter af et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet. Særligt kaffe er et yderst prisfølsomt produkt, som i den senere tid har været underlagt drastiske prisstigninger på markedet.

Det fremgår af tilbudslistens vejledning, at der skulle afgives tilbud på alle kravspecificerede varer. I tilbudslisten er det nærmere fastsat, hvilke oplysninger tilbudsgiverne skulle angive. Varelinje 3A indeholder felter i relation til bl.a. varenummer, tilbudt mærke og pris, som er markeret med en farve, der i tilbudslistens vejledning er beskrevet således, at de skulle udfyldes. Det

var dermed en betingelse for et tilbuds konditionsmæssighed, at der blev afgivet tilbud på varelinje 3A, og at der blev angivet alle de efterspurgte oplysninger, herunder varenummer og tilbudt mærke.

JDE's meddelelse af 7. januar 2025 er formuleret således, at meddelelsen måtte betragtes som et forbehold for, at JDE kunne levere i overensstemmelse med det tilbud, som JDE med bindende virkning havde indgivet til SDU inden tilbudsfristens udløb. JDE's afvisning af at kunne levere et tilbudt produkt, som det var obligatorisk at afgive tilbud på, har karakter af et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet.

Produktet på tilbudslistens varelinje 3A indgik i SDU's evaluering af underkriteriet "Pris" og underkriteriet "Kvalitet". Det er korrekt, at der skulle tilbydes to varianter af "Instant/granulat kaffe", men den variant, der skulle tilbydes på varelinje 3A, var økologisk, mens dette ikke var et krav i relation til varianten på varelinje 4A. Dertil kommer, at det i overensstemmelse med vejledningen til tilbudslisten var et krav, at der blev afgivet tilbud på begge varianter. SDU kunne ikke blot nøjes med at tildele JDE 0 point i forhold til varelinje 3A. SDU var i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet og den generelle udbudsretlige forbeholdslære såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbuddet.

Til smagstesten medbragte JDE ikke det produkt, der var tilbudt under tilbudslistens varelinje 3A. JDE medbragte i stedet det produkt, som JDE samme dag havde udskiftet det oprindeligt tilbudte produkt med. JDE iagttog dermed ikke det vilkår, der er beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 om, at de varianter, der benyttedes til smagstesten, skulle stemme overens med det tilbudte. Dette vilkår var afgørende for, at SDU kunne gennemføre sin evaluering i overensstemmelse med de generelle udbudsretlige principper. Da JDE ikke var i stand til at opfylde kravet som følge af produktudskiftningen, var SDU heller ikke i stand til at evaluere det oprindelige tilbud. Henset til smagstestens betydning for tilbudsevalueringen og tildelingen må vilkåret anses for et grundlæggende element i udbudsmaterialet.

Hvis det lægges til grund, at meddelelsen alene havde karakter af forbehold for ikke-grundlæggende elementer i tilbuddet, var SDU alligevel berettiget til at afvise tilbuddet, jf. også udbudsbetingelsernes pkt. 6.5. En ordregiver har altid ret til at afvise et tilbud med forbehold over for ikke-grundlæggende

elementer, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 13. april 2023, Toft Entreprise A/S mod Kerteminde Kommune.

Det er ikke korrekt, at SDU's begrundelse for afvisningen af JDE's tilbud i evalueringsnotatet af 8. januar 2025 afviger fra den begrundelse, der følger af SDU's underretningsbrev af 13. januar 2025.

Det fremgår således af begge dokumenter, at ukonditionsmæssigheden og dermed afvisningen af JDE's tilbud var begrundet i, at JDE efter tilbudsfriestens udløb valgte at udskifte et tilbudt produkt. Det forhold, at SDU i det interne evalueringsnotat uddybede sin begrundelse for ukonditionsmæssigheden, udgør ikke et udbudsretligt problem. Det er i den forbindelse også uden betydning, at SDU i evalueringsnotatet karakteriserede JDE's produktudskiftning som en "væsentlig ændring", mens SDU i underretningsbrevet, som er det officielle dokument, der udgjorde det formelle grundlag for afvisningen af JDE's tilbud, karakteriserede JDE's produktudskiftning som en ændring vedrørende "grundlæggende elementer".

En ordregivende myndighed skal påse konditionsmæssigheden af tilbuddene helt indtil det tidspunkt, hvor der bliver indgået kontrakt, jf. Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (U.2012.2952H).

SDU var således forpligtet til at reagere på JDE's meddelelse af 7. januar 2025 om, at JDE ikke længere ville kunne levere det tilbudte produkt på varelinje 3A.

SDU var ikke forpligtet til at foretage nærmere undersøgelser i medfør af udbudslovens § 164, stk. 2. JDE's meddelelse af 7. januar 2025 beskrev klart, at JDE havde ændret sit tilbud, og at JDE i relation til smagstesten og et potentielt senere leverandørforhold ville levere et andet kaffeprodukt end det, der var tilbudt på varelinje 3A.

JDE bærer risikoen for, at indholdet af meddelelsen af 7. januar 2025 ville blive betragtet som et forbehold over for kravene i udbudsmaterialet. Det påhvilede ikke SDU at foretage en kontrol af, om indholdet af JDE's meddelelse skulle forstås i overensstemmelse med sit indhold, og om JDE alligevel ville være i stand til at levere det produkt, der var tilbudt på varelinje 3A i tilbudslisten.

Indholdet af JDE's meddelelse af 7. januar 2025 kan ikke betragtes som – og har ikke karakter af – en ”åbenlys fejl”, som SDU var forpligtet til at søge berigtigelse af. Dette støttes af, at JDE til smagstesten den 7. januar 2025 medbragte et nyt produkt svarende til det, der var beskrevet i meddelelsen.

SDU kunne ikke tage det ændrede produkt i betragtning

JDE's oprindelige tilbud var ikke ufuldstændigt eller fejlbehæftet eller manglede specifikke dokumenter. JDE ændrede efter tilbudsfristens udløb indholdet af sit tilbud på baggrund af omstændigheder, som lå inden for JDE's kontrol. Der har således ikke været tale om en situation, som har givet adgang til berigtigelse i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5.

JDE's tilbudsændring havde ikke blot karakter af en formel ændring af et varenummer, men af en reel produktudskiftning, hvor der efter udskiftningen blev tilbudt et produkt med helt andre tekniske specifikationer end det oprindeligt tilbudte produkt.

Varelinjen, hvor JDE valgte at foretage en produktudskiftning, indgik ved SDU's evaluering i forhold til underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet”. Der ville på den baggrund have været tale om et ”nyt tilbud”, hvis SDU havde accepteret JDE's produktudskiftning. Det er derfor også uden betydning, at det nye produkt i øvrigt opfyldte de krav, der var stillet i udbudsmaterialet. Det ville have været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tillade produktudskiftningen. EU-Domstolens dom i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, og klagenævnets kendelse af 27. april 2022, Dorte Manderup A/S mod Aarhus Kommune, ændrer ikke herved.

Det er uden betydning, om Gevalia-varianten og DE-varianten begge er baseret på 100 % Arabica-bønner og formentlig smagsmæssigt og duftmæssigt har lighedspunkter. Det afgørende er, at JDE entydigt meddelte, at virksomheden ikke længere ville kunne levere i overensstemmelse med det oprindelige tilbud og dermed så sig nødsaget til at tilbyde et helt nyt produkt eller fabrikat og dermed også afgav et helt nyt tilbud.

JDE's bilag vedrørende sammenligning af kaffeprodukterne kan ikke tillægges betydning, da det først er udarbejdet og fremlagt af JDE i forbindelse med klagesagen. Det fremgår i øvrigt af sammenligningen, at Gevalia-produktet

– i modsætning til det oprindeligt tilbudte DE-produkt – har ”a hint of citrus-notes”.

SDU's udbud blev gennemført efter udbudsformen ”offentligt udbud”, hvor der i henhold til EU-Domstolens og klagenævnets praksis gælder et forhandlingsforbud. En accept af produktudskiftningen ville have udgjort en overtrædelse af forhandlingsforbuddet, jf. klagenævnets kendelse af 16. december 2004, Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956 afd. 8 m.fl.

Selv om det ikke fremgår direkte af udbudsbetingelserne, at en ændring eller præcisering af tilbuddet ikke ville blive accepteret, havde SDU ikke pligt til at acceptere JDE's ændring i tilbudslisten. En ordregivers adgang til at tillade en tilbudsgiver at ændre sit tilbud efter tilbudsfristens udløb kan ikke alene vurderes i lyset af ordregiverens udbudsbetingelser, men skal også vurderes i lyset af de generelle udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Pressetext-dommen er uden relevans, da den angår ændringer, der foretages efter, at der er indgået kontrakt på baggrund af et udbud. Udbudslovens § 178 er en direkte kodificering af EU-Domstolens præmisser i dommen. Udbudslovens regler om ændring af kontrakter finder ikke anvendelse på ændringer, der foretages før, der indgås kontrakt, jf. klagenævnets kendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S. Pressetext-dommen og de nu kodificerede ændringsregler angår alene sådanne ændringer, som den ordregivende myndighed indvilliger i at foretage, og ikke sådanne ændringer i en kontrakt, som en tilbudsgiver egenhændigt og uden den ordregivende myndigheds samtykke ønsker at foretage.

EU-Domstolens dom af 11. maj 2017 i sag C-131/16, Archus and Gama, kan ikke begrunde, at SDU skulle have været forpligtet til at tage JDE's ændrede tilbud i betragtning. Det følger af dommens præmis 29, at en ordregivers adgang til at indhente supplerende oplysninger efter tilbudsfristens udløb er begrænset til situationer, hvor ”det er indlysende, at tilbuddet kræver en præcisering, eller når det drejer sig om at bringe åbenbare indholdsmæssige fejl til ophør”. En sådan situation foreligger ikke i denne sag, hvor JDE af egen drift, og uden at det udsprang af nogen uklarhed i det oprindeligt afgivne tilbud, valgte at ændre sit tilbud.

Det følger endvidere eksplicit af dommens præmis 31 – i fuld overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5 – at en berigtigelse ikke må føre til, at der reelt afgives et nyt tilbud. Der ville have været tale om, at JDE ville have fået adgang til at afgive et nyt tilbud, hvis SDU havde taget det ændrede tilbud i betragtning. Det fremhæves eksplicit i dommen, at de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed er til hinder for enhver form for forhandling ved en offentlig udbudsprocedure, hvilket der i realiteten vil være tale om, hvis et tilbud ændres efter dets afgivelse.

En accept af JDE's ændring af tilbudslisten i overensstemmelse med meddelelsen af 7. januar 2025 ville således have udgjort en grov overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 2

JDE har gjort gældende, at SDU har handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved at erklære JDE's tilbud for ukonditionsmæssigt på baggrund af meddelelsen af 7. januar 2025.

En ordregiver er forpligtet til at vurdere, om den konkrete handling skal medføre, at tilbudsgiveren udelukkes fra at afgive tilbud. SDU ses ikke at benægte, at det udbudsretlige proportionalitetsprincip i princippet vil betyde, at JDE's tilbud kunne iagttages. SDU synes dog at være af den fejlagtige opfattelse, at meddelelsen af 7. januar 2025 var et forbehold for vedståelsesfristen.

Meddelelsen af 7. januar 2025 var ikke et forbehold for vedståelsesfristen, da meddelelsen alene indeholdt oplysning om, at det tilbudte økologiske instant kaffeprodukt på tilbudslistens varelinje 3A ikke kunne leveres til smagsten. Da meddelelsen ikke udgjorde et forbehold for vedståelsesfristen eller for andre elementer i udbudsmaterialet, var SDU forpligtet til i overensstemmelse med det udbudsretlige proportionalitetsprincip at give lavere point i stedet for total afvisning. Dette er i overensstemmelse med klagenævnets kendelse af 11. september 2024, Jacobs Douwe Egberts DK ApS mod Ringkøbing-Skjern Kommune. SDU var dermed ikke berettiget eller forpligtet til at erklære JDE's tilbud for ukonditionsmæssigt, da det ikke var korrekt, at JDE ikke var i stand til at vedstå at levere det oprindeligt tilbudte kaffeprodukt.

SDU havde således mulighed for at tildele JDE 0 point ved evalueringen af kvalitet for varelinje 3A som følge af, at det korrekte produkt ikke blev medtaget til blindsmagningen. Dette ville have konsekvenser for evalueringen af tilbuddene og tildeling af kontrakten.

SDU konstaterede alene på baggrund af meddelelsen af 7. januar 2025, at JDE's tilbud ikke var konditionsræssigt. Det fremgår ikke af SDU's evalueringsnotat og underretningsbrev, at SDU vurderede, om JDE skulle udelukkes. SDU har dermed overtrådt proportionalitetsprincippet, idet SDU på baggrund af det konstaterede forhold automatisk drog den konsekvens, at JDE blev udelukket, uden at SDU foretog en proportionalitetsvurdering.

Det strider imod proportionalitetsprincippet, sådan som dette er fastlagt i EU-domstolens praksis, herunder EU-Domstolens dom i C-131/16, Archus and Gama, hvoraf følger, at afvisning af et tilbud kun er proportionalt, hvis der ikke findes mindre indgribende alternativer. SDU havde mulighed for og burde have anvendt en mindre indgribende sanktion.

SDU skulle have foretaget en konkret vurdering af, om anmodningen om ændring af produktet kunne afbødes med mindre indgribende foranstaltninger, herunder kapitalisering af et eventuelt forbehold eller tildeling af en lavere pointscore.

Da SDU erklærede JDE's tilbud for ukonditionsræssigt, når der var mindre indgribende alternativer, har SDU overtrådt proportionalitetsprincippet.

SDU har gjort gældende, at SDU ikke har handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved at afvise JDE's tilbud med den begrundelse, der fulgte af SDU's underretningsbrev og evalueringsnotat. En ordregiver er altid berettiget til at afvise et tilbud, der indeholder forbehold over for udbudsbetingelserne.

Proportionalitetsprincippet skal iagttages i sammenhæng med de øvrige udbudsretlige principper. SDU foretog en konkret vurdering af betydningen af JDE's produktudskiftning. SDU havde ikke andre muligheder end at afvise tilbuddet fra JDE, da SDU i modsat fald ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og forhandlingsforbuddet, idet JDE ikke længere ville levere i overensstemmelse med tilbuddet og dermed heller ikke kunne opfylde kravet om, at der skulle afgives tilbud på varelinje 3A.

De forbehold, der begrundede afvisningen, kan ikke karakteriseres som bagatelagtige.

SDU kunne ikke blot have givet JDE 0 point ved evalueringen af smag for den pågældende kaffevariant. Det var eksplicit anført i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud i 6 måneder, og det var eksplicit anført i tilbudslisten, at der skulle afgives tilbud på alle varelinjer, herunder varelinje 3A.

Ad påstand 3

JDE har gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af det anførte under påstand 1, 2 og 4 skal annullere SDU's tildelingsbeslutning.

De udbudsretlige overtrædelser er så grove, at de bør medføre, at tildelingsbeslutningen kendes ugyldig.

Ved vurderingen af om særligt den ugenomsigtige evalueringsmodel har haft betydning for konkurrencen, skal det ikke tillægges vægt, om fejlen konkret har haft betydning for konkurrencen om kontrakten, herunder hvem der har afgivet tilbud.

Det kan ikke udledes af praksis, forarbejder eller udbudsreglerne i øvrigt, at en klager bliver afskåret fra at gøre et forhold gældende alene af den grund, at der ikke er fremkommet indsigelser mod udbudsmaterialet. SDU har ikke haft en berettiget forventning om, at der ikke ville blive gjort nye forhold gældende, idet klagesagen stadig var verserende, da påstand 4 blev gjort nedlagt.

SDU har gjort gældende, at der under henvisning til de anbringender, der er gjort gældende under påstand 1, 2 og 4, ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Hvis JDE måtte få medhold i påstand 4, kan dette isoleret set ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen, da overtrædelsen ikke har haft betydning for tildelingsbeslutningen.

Det var alene BKI Foods A/S, der afgav et konditionsmæssigt tilbud, og bedømmelsen af underkriteriet ”Kvalitet”, herunder i forhold til smagstesten, fik derfor ingen betydning for tilbudsevalueringen.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at en konstateret overtrædelse af udbudsreglerne skal have haft konkret indflydelse på tildelingsbeslutningen (konkret væsentlighedsvurdering), for at det kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 17. december 2008, Bandagist-Centret A/S mod Århus Kommune, af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune, og af 16. september 2019, B. Braun Medical A/S mod Region Midtjylland.

Smagstesten afholdt i øvrigt ikke virksomheder fra at deltage i udbuddet. Det er helt sædvanligt, at der ved udbud af kaffe og te gennemføres smagstest på vilkår svarende til de vilkår, der indgår i SDU’s udbudsbetingelser. Ingen virksomheder gjorde indsigelse mod smagstesten i forbindelse med høringen af udbudsmaterialet, og ingen tilbudsgivere stillede spørgsmål til smagstesten i tilbudsfasen. Smagstesten har således ikke påvirket konkurrencefeltet ved udbuddet, og det kan da også konstateres, at der var fire virksomheder, der afgav tilbud.

Det må tillægges betydning, at JDE først har nedlagt annullationspåstanden på et meget sent tidspunkt. JDE har haft mulighed for at gøre sine synspunkter i forhold til smagstesten gældende på et tidligere tidspunkt, herunder i forbindelse med høringen af udkast til udbudsmateriale, offentliggørelsen af udbudsmaterialet eller i udbuddets standstill-periode, hvor JDE alene fandt anledning til at klage over andre forhold forbundet med udbuddet. Almindelige passivitetsbetragtninger fører derfor også til, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Forholdet omfattet af påstand 4 har ikke haft nogen formel eller reel betydning for udbuddet, da der kun blev afgivet et enkelt konditionsmæssigt tilbud, hvorved smagstesten ikke fik nogen betydning for tildelingen af kontrakten.

JDE har ikke løftet bevisbyrden for, at smagstesten har påvirket tilbudsafgivningen, og det faktum, at ingen tilbudsgivere stillede spørgsmål til smagstesten, viser, at forholdet ikke har haft nogen praktisk betydning.

Ad påstand 4

JDE har gjort gældende, at kriterierne for evaluering af underkriteriet ”Kvalitet” var ugenomsigtige og i praksis gav SDU ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene, hvilket var i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Kriterier for tildeling skal være gennemsigtige og må ikke give en ordregiver frit valg mellem tilbuddene, jf. udbudslovens § 164, stk. 1. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at kriterierne i udbudsbetingelserne skal gøre det klart, hvad ordregiver vil lægge vægt på, således at tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud. Formuleringen af under- og delkriterier skal således være klare og præcise og må ikke alene basere sig på ordregiverens frie skøn. Underkriterier skal være tilstrækkeligt klare, så en tilbudsgiver har rimelig mulighed for at vide, hvad der bliver lagt vægt på, jf. klagenævnets kendelse af 15. januar 2009, Ortos A/S m.fl. mod Odense Kommune.

Ordregiver har et relativt frit skøn i forhold til fastlæggelse af en evalueringsmodel. Det fremgår imidlertid af udbudslovens § 160, stk. 2, og forarbejderne til udbudsloven § 160, at evalueringsmodellen, herunder i forhold til anvendelsen af delkriterier, skal være gennemsigtig, uanset om der benyttes en pointmodel eller prosamodel. Evalueringsmodellen skal overholde de centrale udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling. Det skal i evalueringsmodellen beskrives, hvordan hvert enkelt kriterium nærmere bliver bedømt.

Der er ikke noget til hinder for, at evalueringsmetoden i forhold til evaluering af kriteriet ”smag” tager udgangspunkt i en smagstest, men det skal være muligt for tilbudsgiverne at gennemskue, hvad der lægges vægt på. Det er ikke tilstrækkeligt, at det angives, at kaffen og teen vil få point ud fra testpersonernes personlige præferencer, idet der tillige skal angives klare kriterier for bedømmelsen, jf. EU-Domstolens dom af 18. oktober 2001 i sag C-19/00, SIAC Construction Ltd mod County Civil of the County of Mayo.

Formuleringen af del- og underkriterier i udbudsmaterialet kan ikke anses for at være klare, præcise og utvetydige. Kriterierne muliggjorde derfor ikke en fortolkning, som var ens for alle tilbudsgivere, da vurderingen af kriterierne var subjektiv. Det var heller ikke muligt at efterprøve, hvad smagsdommerne

havde lagt vægt på, da vurderingen alene baserede sig på smagsdommernes skøn.

I forhold til underkriteriet ”Kvalitet” havde SDU i udbudsmaterialet alene angivet, at kaffen ville blive tildelt en pointscore uden nærmere at klarlægge, hvilke parametre der blev lagt vægt på ved pointtildelingen. Underkriteriet ”Kvalitet” blev for så vidt angik kaffe bedømt ud fra delkriterierne ”Smag” og ”Duft”, der vurderedes på baggrund af testpersonernes ”egne ønsker og præferencer”. Underkriteriet ”Kvalitet” var dermed upræcist og subjektivt, og det var ikke egnet til at foretage en objektiv vurdering af kaffens kvalitet, da scoren blev tildelt på baggrund af delkriterier, som tilbudsgiverne ikke havde mulighed for at tage højde for ved afgivelse af tilbud, idet det ikke kunne udledes, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af smag, som samlet bestod af 90 % af vægtningen af underkriteriet ”Kvalitet”. På baggrund af under- og delkriterierne var det således ikke muligt for tilbudsgiverne at tage højde for testpanelets specifikke præferencer, for eksempel i valget mellem lys-, mellem- og mørkristet kaffe, den foretrukne styrke på kaffen, fortrukne styrke på teen etc. SDU har derfor ikke på forhånd entydigt fastlagt og beskrevet, hvordan de forskellige kaffe- og tevarianter ville få point.

Tilrettelæggelsen af smagstesten i tid medvirkede endvidere ikke til at sikre, at testpanelet fastholdt den samme præference i løbet af hele smagstesten. Testpanelet skulle afprøve kaffe og te i flere timer, og testpanelets egne præferencer, ønsker og evner til at vurdere, hvad der udgjorde en god kop kaffe og kop te, afvejedes ikke på samme måde kl. 14 om eftermiddagen som kl. 10 om formiddagen. Derudover blev testpanelets vurdering af en god kop kaffe og god kop te påvirket af de andre smagsvarianter, som skulle afprøves i løbet af smagstesten.

Kravet om evalueringsmodellers klarhed og gennemsigtighed skal ses i sammenhæng med kravet om, at forbigående tilbudsgivere skal have en fyldestgørende begrundelse, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2. En begrundelse skal kunne forklare, hvad det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele har været i relation til alle under- og delkriterier. SDU’s uigennemsigtige evalueringsmodel har ikke muliggjort dette, da SDU ikke har mulighed for at vide, hvad testpanelsdeltagerne har lagt vægt på i evalueringen af kaffen og teen i forhold til smag.

SDU's pointskala er ikke tilstrækkeligt selvforklarende, da den alene angiver, hvor mange point på en skala fra 0 til 10, som kaffen og teen har fået ud fra et gennemsnit af en række testpaneldeletagers vilkårlige og ugenomsigtige holdning til, hvad der udgør en god kop kaffe og en god kop te efter flere timers smagstest. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 10. april 2025, Dubex A/S mod DSB.

Det er uden relevans for vurderingen af tildelingskriteriernes gennemsigtighed, om tilbudsgiverne stillede spørgsmål vedrørende gennemførelsen af smagstesten, og det kan ikke statuere et udbudsretligt passivitetsansvar. Det er objektivt konstaterbart, at en rimeligt oplyst tilbudsgiver ikke vidste, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af smag, da det ikke fremgår af udbudsbetingelserne. Det forhold, at JDE først blev opmærksom på denne problematik efter udbuddets gennemførelse, skal ikke komme JDE til skade.

SDU har fremlagt udbudsbetingelser fra to andre udbud, som JDE har vundet. Udbudsbetingelserne fra disse udbud ses at være gennemsigtige, idet der beskrives, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af kaffen. Således fremgår det af det ene udbud, at smagstesten ville blive vurderet på følgende delkriterier: Duft fra posen, farven på kaffen efter brygning i glas (synstest), smag efter brygning (i kop) og smag efter 1½ time på kande (i kop). Af det andet udbud fremgår, at der ville blive lagt vægt på smag, smagens holdbarhed, aroma og overflade, og at det havde betydning, at kaffen i forhold til bønne og ristning havde en klar smag og aroma inden for normalområdet.

Underkriteriet "Kvalitet" overholdt derfor ikke gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 164, stk. 1.

SDU har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte SDU's evalueringsmodel, da den er beskrevet i udbudsmaterialet og udformet i overensstemmelse med de generelle udbudsretlige principper.

Det følger af udbudslovens § 160, stk. 2, at en evalueringsmodel, der har været beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, ikke kan tilsidesættes af klagenævnet eller andre retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Ordregiver er tillagt et meget vidt skøn ved fastlæggelsen af, hvad der vil blive tillagt betydning i forhold til de kvalitative kriterier ved et udbud, og

ordregiver er ikke forpligtet til at lave en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning i forhold til de kvalitative under- og delkriterier, jf. klagenævnets kendelse af 25. april 2018, BilButikken A/S mod Randers Kommune, og kendelse af 22. november 2022, Sahva A/S mod Fællesudbud Sjælland v/Solrød Kommune. En ordregiver må dog ikke lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette, og som kunne have været af betydning for tilbudsgiverne ved udformningen af deres tilbud eller ved deres stillingtagen til, om de ønskede at afgive tilbud.

Den evalueringsmodel, der knyttede sig til underkriteriet ”Kvalitet”, herunder den fastlagte smagstest, var fastlagt inden for disse rammer. Det var således på baggrund af beskrivelsen i udbudsbetingelserne klart for tilbudsgiverne, herunder JDE, hvordan smagstesten ville blive gennemført, og hvad der ville blive tillagt betydning ved bedømmelsen af tilbuddene.

SDU havde i udbudsbetingelserne udførligt beskrevet den evalueringsmodel, der ville blive anvendt i sammenhæng med smagstesten, der indgår som et delkriterium til underkriteriet ”Kvalitet” ved udbuddet. SDU’s evalueringsmodel må ses i sammenhæng med den samlede smagstest, herunder de detaljerede retningslinjer for smagstesten, der er beskrevet under udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1, hvor det bl.a. er anført, hvad de enkelte deltagere i testpanelet skulle lægge vægt på ved deres test af de enkelte produkter.

I udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2 og 7.2.2.1 er det beskrevet, hvordan smagstesten ville blive gennemført, og hvordan den ville indgå i tilbudsevalueringen. SDU havde bl.a. under udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 detaljeret beskrevet, hvordan dosering og brygning skulle håndteres ensartet af tilbudsgiverne i forbindelse med smagstesten. Dertil kommer, at det var tydeliggjort i udbudsbetingelserne under pkt. 7.2.2, at testdeltagerne skulle vurdere de enkelte produkter på en pointskala fra 0-10, som var beskrevet med klare pejlemærker under udbudsbetingelsernes pkt. 7.3.

Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 tydeliggjort, at smagstesten ville blive udført af ”personale fra SDU” svarende til de personer, der senere ville skulle anvende de tilbudte produkter fra vinderen af udbuddet. Alle de deltagende professionelle tilbudsgivere, der er vant til at deltage i smagstests, har

således haft mulighed for at indrette deres tilbud ud fra den præmis, at testpanelet ville bestå af almindelige ”brugere” af de tilbudte kaffe- og teprodukter. I testpanelet indgik 23 ansatte hos SDU, som var fordelt på de forskellige fakulteter og administrationen, for dermed at sikre en bred og repræsentativ evaluering på baggrund af smagstesten. De 23 ansatte foretog en individuel og subjektivt baseret vurdering af produkterne, da dette er et vilkår i en smagstest af kaffe og te. Produkterne blev vurderet på et ensartet grundlag og ud fra samme pointskala, hvorved der blev sikret fuld gennemsigtighed og ligebehandling i evalueringen. Der har således ikke været et ubetinget frit valg ved tilbudsevalueringen, hverken for de enkelte deltagere i smagstesten eller for SDU.

Udbudsbetingelserne fastsætter således ikke, at det alene var testpersonernes personlige præferencer, der ville danne grundlag for evalueringen af den del af kvalitetskriteriet, der bestod i en smagstest. Tilbudsgiverne kunne udlede, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen heraf og kunne på samme grundlag indrette deres tilbud med henblik at kunne stå bedst muligt ved smagstesten.

Det er helt sædvanligt, at der ved udbud af kaffe og te indgår en smagstest. SDU’s smagstest og beskrivelsen af denne i udbudsbetingelserne afviger ikke fra sædvanlig praksis. Det er således ikke korrekt, at evalueringsmodellerne i udbudsbetingelserne ved de to andre fællesudbud af kaffe og te vundet af JDE, som SDU har henvist til under sagen, var mere gennemsigtige end evalueringsmodellen ved SDU’s aktuelle udbud. Evalueringsmodellen og rammerne for smagstesten har haft den samme grad af gennemsigtighed som de tilsvarende udbud af kaffe og te, hvor der har indgået en smagstest i evalueringsgrundlaget.

Det er ikke i sig selv et udbudsretligt problem, at en evalueringsmodel i forhold til en smagstest ikke kan sættes på en objektiv formel, så længe der træffes andre relevante foranstaltninger, der sikrer mod uberettiget favorisering og diskrimination, hvilket eksempelvis kan bestå i, at smagstesten gennemføres som en blindtest.

SDU havde afskåret enhver mulighed for uberettiget favorisering af konkrete tilbudsgivere i forbindelse med smagstesten. For at tage højde for, at smagstesten hvilede på visse subjektive og ”bløde” elementer, havde SDU tilrette-

lagt smagstesten således, at den blev gennemført som en blindtest, hvor test-panelet ikke fik kendskab til priser, produktnavne eller leverandører, hvorved en utilbørlig favorisering af tilbudsgivere kunne undgås.

Det forhold, at der indgik et subjektivt element i vurderingsgrundlaget – ved at der blev vurderet på de tilbudte produkters ”smag” – gør således ikke, at evalueringsmodellen har været fastsat i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden.

Der blev ikke stillet spørgsmål til eller gjort indsigelse mod smagstesten i forbindelse med den forudgående markedsdialog eller i forbindelse med spørgsmål/svar i selve tilbudsfasen ved udbuddet. JDE fandt heller ikke grundlag for at klage over smagstesten i det klageskrift, som JDE indgav til klagenævnet i standstill-perioden. Spørgsmålet om gennemsigtigheden af smagstesten og evalueringsmodellen knyttet hertil blev således først rejst af JDE efter klagenævnets delkendelse om opsættende virkning i klagesagen.

Hvis JDE – eller andre tilbudsgivere – havde været i tvivl om, hvordan smagstesten ville blive gennemført, og hvad der ville blive lagt vægt på, ville det have været oplagt, at muligheden for at stille spørgsmål var blevet udnyttet med henblik på at få forholdene klarlagt.

JDE's undladelse af at fremkomme med bemærkninger til smagstesten i forbindelse med den skriftlige markedsdialog forud for udbuddet samt undladelse af at stille spørgsmål til smagstesten i tilbudsfasen bør tillægges væsentlig betydning ved vurderingen af, om evalueringsmodellen har været tilstrækkelig gennemsigtigt beskrevet i udbudsbetingelserne.

Smagstesten fik ikke konkret betydning for tildelingen ved udbuddet, da der alene blev afgivet et enkelt konditions-mæssigt tilbud.

SDU ville have kunnet opfylde begrundelsespligten ved over for den enkelte forbigåede tilbudsgiver at angive, hvilken pointscore denne og den vindende tilbudsgiver hver især havde opnået i relation til smagstesten.

En angivelse af sådanne points for smagstesten, der ville være koblet direkte op på den fastsatte pointskala fra 0-10, afviger ikke fra den begrundelse, en

forbigået tilbudsgiver modtager i relation til eksempelvis priskriteriet ved et udbud.

Dertil kommer, at begrundelsespligten må skulle anskues i lyset af karakteren af det enkelte underkriterium og de særlige omstændigheder, der knytter sig til kriteriet. I forhold til smagstesten ville det således være relevant og tilstrækkeligt at oplyse en forbigået tilbudsgiver, hvad denne og den vindende tilbudsgiver havde opnået af pointtal på baggrund af det beregnede gennemsnit af de 23 testdeltageres pointgivning. Ved kendskabet til eget og vindende tilbudsgivers samlede pointtal i forhold til smagstesten ville den forbigåede tilbudsgiver kunne få forståelse for, hvordan testpanelets 23 deltagere samlet set havde vurderet de tilbudte varianter ud fra den beskrivelse af smagstesten og evalueringsmodellen, som fulgte af udbudsbetingelserne.

Det ville også indgå med betydelig vægt i forhold til opfyldelsen af begrundelsespligten, at SDU under udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 detaljeret har beskrevet grundlaget for gennemførelsen af smagstesten, herunder i forhold til dennes gennemførelse som en blindtest.

Det har ikke haft betydning for testdeltagernes evne til at teste de enkelte varianter på et korrekt grundlag, om testen skulle gennemføres kl. 10.00 eller kl. 14.00. Med det meget store antal deltagere i testpanelet kunne der sikres en bred og repræsentativ evaluering, hvor en enkelt eller enkelte testdeltageres pointgivning ikke i sig selv ville blive udslagsgivende for den samlede evaluering.

SDU har sammenfattende beskrevet evalueringsmodellen i overensstemmelse med udbudslovens § 160, stk. 1, jf. stk. 2, og evalueringsmodellen for underkriteriet ”Kvalitet”, herunder smagstesten, var fastlagt i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

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

Det kvalitative kriterium ved udbuddet og den dertil tilknyttede smagstest levede op til kravene i udbudslovens § 164. SDU har beskrevet, hvordan til-

buddene ville blive evalueret i forhold til det kvalitative underkriterium, herunder også i forhold til delkriterierne vedrørende smagstest af henholdsvis kaffe og te.

Der kan efter klagenævnets praksis anvendes under- og delkriterier, der baserer sig på subjektive elementer, og det er ikke et udbudsretligt krav, at der i udbudsbetingelserne skal gives en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af kvalitative under- og delkriterier.

SDU har derfor heller ikke handlet i strid med udbudslovens § 164.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1 og 2

Klagenævnet har i delkendelse af 28. februar 2025 udtalt:

”CDU modtog inden for tilbudsfristen den 20. december 2024 tilbud fra JDE. JDE havde på tilbudslistens varelinje 3A tilbudt kaffen med varenummer 4070229 af mærket ”DE Classic Instant kaffe, Fairtrade og Økologisk, 10 poser á 300 g pr. karton”.

Den 7. januar 2025 skrev JDE bl.a. følgende til SDU:

”Vi har også været nødsaget til at lave et varenummerskift, idet den økologiske instant kaffe vi har tilbudt ikke kunne leveres til smagstesten. Så vi har udskiftet DE Instant økologisk med Gevalia økologisk. Det vil vi også gøre hvis vi vinder aftalen, så dette bliver den permanente løsning.”

JDE har under sagen anført, at det tilbudte produkt på tilbudslistens varelinje 3A var udgået, og at det derfor var nødvendigt at udskifte produktet, således at der på varelinje 3A indgik et nyt kaffeprodukt.

JDE's tilbud fremstod ikke for SDU som indeholdende en åbenlys fejl, der nemt kunne berigtiges, og der var ikke tale om sådanne helt begrænsede og undskyldelige misforståelser og uklarheder i tilbuddet, som det undtagelsesvis kunne have påhvilet SDU at få afklaret.

Efter indholdet af JDE's tilbud og meddelelsen af 7. januar 2025 har SDU ikke haft anledning til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet i medfør af udbudslovens § 164, stk. 2.

Bedømmelsen af, om et tilbud indeholder forbehold, skal afgøres på baggrund af udbudsmaterialet og tilbuddet. Enhver uoverensstemmelse eller afvigelse, et tilbud indeholder i forhold til udbudsmaterialet, uden at udbudsmaterialet har lagt op til, at en sådan afvigelse er tilladt, udgør et forbehold. En ordregiver har ret til at afvise et tilbud, som indeholder forbehold, hvis det ikke fremgår af udbudsmaterialet, at der kan tages forbehold. Der kan dog ikke ske afvisning, hvis forholdet er helt bagatelagtigt.

Ordregivers adgang til at afvise et tilbud på grund af manglende overensstemmelse med udbudsmaterialets formelle krav kræver som udgangspunkt ikke, at ordregiver kan godtgøre eller sandsynliggøre, at den manglende overholdelse har haft væsentlig eller reel betydning.

Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 6.5, at enhver tilsigtet eller utilstet uoverensstemmelse mellem udbudsmaterialet og tilbud havde karakter af forbehold, herunder uoverensstemmelser i form af manglende opfyldelse, fejl eller manglende besvarelse.

JDE bærer som tilbudsgiver risikoen for fejl, uklarheder eller ufuldstændigheder ved udformningen af tilbuddet, herunder at tilbuddet kan opfattes som indeholdende forbehold.

Ad vedståelsesfrist

I udbudsbetingelsernes pkt. 6.3 var det fastsat, at tilbuddet skulle være gældende i 6 måneder fra tilbudsfristens udløb. Tilbudsfristen udløb den 20. december 2024.

JDE var således inden for vedståelsesfristen forpligtet til at indgå aftale på grundlag af indholdet af tilbuddet og levere i henhold til tilbuddet.

Det er klagenævnets vurdering, at JDE ved meddelelsen af 7. januar 2025, der blev afgivet i vedståelsesperioden, må anses at have taget forbehold for vedståelsesfristen, da JDE ikke længere kunne levere det produkt, der var tilbudt på varelinje 3A.

Ad varelinje 3A

Tilbudsgiverne skulle ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 8 bl.a. udfylde og uploade en tilbudsliste som en del af tilbuddet. Ifølge vejledningen til tilbudslisten skulle tilbudsgiverne afgive tilbud på samtlige kravspecificerede varelinjer. Under tilbudslistens faneblad "Kaffe" var det på varelinje 3A anført, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på "Instant/granulat

kaffe, 100 % Arabica, Økologisk og bæredygtig". De celler i tilbudslisten, som tilbudsgiverne skulle udfylde i overensstemmelse med vejledningen, herunder i forhold til varelinje 3A, var bl.a. "Varenr.", "Tilbudt mærke" og "Tilbudt pakningsstørrelse i gram", som var markeret med gul farve. Af tilbudslistens vejledning fremgår ud for farvekoden gul, at "Celler med denne farve SKAL UDFYLDES af tilbudsgiver med FULD BESVARELSE i form af priser og produktoplysninger mv. skal udfyldes for de budlinjer, hvor der afgives tilbud".

JDE afgav tilbud på varelinje 3A og var således forpligtet til at udfylde de gulmarkerede felter for produktet. JDE meddelte som anført den 7. januar 2025, at produktet på tilbudslistens varelinje 3A blev udskiftet, således at der i tilbuddet på denne varelinje i stedet ville indgå et nyt kaffeprodukt. Kaffeproduktet havde andre tekniske specifikationer end det oprindeligt tilbudte produkt.

Berigtigelse af et tilbud i form af indlevering af en korrigeret tilbudsliste indebærer som udgangspunkt en ændring af tilbuddet af afgørende evalueringsmæssig betydning.

Efter karakteren og indholdet af ændringen er det klagenævnets vurdering, at SDU ikke kunne tage den korrigerede tilbudsliste og dermed det nye produkt i betragtning, da det ville udgøre et nyt tilbud efter tilbudsfristens udløb. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at JDE ville få lejlighed til at ændre sit tilbud, da der skete en reel produktudskiftning, hvorved JDE ville opnå ikke mindst en tidsmæssig konkurrencemæssig fordel i strid med ligebehandlingsprincippet. Selv om det nye kaffeprodukt måtte være af tilsvarende variant, sådan som JDE har gjort gældende, er der ikke grundlag for at antage, at kaffeprodukterne også i smags- og duftmæssig henseende var identiske, og udskiftningen kunne således også have en konkurrencemæssig betydning for JDE ved evalueringen af delkriteriet "Smagstest af helbønne, instant og filter kaffe", hvor "Smag" og "Duft" indgik.

Da JDE's produkt i tilbuddet på varelinje 3A var udgået og derfor ikke kunne leveres, indgik der herefter ikke et produkt på varelinje 3A i JDE's tilbud.

Det er klagenævnets vurdering, at JDE på den baggrund må anses at have taget forbehold for udbudsmaterialets krav om, at tilbudslisten skulle udfyldes på samtlige kravspecificerede varelinjer.

Ad smagstest

I udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2 var det fastsat, at delkriterierne "Kaffe – helbønne, instant og filter" og "Te" blev evalueret på baggrund af en

smagstest på udvalgte varianter af kaffe og te. I udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 var det endvidere fastsat, at de varianter, der blev benyttet til smagstesten, skulle stemme overens med det tilbudte og være mærket med tilbudslistens positionsnummer, tilbudsgivers varenummer samt et produktdatablad for at skabe gennemsigtighed for kvalitetsvurderingen.

Til smagstesten den 7. januar 2025 medbragte JDE det kaffemærke, som virksomheden havde udskiftet det oprindeligt tilbudte produkt med.

JDE iagttog dermed ikke det vilkår, der var fastsat i udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1 om, at de varianter, der skulle benyttes til smagstesten, skulle stemme overens med det tilbudte.

Da SDU var forpligtet til at påse konditionsmæssigheden af tilbuddene helt frem til tidspunktet for kontraktens indgåelse, og da forbeholdene ikke var helt bagatelagtige, har SDU derfor været berettiget til at afvise JDE's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at det ikke fremgik direkte af udbudsbetingelserne, at en ændring eller præcisering af tilbuddene ikke ville blive accepteret.”

På den baggrund, og da det, JDE efterfølgende har anført vedrørende disse påstande, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 og 2 ikke til følge.

Ad påstand 4

SDU havde i udbudsbetingelserne beskrevet den evalueringsmodel, der ville blive anvendt i sammenhæng med smagstesten, der indgår som et delkriterium til underkriteriet ”Kvalitet”. I udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2 og 7.2.2.1 er det beskrevet, hvordan smagstesten ville blive gennemført, og hvordan den ville indgå i tilbudsevalueringen. Det er endvidere i udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2 fastsat, at testdeltagerne skulle vurdere de enkelte produkter på en pointskala fra 0-10, som er beskrevet med klare pejlemærker under udbudsbetingelsernes pkt. 7.3.

Evalueringsmodellen må ses i sammenhæng med den samlede smagstest, herunder de retningslinjer for smagstesten, der er fastsat i udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.2.1, hvor det bl.a. er anført, hvad de enkelte deltagere i testpanelet skulle lægge vægt på ved deres test af de enkelte produkter.

Tilbudsgiverne kunne derved udlede, at der ved vurderingen af, om der var tale om en god kop kaffe eller en god kop te, ville blive lagt vægt på smag, duft, om smagen var intens eller mild, balancen i smagen, herunder hvordan sødme, syrlighed og bitterhed harmonerede, og at duften og aromaen ville blive vurderet ud fra, om den var rig og indbydende, og om den var med til at forbedre den samlede oplevelse.

Tilbudsgiverne har således på samme grundlag haft mulighed for at optimere deres tilbud i konkurrencen med de øvrige tilbudsgivere, hvilket har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det forhold, at der indgik et subjektivt element i vurderingsgrundlaget, hvor graden af opfyldelse blev bedømt ud fra den enkelte testdeltagers præferencer, gør ikke, at evalueringsmodellen har været fastsat i strid med gennemsigtsprincippet.

Det bemærkes herved, at smagstesten blev gennemført som en blindtest, hvor testpanelet ikke havde kendskab til priser, produktnavne eller leverandører, og at SDU derved havde truffet relevante foranstaltninger, der sikrede mod uberettiget favorisering og diskrimination.

Der er ikke grundlag for at antage, at det har haft betydning for testdeltagerne evne til at teste de enkelte varianter på et korrekt grundlag, om testen skulle gennemføres kl. 10.00 eller kl. 14.00.

Påstanden tages på den baggrund ikke til følge.

Ad påstand 3

På baggrund af det anførte under påstand 1, 2 og 4 er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Jacobs Douwe Egberts DK ApS skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til Syddansk Universitet.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt