

K E N D E L S E

Intervare A/S
(advokat Anne Bergholt Sommer og
advokat Christoffer Goul Kiliņ Andersen, begge Århus)

mod

Køge Kommune
(advokat Anders Nørgaard Jensen og
advokat Nick Bronstein, begge København)

Uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse udsendte Køge Kommune den 14. februar 2022 en invitation til at afgive tilbud på to kontrakter vedrørende indkøbsordning til hjemmelevering af dagligvarer til borgere, der er visiteret hertil efter servicelovens § 83, til tre aktører, hvoraf den ene var tidligere leverandør, som der forinden var gennemført en markedsdialog med.

Inden for tilbudsfristen den 2. marts 2022 modtog Køge Kommune tilbud fra bl.a. Egebjerg Købmandsgård A/S ("Egebjerg Købmandsgård") og De Glade Vikarer ApS ("De Glade Vikarer").

Køge Kommune besluttede at indgå kontrakt med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer, og kontrakterne blev herefter indgået den 10. marts 2022.

Den 7. juni 2022 indgav Intervare A/S ("Intervare") klage til Klagenævnet for Udbud over Køge Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Intervare har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 7 ved at indgå kontrakt med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer vedrørende indkøbsordning til visiterede borgere i eget hjem uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal erklære kontrakterne indgået mellem Køge Kommune og henholdsvis Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge Køge Kommune en alternativ sanktion baseret på værdien af de ydelser, der allerede er leveret i henhold til kontrakterne indgået med henholdsvis Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 19.

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

Klagenævnet har den 8. juni 2022 meddelt Køge Kommunes kontraktparter, Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Sagen angår, hvorvidt Køge kommune var forpligtet til at udbyde kontrakterne i henhold til udbudslovens afsnit III og i givet fald konsekvenserne af kommunens undladelse heraf.

Af en intern e-mailkorrespondance mellem Køge Kommunes udbudskonsulenter den 30. november 2020 fremgår bl.a.:

”Ifølge CPV-koden er kontrakten en light-ydelse, men den er ikke over 5.5 mio. kr. – så jeg svarer nej

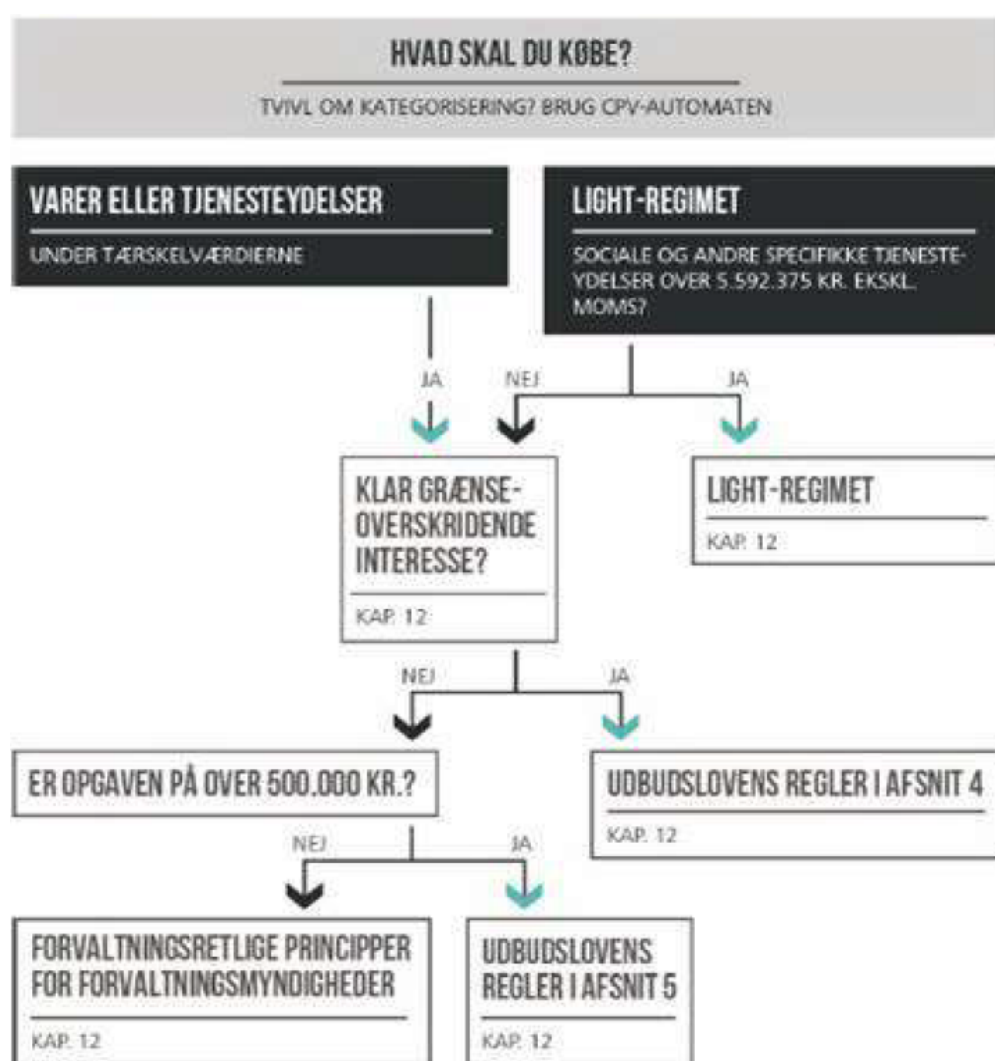
Der er ikke klar grænseoverskridende interesse – så nej igen

Kontrakten er på mere end 500.000 – så svaret er ja og så ender vi i afsnit 5, hvor vi blot skal sikre os, at indkøbet foregår på markedsmæssige vilkår, fx ved at indhente to tilbud.

Så selvom kontrakten (muligvis) er over tærskelværdien på kr. 1.595.391 kan vi ende i afsnit 5, fordi vi tager udgangspunkt i Light-regimet. Er det korrekt forstået?

Hvis det er korrekt, er det ’bare’ at høre, om de er tilfredse med aftalen i VF og så indhente tilbud fra de to nuværende leverandører. Muligvis suppleret med at lægge det på hjemmesiden.

...



...

Yes, du har fuldstændig ret, Du skal blot udarbejde et notat vedr. grænseoverskridende interesse som vil vise at der på ingen måde er grænseoverskridende interesse, lave en lille markedsundersøgelse og lægge begge notater på sagen.”

I en redegørelse af 24. maj 2021 til Køge Byråd vedrørende håndteringen af Nemlig.com/Intervare, der blev udfærdiget til brug for et byrådsmøde den 25. maj 2021, står der bl.a.:

”Sagen kort

Nemlig.com A/S, og dermed også moderselskabet Intervare A/S, har flere gange været under kritik for at have for ringe løn- og arbejdsforhold for deres medarbejdere. Medierne har i foråret 2021 været fyldt med argumenter fra 3F og modargumenter fra virksomhederne. Senest har Københavns Kommunes undersøgelse af forholdene vist et foreløbigt resultat, som konkluderer, at løn- og arbejdsforhold ikke er gode nok, og at yderligere skal undersøges. København Kommune vil kræve, at den manglende del af lønnen efterbetales.

...

Sagen følges

... Som administration har vi løbende forholdt os til sagen. Vi har bedt Nemlig.com om deres side af sagen og er blevet mødt med velvilje, redegørelser og dokumentation, fx i form af Arbejdstilsynets opfølgning på kontrol af forholdene den 20. april 2021. ... I relation til kontraktlige forhold er der intet klart billede indtil nu. Medierne har været fyldt med sagen, primært 3Fs og Nemlig.coms tilkendegivelser, og senere har HK udtalt støtte til forholdene hos Nemlig.com, som værende på linje med andre e-handelsvirksomheder. Dansk Erhverv er desuden citeret for at være uenig i Københavns Kommunes vurdering. Dette betyder, at sagen er langt fra entydig. ...

Ophævelse/Opsigelse

Køge Kommune kan komme ud af aftalerne, det er et spørgsmål om hvor hurtigt og hvor stor en økonomisk risiko man vil påtage sig. Der har ikke indtil nu været et formelt grundlag for at kræve aftalerne ophævet som følge af misligholdelse. Københavns Kommunes vurdering tyder på, at det kan være tilfældet nu. Vi skal naturligvis lave vores egen konkrete vurdering først. Heri ligger også at leverandørerne skal høres. En ophævelse på et utilstrækkeligt grundlag vil kunne blive mødt med krav om erstatning.

Aftalen med Nemlig.com indeholder en opsigelsesbestemmelse, hvor vi uden særlig grund kan vælge at opsiige aftalen med 3 måneders varsel. Denne mulighed er uden økonomisk risiko. Aftalen med Intervare udløber 31. maj 2021, og vi gør ikke yderligere ift. at forlænge denne aftale, før der er mere klarhed over situationen.”

Af et referat fra mødet i Køge Byråd den 25. maj 2021 fremgår bl.a.:

”112. Nemlig.com, sikring af overholdelse af Køge Kommunes indkøbspolitik – indbringelse af sag

Indstilling

... har på byrådsgrupperne F og Ø's vegne den 28. april 2021, i medfør af styrelseslovens initiativret, ønsket at få sag om nemlig.com, sikring af overholdelse af Køge Kommunes indkøbspolitik, på dagsordnen.

Baggrund og vurdering

”Da der er usikkerhed vedrørende nemlig.com's overholdelse af Køge Kommunes indkøbspolitik, herunder sociale klausuler og underleverandørs ansvar ønsker forslagsstillerne,

- at der igangsættes en undersøgelse af forholdene hos Nemlig.com, tilknyttede selskaber og underleverandører for at sikre firmaet overholder vilkårene i indkøbspolitikken/kontrakten
- aftalen med Nemlig.com, tilknyttede selskaber og underleverandører sættes på pause indtil der er klarhed for at alle vilkår overholdes
- der etableres det nødvendige beredskab for at sikre leverancer af fornødenheder til sårbare borgere – skoler og institutioner får mulighed for at handle lokalt i perioden.

...

Beslutning

Redegørelse fra forvaltningen som udsendt til Byrådet vedlægges referatet.

Et flertal på 23 (A, B, C, V, O, I) ønsker at afvente offentliggørelse af Københavns Kommunes undersøgelse og at der dermed er mere klarhed i sagen og henviser til redegørelse fra forvaltningen vedr. opsigelse og udløb af kontrakten med Intervare.”

I et sagsomslag, som Køge Kommune udarbejdede den 25. oktober 2021, står der bl.a.:

”Godkendelsesmodel? Nej. Visitationen foretrækker aftale med 2 leverandører.”

I en version af sagsomslaget fra den 23. november 2021 står der bl.a.:

”...

- forbrug nov 20-oktober 21; DGV kr. 875.000. Intervare kr. 230.000. Dvs. under tærskelværdi for udbud under Light-udbud.
- ...
- Grænseoverskridende interesse? Nej. Det er et krav, at leverandøren

skal kunne kommunikere på dansk med primært ældre borgere. Leverandøren skal være fysisk til stede i kommunen en eller flere gange om ugen.

- 4-årig periode evt. med option på yderligere 12 mdr., da seneste 12 mdrs. forbrug x 5 (5.525.000) er mindre end tærskelværdien.
- Intervare har 46 borgere
- De Glade Vikar har 171 borgere.”

I starten af december 2021 gennemførte Køge Kommune en markedsdialog med Salling Group A/S, Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer om en indkøbsordning til visiterede borgere. Af referaterne herfra fremgår bl.a., at der på møderne, ud over Køge Kommunes krav til ydelserne mv., i forhold til priser blev drøftet følgende:

”Priser

- Samme priser som butik/hjemmeside
- Ingen minimumsbestilling
- Gebyrfinansieret”

Ved besked id 7921453 af 14. februar 2022 i EU-Supply inviterede Køge Kommune deltagerne i markedsdialogen til at afgive tilbud på 291221: 1 indkøbsordning til visiterede borgere i Køge Kommune med en varighed på 4 år og start den 1. april 2022. Dette skete uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Der blev samtidig fremsendt et link med adgang til udbudsmaterialet.

I betingelser for tilbudsindhentning står der bl.a.:

”1 Indledning

Køge Kommune inviterer hermed til at give tilbud på aftalen om indkøbsordning til visiterede hjemmeboende borgere.

Køge Kommune indhenter tilbud hos yderligere to tilbudsgivere, dvs. i alt tre tilbud. Køge Kommune agter at indgå aftale med de to tilbudsgivere, der har den laveste samlede pris.

...

Indkøbsordning til visiterede borgere er et fritvalgsområde, hvilket betyder, at borgeren kan vælge at få leveret sin mad fra en leverandør efter eget valg. Køge Kommune forventer at indgå aftale med flere fritvalgsleverandører.

Udbuddet gennemføres som tilbudsindhentning, hvilket betyder, at inviterede leverandører kan afgive tilbud. Krav til egnetheden er defineret af egnhedskriteriernes minimumskrav.

Udbudsmaterialet består af:

- Betingelser for indhentning af tilbud, herunder udelukkelse og egnethed
- Tilbudsindhentningsmaterialets øvrige dele; kravspecifikation, tilbudsliste mv.
- Aftale med bilag

Aftale med de to vindende tilbudsgivere indgås på baggrund af den vedlagte aftale.

...

3 Udbuddets omfang

3.1 Produkter

Tilbudsindhentningen vedrører indkøbsordning til hjemmeboende, visiterede borgere.

For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de krav de skal opfylde, henvises til kravspecifikation (bilag 2) og tilbudslisten (bilag 3) samt materialet generelt og eventuelle rettelser og besvarelse af spørgsmål.

...

3.3 Ordregivers pligt til at anvende den udbudte aftale

Aftalen medfører som udgangspunkt ikke pligt for ordregiver til at aftage en bestemt mængde af de ydelser, der er omfattet af aftalen.

3.4 Omfang

Køge Kommune har aktuelt ca. 217 visiterede borgere fordelt på to leverandører.

Omfanget af den enkelte aftale beror på, hvor mange borgere, der visiteres til indkøbsordning, samt hvor mange af dem der vælger hhv. den ene leverandør eller den anden.

Køge Kommune betaler leveringsprisen og den enkelte borger betaler for bestilte varer. Varerne skal tilbydes til borgeren til samme pris, som borgeren kan købe varerne til i det pågældende supermarked. Tilbudsgiver skal give tilbud på både almindelig levering og akutlevering (se Kravspecifikation for definition). Omfanget er estimeret. Dvs. at aftalens maksimale værdi er:

	Estimeret antal borgere	Leveringspris ekskl. moms	Estimeret forbrug pr. år
Alm. levering	216	70,00	786.240,00 kr.
Akut levering	1	80,00	4.160,00 kr.
I alt pr. år:			790.400,00 kr.

Aftalen vil blive indgået med flere leverandører.

3.5 Aftalens løbetid

Den udbudte aftale løber i 4 år og træder i kraft den 1. april 2022 og udløber 31. marts 2026.

...

8 Tilbuddets indhold

8.1 Tilbuddets indhold

Tilbuddet skal indeholde følgende:

- Udfyldt tilbudsliste af pris for både almindelig levering og pris for akutlevering.
- Udfyldte felter i kravspecifikationen markeret med "Leverandørens redegørelse".

...

9 Tilbudsevaluering

Efter tilbudsfristens udløb undersøges det, om tilbuddene indeholder de krævede oplysninger og dokumentation. Konditions-mæssige tilbud evalueres herefter på pris.

Kriteriet pris

Tilbudslisten vil med en sammenlægning af de enkelte elementer udgøre et estimat for den årlige kontraktværdi. De 2 tilbudsgivere med den laveste samlede pris vil blive vurderet til at have givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der skal gives tilbud på en almindelig levering og en akutlevering. Der kan ikke gives pris på kun den ene levering.

Pris vurderes ud fra tilbudsgivers udfyldte tilbudsliste."

I ydelsesbeskrivelsen hedder det:

” ...

Kvalitetsstandard for praktisk hjælp - indkøb	
Lovgrundlag	Service-loven § 83
Hvad er formålet med ydelsen?	Ydelsen skal hjælpe og støtte dig til indkøb af dagligvarer.
Hvad omfatter ydelsen?	<p>Du kan få hjælp og støtte til:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Udarbejdelse af indkøbsseddel, herunder til at kontrollere holdbarheden på eksisterende madvarer. - Bestilling af dagligvarer til eget forbrug. - Levering af varer på fast ugedag indenfor et fast tidsinterval på max. 3 timer (30 min. hvis leveringen er afhængig af en medarbejders tilstedeværelse). - Sætte køle- og frostvarer på plads. - Afregning for indkøbet. - Aflevering og afregning for returflasker/dåser. <p>Ydelsen bevilliges som udgangspunkt til en gang ugentligt. Dog kan der være tilfælde, hvor der bevilliges indkøb hver anden uge – eksempelvis hvis du samtidig modtager ydelsen madservice og dermed har et mindre indkøbsbehov.</p> <p>Ydelsen betragtes som en husstandsytelse. Det er således husstandens samlede ressourcer, som vurderes ift. indkøb. Bestilling af varer kan enten være ved telefonisk opringning eller indtastning på internettet/app.</p> <p>Der vil ved ansøgning om hjælp til indkøb være fokus på, hvorvidt du kan rehabiliteres til at kunne varetage bestilling af dine madvarer igen.</p>
Hvem kan modtage ydelsen?	<p>Du kan få ydelsen, hvis du er ude af stand til selv at varetage opgaven på grund af begrænset funktionsevne. Begrænsningen i din funktionsevne kan være midlertidig eller varig.</p> <p>Du skal være opmærksom på, at det indgår i vurderingen, om du er i stand til at benytte dig af teknologiske muligheder for at bestille varer på egen hånd, fx på internettet eller via telefonopkald.</p>
Hvor længe kan du få ydelsen?	Du kan få ydelsen, så længe Køge Kommune vurderer, at dine begrænsninger i funktionsevnen nødvendiggør hjælpen.
Iværksættelse og afmelding af ydelsen	<p>Hvis ydelsen skal leveres hver uge, iværksættes den inden for en uge efter bevillingstidspunktet.</p> <p>Hvis ydelsen skal leveres hver anden uge, iværksættes den inden for to uger efter bevillingstidspunktet.</p> <p>Du aftaler selv ugedag og ca. tidspunkt for leveringen med leverandøren.</p> <p>Du skal være opmærksom på, at du har pligt til at meddele det til leverandøren senest dagen før kl. 12, hvis et besøg skal aflyses.</p> <p>Hvis du har behov for at afmelde ydelsen skal du kontakte Ældre- og Sundhedsafdelingen.</p> <p>Hvis du ønsker at skifte leverandør, sker dette ved udgangen af næste måned.</p>
Hvad indgår ikke i ydelsen?	<p>Der kan ikke ydes hjælp og støtte til:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Indkøb i flere forretninger pr. gang. - Indkøb udover en samlet vægt på 20 kg. - Indkøb af drikkevarer udover 24 flasker/dåser. - Småindkøb af varer som ikke omfatter fødevarer.
Hvem leverer ydelsen?	<p>Du kan vælge mellem Køge Kommune og de private leverandører, som Køge Kommune har indgået en aftale med.</p> <p>Du kan også vælge selv at udpege en person, som efter service-lovens § 94 bliver ansat af Køge Kommune til at udføre opgaven i overensstemmelse med kommunens kvalitetsstandard.</p>

” ...

I tilbudslisten står der:

” ...

Bilag 3. Tilbudliste til tilbudsindhentning på indkøbsordning til visiterede borgere februar 2022

Ydelse	Pris pr. levering	Antal borgere	Antal uger	Pris pr. år
Pris pr. alm. levering (bestilling, indkøb, pakning og udbringning af varer, afregning samt på-plads-sætning af varer) ekskl. moms men inkl. alle andre omkostninger.	0,00 kr.	216	52	0,00 kr.

Pris pr. år i alt
0,00 kr.

Ydelse	Pris pr. levering	Antal borgere	Antal uger	Pris pr. år
Pris pr. akutlevering (bestilling, indkøb, pakning og udbringning af varer, afregning samt på-plads-sætning af varer) ekskl. moms men inkl. alle andre omkostninger.	0,00 kr.	1	52	0,00 kr.

Tilbudsgiver skal udfylde begge grønne felter.

...

Af kontrakten vedrørende indkøbsordning til visiterede borgere i eget hjem i Køge Kommune fremgår bl.a. følgende:

”§ 3. Kontraktens genstand og omfang

Leverandøren er forpligtet til at levere indkøb til borgere i eget hjem på hverdage mellem kl. 9.00-16.00 i overensstemmelse med Køge Kommunes konkrete og individuelle afgørelser efter § 83 i Serviceloven og i overensstemmelse med nærværende kontrakt inkl. bilag.

...

Køge Kommune kan under ingen omstændigheder garantere en vis omsætning på aftalen. De visiterede borgere vælger selv, om og givet fald hvilken af kommunens leverandører, de vil benytte sig af.

...

§ 5. Pris

Priserne fremgår af tilbudslisten i bilag 3, som omfatter samtlige direkte og indirekte omkostninger, der er forbundet med at levere indkøb hos kommunens borgere.

Prisen er i danske kroner og inkluderer alle ved kontraktens underskrift gældende afgifter, bortset fra moms.

§ 6. Prisregulering

Tilbudsprisen kan reguleres en gang om året til den 1. april, og første prisregulering kan tidligst finde sted den 01.04.2023.

Priserne kan reguleres i henhold til prisudviklingen i Danmarks Statistiks nettoprisindeks, jf. lbkg. nr. 76 af 3. februar 1999 om beregning af et netto prisindeks. Prisregulering kan ske én gang pr. år - første gang pr. den 01.04.2023. Prisregulering kan dog kun ske for dokumenterede prisstigninger hos Leverandøren.”

Køge Kommune modtog inden for tilbudsfristen den 2. marts 2022 tilbud fra De Glade Vikarer og Egebjerg Købmandsgård, der indsendte deres tilbud henholdsvis den 24. februar 2022 og 2. marts 2022. De Glade Vikarers tilbudspris var på 1.805.440 kr. årligt, hvilket svarer til en pris på 7.221.760 kr. over en 4-årig periode, mens tilbuddet fra Egebjerg Købmandsgård var på 1.626.976 kr. årligt. Dette svarer til en pris på 6.507.904 kr. over en 4-årig periode.

Den 10. marts 2022 indgik Køge Kommune kontrakt med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer.

Intervare anmodede den 28. marts 2022 Køge Kommune om aktindsigt i aftalerne om indkøbsordning til visiterede borgere i Køge Kommune. Intervare fremsatte samtidig indsigelse over for den direkte tildeling af kontrakt til Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer.

Køge Kommune besvarede anmodningen/indsigelsen ved brev af 1. april 2022. Køge Kommune meddelte herved, at indsigelsen ikke gav kommunen anledning til at foretage sig yderligere. Køge Kommune gav delvist aktindsigt i de ønskede oplysninger. Af afgørelsen om aktindsigt fremgår bl.a.:

”Ad 2) Kommunens system til at trække indkøbsdata går kun tilbage januar 2018. Kommunen giver dermed aktindsigt i faktureret beløb for De Glade Vikarer relateret til aftalen om indkøbsordning fra januar 2018 til december 2021.

År	Sum af Beløb ekskl. moms
2018	861.753,27 kr.
2019	768.268,61 kr.
2020	851.860,87 kr.
2021	903.772,08 kr.”

Ved brev af 4. april 2022 til Køge Kommune fastholdt og uddybede Intervare indsigelsen over for Køge Kommunes tildeling og indgåelse af kontrakt med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer.

I Køge Kommunes brev af 7. april 2022 til Intervare anførte kommunen bl.a.:

”Kommunen har forud for valget af udbudsstrategi foretaget en konkret og saglig vurdering af kontraktens værdi. Vores historiske forbrug er tydeligt under tærskelværdien gældende for light-regimet.

Kontraktværdien og vurderingen er baseret på forbruget i 2021*4 for at få det aktuelle antal borgere over en 4-årig aftaleperiode. Det var på tidspunktet for tilbudsindhentningen således kommunens vurdering, at kontraktens værdi i de nye aftaler vil ligge på ca. kr. 4.530.718,28, hvilket er langt under tærskelværdien.

...

Den kontraktværdi, der er oplyst i betingelserne for tilbudsindhentningen, er udtryk med en strategisk udbudsteknisk kontraktværdi, der understøtter den valgte evalueringsmodel. Kommunen har lagt vægt på en enkel, letgennemskuelig evalueringsmodel, hvor det tydeligt fremgår, hvilken tilbudsgiver der er billigst.”

Der var herefter i perioden frem til den 25. maj 2022 en yderligere brevvæksling mellem Køge Kommune og Intervare, hvorved Køge Kommune fortsat fastholdt tildelingen af kontrakterne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Intervare har gjort gældende, at de indgåede kontrakter var udbudspligtige i henhold til udbudslovens § 7, idet værdien af kontrakterne på udbudstidspunktet oversteg den gældende tærskelværdi på 5.588.175 kr. ekskl. moms.

Køge Kommune har ikke foretaget et sagligt skøn ved vurderingen af, om kontraktens værdi må antages mindst at svare til den gældende tærskelværdi, og kommunen har heller ikke foretaget de nødvendige og tilstrækkelige undersøgelser for udøvelsen af skønnet. Køge Kommune har alene skelet til det historiske forbrug uden inddragelse eller iagttagelse af væsentlige elementer og forudsætninger for værdiansættelsen såsom (i) grundlaget for og aftalerne

bag de historiske tal og det herved opgjorte forbrug, (ii) den mellemkommende og fremadrettede prisudvikling, (iii) udviklingen i antallet af borgere med bevilling eller (iv) den omstændighed, at Køge Kommune reelt udelukkede den billigste og hidtidige leverandør i markedet fra tilbudsgiverfeltet.

Køge Kommune har heller ikke foretaget en forsigtig vurdering af udbudspligten, og der forelå som minimum en sådan usikkerhed forbundet med, hvorvidt tærskelværdien ville blive overskredet, at Køge Kommune var forpligtet til at udbyde kontrakten.

Køge Kommunes opgørelse af kontraktværdien må tilsidesættes, bl.a. i) fordi beregningerne ikke tager udgangspunkt i Køge Kommunes eget estimat af, at der forventes én ugentlig levering pr. borger, ii) fordi beregningerne tager udgangspunkt i en prisregulering, som Køge Kommune slet ikke har foretaget, iii) fordi en prisregulering ud fra forbrugerprisindekset under alle omstændigheder ikke vil være egnet til at afdække den faktiske prisudvikling, hvilket Køge Kommune heller ikke kunne have haft en forventning om, og iv) fordi Køge Kommune i øvrigt har taget udgangspunkt i en 4-årig kontraktperiode og ikke en 5-årig.

Ad det tidlige samarbejde med Intervare

Det fremgår af referatet fra Køge Kommunes byrådsmøde den 25. maj 2021, at Køge Kommune allerede nogen tid før tilbudsindhentningen havde en strategi og hensigt om at holde Intervare uden for konkurrencen. Det er således fremhævet under mødet og i referatet, at kontrakten med Intervare skulle bringes til ophør, og at den videre proces blev valgt og tilrettelagt ud fra et ønske om ikke at videreføre et samarbejde med Intervare.

Det følger videre af redegørelsen af 24. maj 2021 fra forvaltningen i Køge Kommune, som blev udarbejdet til brug for byrådsmødet den 25. maj 2021, sammenholdt med kontraktens efterfølgende ophør og ikke mindst den omstændighed, at Intervare ikke blev inviteret til at afgive tilbud som led i den efterfølgende tilbudsindhentning, at Køge Kommune de facto traf beslutning om at bringe samarbejdet med Intervare til ophør, selv om der ikke var påvist et sagligt grundlag herfor. Det er uden betydning, at Køge Kommunes beslutning om at bringe samarbejdet med Intervare til ophør skete ved, at Køge Kommune lod kontrakten løbe ud og undlod at invitere Intervare til at afgive

tilbud på den fremadrettede opgaves varetagelse frem for aktivt at opsiges denne.

Køge Kommunes bevæggrunde og fremgangsmåde i forhold til ophøret af samarbejdet med Intervare hænger sammen med og udgør grundlaget for den efterfølgende tilbudsindhentning og kontraktindgåelse, hvor det for Køge Kommune var en forudsætning at undgå et offentligt udbud af kontrakten og derved holde Intervare uden for en ny kontrakttildelelse. Forløbet i relation til den tidligere kontrakt og ophøret heraf understøtter således, at Køge Kommune har tilrettelagt (eller forsøgt at tilrettelægge) udbuddet med henblik på at undgå udbudspligt.

Strategien om at undgå et udbud efter udbudsloven var således en mulighed for at holde Intervare ude af processen. Dette kunne alene sikres, såfremt værdien af kontrakten blev ansat så lavt i estimatet, at tærskelværdien for udbud efter udbudslovens afsnit III ikke blev overskredet.

Ad prisniveauet hos de hidtidige leverandører

Intervares tilbudspriser i henhold til den tidligere kontrakt med Køge Kommune fra 2015 var på henholdsvis 96 kr. (standard) og 100 kr. (akut). Køge Kommune havde en tilsvarende aftale med De Glade Vikarer. Ifølge Køge Kommune var der i perioden fra november 2020 til oktober 2021 i alt 9.313 leveringer. I denne periode stod Intervare for de 2.357 leveringer. Dermed har De Glade Vikarer i perioden varetaget 6.956 leveringer. Fordeles De Glade Vikarers oplyste omsætning i perioden på 875.000 kr. på de 6.956 leveringer indebærer dette en gennemsnitlig pris pr. levering på ca. 126 kr. I denne pris var der ikke taget højde for de i øvrigt velkendte og helt forventelige prisstigninger mv. Prisen fra De Glade Vikarer var således væsentligt højere end den pris, som Intervare leverede sine ydelser til Køge Kommune for. Køge Kommune var derfor ikke berettiget til at forvente et prisniveau omtrent som det, som Intervare havde tilbudt i 2015. En forsigtig vurdering fordrede, at Køge Kommune som minimum tog udgangspunkt i De Glade Vikarers pris og endvidere indregnede og tog højde for den nærliggende risiko for prisstigninger og stigninger i antallet af borgere med hjemmelevering mv.

Køge Kommune var ved sin beregning af kontraktværdi og vurdering af udbudspligt – som ét blandt flere relevante elementer – forpligtet til at tage i

betragtning, at kommunen udelukkede den billigste leverandør fra konkurrencen, idet dette i sig selv indebar en helt forventelig, væsentlig prisstigning set i forhold til de hidtidige priser. Køge Kommune har ikke inddraget dette element i sin vurdering. Prisen og kalkulationen for kontraktens værdi skulle derfor tage højde for dette valg med den konsekvens, at kontraktværdien skulle have været ansat væsentligt højere af denne årsag.

Køge Kommune skulle have foretaget en konkret, behørig vurdering af udbudspligten med inddragelse af en lang række elementer ud over blot den pris, Køge Kommune havde opnået ved et udbud gennemført 7 år tidligere, herunder taget højde for udvikling i ydelse og pris. Køge Kommune har ikke inddraget disse forhold i sin vurdering af kontraktens værdi i forhold til tærskelværdien og iagttagelsen af sine forpligtelser efter udbudsloven til at udbyde kontrakten i medfør af denne. Køge Kommune må anses at anerkende, at kommunens egen vurdering af udbudspligten har været helt utilstrækkelig, i og med at kommunen netop udelukkende har taget udgangspunkt i prisniveauet opnået i henhold til en tidligere 7 år gammel udbudsprocedure.

Det er ikke korrekt, at Intervare ikke har foretaget prisregulering i løbet af kontraktperioden for den hidtidige kontrakt. Der skete således regulering i det mulige omfang. Den adgang til regulering, kontrakten gav mulighed for, var imidlertid blot baseret på nettoprisindekset, som i perioden var begrænset og ingenlunde afspejlede den faktiske prisudvikling i branchen.

Ad skønnet over kontraktværdien

Parterne er enige om, at det afgørende tidspunkt for beregningen af kontraktværdien, og således vurderingen af udbudspligten, er tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen, hvilket var den 14. februar 2022, jf. udbudslovens § 29.

Ifølge Køge Kommunes sagsomslag vurderede kommunen i versionen fra den 23. november 2021, at kontraktværdien udgjorde 5.525.000 kr., der blev beregnet således: ”4-årig periode evt. med option på yderligere 12 mdr., da seneste 12 mdrs. forbrug x 5 (5.525.000) er mindre end tærskelværdien”. I versionen af sagsomslaget fra den 15. februar 2022 er der en identisk formulering. Køge Kommune har således foretaget sin opgørelse af kontraktværdien på det forkerte tidspunkt, idet kommunen alene vurderede udbudspligten

i november 2021 og ikke efterprøvede denne vurdering efterfølgende, herunder i umiddelbar tilknytning til udsendelsen af tilbudsindhentningen den 14. februar 2022.

Køge Kommune har derfor ikke foretaget en vurdering af kontraktværdien på et retvisende grundlag i tidsnær sammenhæng med udsendelsen af tilbudsindhentningen.

Det følger af udbudslovens § 30 og forarbejderne hertil samt praksis fra klagenævnet, at ordregiveren ved vurderingen af, om kontraktens værdi må antages mindst at svare til den gældende tærskelværdi, skal foretage et sagligt skøn og herved foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af det saglige skøn.

Af hensyn til udbudsreglernes effektivitet skal ordregiveren ved skønnet over kontraktens værdi efter fast praksis foretage en ”forsigtig vurdering”, jf. herved bl.a. klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S. Såfremt der ved vurderingen af værdiansættelsen af kontrakten er usikkerhed om, hvorvidt tærskelværdien overskrides, skal dette medføre, at kontrakten udbydes i henhold til udbudslovens regler.

Ifølge praksis er ordregiveren endvidere forpligtet til at sikre dokumentation for det udøvede skøn og for de undersøgelser, der er foretaget i forbindelse med vurderingen af udbudspligten, jf. klagenævnets kendelse af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland. Den eneste dokumentation, Køge Kommune har kunnet fremlægge, er et sagsomslag, hvorved det udøvede skøn blot er én linje om det seneste års forbrug ganget med enten 4 eller 5 år. Det følger af samme kendelse, at såfremt værdien af kontrakten på baggrund af de faktiske priser mv. overskrider tærskelværdien, er det ordregivers bevisbyrde at godtgøre, at der var grundlag for at undlade udbud.

Den estimerede maksimale kontraktværdi blev ifølge betingelserne for tilbudsindhentning pkt. 3.4 af Køge Kommune skønnet til 790.400 kr. pr. år svarende til 3.161.000 kr. ekskl. moms over kontraktperioden på 4 år. Denne beregning var baseret på en antagelse om tilbudspriser på henholdsvis 70 kr. ekskl. moms (almindelig levering) og 80 kr. ekskl. moms (akut levering).

Dette stemmer ikke med, at Køge Kommunes skøn over kontraktværdien i forbindelse med beslutningen om at undlade udbud skulle være baseret på

forbruget i 2021 ganget med 4 svarende til 4.530.718,28 kr., jf. kommunens brev af 7. april 2022. Køge Kommune har i sit brev af 7. april 2022 anført, at ”den kontraktværdi, der er oplyst i betingelserne for tilbudsindhentningen, er udtryk med en strategisk udbudsteknisk kontraktværdi, der understøtter den valgte evalueringsmodel. Kommunen har lagt vægt på en enkel, let gennemskuelig evalueringsmodel, hvor det tydeligt fremgår, hvilken tilbudsgiver der er billigst.” Dette er i modstrid med såvel den kontekst, hvori opgørelsen af værdien indgår, som den eksplicitte ordlyd af pkt. 3.4 i betingelser for tilbudsindhentning. Pkt. 3.4 omhandler således netop aftalens ”omfang” og ikke pkt. 9 om tilbudsevaluering.

Dertil kommer, at oplysningen om en ”leveringspris” på henholdsvis 70 og 80 kr. alene giver mening i relation til en opgørelse af aftalens estimerede omfang. Disse oplysninger har ingen evalueringsteknisk betydning, idet det alene var den pris, som tilbudsgiverne faktisk måtte tilbyde for henholdsvis almindelig og akut levering, som evalueringsteknisk var afgørende, jf. herved de indleverede tilbudslister. Det fremgår ikke af betingelser for tilbudsindhentning, at der med tabellen i pkt. 3.4 er tale om et eksempel eller lignende, idet det tværtimod fremgår, at der er tale om kommunens estimat af kontraktens værdi.

På baggrund af tilbudspriserne kan det lægges til grund, at kontraktens værdi forventeligt udgør op til 7.221.760 kr. De tilbudte priser var mere end dobbelt så høje som de priser, Køge Kommune ifølge betingelser for tilbudsindhentning havde vurderet udbudspligten på baggrund af. Tilsvarende gør sig gældende for så vidt angår den faktiske kontraktværdi.

Intervare anerkender, at de faktiske tilbudspriser, en ordregiver får ind i forbindelse med et udbud eller en tilbudsindhentning, af forskellige årsager kan vise sig at være højere, end hvad der for ordregiveren var forventeligt, og at en diskrepans ikke nødvendigvis betyder, at ordregiverens skøn må tilside sættes. En så betydelig diskrepans som den, der foreligger i sagen, dokumenterer imidlertid i sig selv, at Køge Kommune ikke har taget de relevante forhold i behørig betragtning og/eller ikke har afdækket markedet på forsvarlig vis i forbindelse med sin vurdering af kontraktværdien. Som minimum må en så markant diskrepans skabe en særdeles kraftig formodning for, at Køge Kommune ikke har udøvet sit skøn over markedsværdien på et forsvarligt grundlag, og denne formodning har kommunen ikke afkræftet.

Ad grundlæggende forkert præmis

Det er ikke korrekt, at tilsidesættelse af en ordregivers skøn ifølge klagenævnets praksis generelt forudsætter, at skønnet er baseret på en ”grundlæggende forkert præmis”.

Det følger af klagenævnets kendelse af 15. december 2015, Wind People mod Energistyrelsen, at der skal foretages en ”forsigtig vurdering”, men at der efter omstændighederne kan være grundlag for at tilsidesætte denne vurdering, selvom ordregiveren faktisk måtte have foretaget en forsigtig vurdering. Det gælder, såfremt det ellers forsigtige skøn ”viser sig at være baseret på en grundlæggende forkert præmis”.

Kendelsen ændrer ikke på, at utilstrækkelige undersøgelser i forhold til opgørelse af kontaktværdi og undladelse af at foretage en ”forsigtig vurdering” i forbindelse med udøvelsen af skønnet mv. i sig selv kan føre til en tilsidesættelse af skønnet.

Køge Kommunes vurdering af udbudspligten hviler i øvrigt på en eller flere grundlæggende forkerte præmisser. Køge Kommune har ifølge sagsomslaget bl.a. anset det for berettiget – uden hensyntagen til regulering, ændrede forudsætninger, stigende priser mv. – at udbudspligten alene blev vurderet på baggrund af historiske tal ud fra forbruget for det seneste år ganget med den ønskede kontraktperiode, og at kontrakten uden videre ville være undtaget udbudspligt, såfremt det beløb, der herved blev beregnet, måtte ligge principielt bare én krone under tærskelværdien.

Ad inddragelse af historiske prisoplysninger

Historiske prisoplysninger kan være relevante at inddrage som ét element blandt flere i en samlet beregning af kontraktværdi og vurdering af udbudspligt, såfremt forudsætningen og grundlaget for denne prissætning inddrages og tages i behørig betragtning ved den videre brug af de historiske tal og prisoplysninger.

Historiske prisoplysninger kan ikke stå alene og fritager ikke ordregiveren for en forpligtelse til at inddrage øvrige relevante elementer i sin værdiansættelse af kontrakten. Denne forpligtelse følger i øvrigt også udtrykkeligt af f.eks. udbudslovens § 35 i forhold til successive kontrakter. Køge Kommune

har ved sin vurdering af udbudspligten lagt til grund, at de historiske prisoplysninger kan stå alene og uden iagttagelse af forudsætningerne for priserne.

Ad markedsundersøgelser mv.

Det fremgår af Køge Kommunes interne e-mailkorrespondance fra den 30. november 2020, at kommunen selv var af den opfattelse, at der burde foretages en markedsundersøgelse med henblik på at sikre passende dokumentation for en eventuel fritagelse for udbudspligt.

Køge Kommune afholdt markedsdialog med tre forskellige leverandører, men kommunen undlod at spørge relevante aktører ind til prisniveau mv., og der blev heller ikke i øvrigt gennemført nogen form for markedsundersøgelse.

Køge Kommune undlod at afdække prisniveauet yderligere, uanset at kommunens egen beregning af kontraktværdien opgjort i forhold til en 5-årig periode kun lå ca. 1 % under tærskelværdien. Køge Kommunes oplysninger om det forventelige prisniveau, herunder udviklingen i priser og forbrug mv., understreger, at en nærmere afdækning af nuværende markedsvilkår ville have bibragt kommunen viden om, at kontraktværdien ville (eller som minimum kunne) overstige tærskelværdien og dermed var udbudspligtig.

Det er ikke uklart, hvad der menes med det ”omhandlede marked” og prisudviklingen på dette. Det er korrekt, at Intervares datterselskab, Nemlig.com A/S, tilbyder levering ned til 19 kr., hvilket dog ikke er relevant for sagen. Der er tale om to vidt forskellige forretningsmodeller. Leverandøren er i henhold til en kontrakt om hjemmelevering til visiterede borgere forpligtet til at levere en række relaterede ydelser såsom support i forbindelse med borgerens foretagelse af indkøb, dialog med kommunen, håndtering af nøgler, levering af varer, stille varer på plads mv. Borgere, der er omfattet af en kontrakt som i denne sag, bestiller i vidt omfang deres varer ved at ringe til kundeservice og er generelt meget lidt selvhjulpne sammenlignet med de kunder (almindelige borgere), der køber ind hos Nemlig.com A/S. Der er desuden intet krav om minimumskøb, og gennemsnitkøbet ved indkøb hos Intervare i henhold til en kontrakt som den foreliggende er da også ca. halvt så stort som de gennemsnitlige indkøb foretaget hos Nemlig.com A/S.

Køge Kommunes henvisning til Nemlig.com A/S' priser understøtter blot yderligere, at kommunen ikke har forholdt sig tilstrækkeligt til markedet og til de ydelser, der skulle leveres på kontrakten, herunder med behørig inddragelse af, hvad der ud over selve leveringen af varer nærmere var indeholdt i ydelsen, hvilket udgør grundlaget og forudsætningerne for prissætningen af ydelserne på kontrakten.

Ad priser i andre kommuner

En alternativ mulighed for afdækning af prisniveauet kunne have været at række ud til andre kommuner med henblik på at få en fornemmelse af prisniveauet. Andre kommuner ville have været berettigede til at viderebringe helt overordnede oplysninger om prisniveau og prisstigninger set i forhold til tidligere mv.

Intervares konkurrencedygtighed understøttes ikke kun af, at Intervare var billigst ved Køge Kommunes tidligere tilbudsindhentning. Intervare er blevet tildelt kontrakter i henhold til samtlige udbud/tilbudsindhentninger, som Intervare har deltaget i inden for det seneste år forud for Køge Kommunes tilbudsindhentning. Alle kontrakterne havde kontraktstart i perioden fra den 1. oktober 2021 til den 1. februar 2022 og bygger således på helt nye, samtidige priser afgivet i tilsvarende tilbudsprocedurer. Oplysningerne kunne derfor have haft betydning i forhold til Køge Kommunes bedømmelse af kontraktværdien og tilbudsindhentning.

Kontrakten ville have været udbudspligtig, i det omfang der tages udgangspunkt i den gennemsnitlige tilbudspris, som Intervare har tilbudt og fået tildelt en række kommunale kontrakter på baggrund af inden for det seneste år.

Ad antal ugentlige leveringer

En evalueringsmodel, der indebærer en evalueringsteknisk beregning, som ikke søger at afspejle det forventede faktiske forbrug, vil være i strid med de udbudsretlige regler. En sådan model vil således stride med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, idet modellen vil være uegnet i forhold til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det fremgår eksplicit af formuleringen i betingelserne for tilbudsindhentning, at evalueringsmodellen indebærer en evalueringsteknisk beregning, og at den må tages som udtryk for en forventning om én ugentlig levering pr. borger.

Det er ikke korrekt, at en opgørelse af det forventede forbrug med udgangspunkt i, at der for hver borger sker levering én gang ugentligt, vil ”resultere i en kunstigt høj samlet pris”. Ifølge Køge Kommune fremgår det af historiske oplysninger for en bestemt periode, at borgerne i perioden havde fået 43 leveringer på et år, og at det var dette antal leveringer, som kommunen forventede. I perioden fra november 2020 til oktober 2021, som Køge Kommune har lagt til grund for sine beregninger, havde Intervare som anført 2.357 leveringer. Fordelt over Intervares 46 borgere giver dette 51,2 ordrer pr. år svarende til cirka én ugentlig levering. Gennemsnittet for perioden var i henhold til Intervares oversigt over ugentlige leveringer på ca. 45,3 leveringer pr. uge, hvilket således passer godt sammen med Køge Kommunes oplysning om antal borgere for Intervare.

I overensstemmelse med Køge Kommunes evalueringsmodel har der således i gennemsnit været én ugentlig levering pr. borger i relation til Intervares ordrer under den hidtidige kontrakt. Intervare har ingen forudsætninger for at kende til det antal leverancer pr. borger, som måtte ligge hos den anden leverandør, og Køge Kommune har heller ikke dokumenteret dette nærmere.

Det forventede antal ugentlige leveringer fremadrettet – dvs. under de nye kontrakter – er slet ikke adresseret i Køge Kommunes sagsomslag, hvor kontraktværdien blev beregnet. Køge Kommune har derimod i betingelser for tilbudsindhentning pkt. 3.4 i relation til prisevalueringsmodel – hvori der tages udgangspunkt i et estimat på én ugentlig levering pr. borger – angivet, at der herved er tale om kommunens estimat af aftalens omfang, herunder i forhold til antallet af leveringer. Den eneste dokumentation, der foreligger i forhold til det forventede antal ugentlige leveringer under de nye kontrakter, er disse oplysninger og den korresponderende tilbudsliste, der indgik i udbudsmaterialet.

Det var således også udelukkende denne oplysning om én ugentlig levering, som tilbudsgiverne havde at forholde sig til i forbindelse med deres prissætning og tilbudsafgivelse. Antallet af leveringer pr. borgere er væsentligt for leverandørerne at kende til. Jo flere borgere, der skal leveres til, desto mere droptæthed vil der være på ruten, og desto mere kan en leverandør optimere sine priser. Køge Kommune tog heller ikke i betragtning, at antallet af ældre og dermed også borgere, der er visiteret til hjemmelevering af dagligvarer, forventeligt vil stige væsentligt inden for kontraktperioden.

Det må på den baggrund lægges til grund, at Køge Kommune estimerede behovet for indkøb til én ugentlig levering pr. borger, og kommunens beregning af den estimerede kontraktværdi skulle derfor også tage udgangspunkt i dette estimat. Det kan være i strid med de udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling at anvende en evalueringsmodel, der ikke er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb under aftalen.

Det savner mening og er udokumenteret, ”at færre borgere vil blive visiteret til ordningen i takt med, at flere ældre bliver fortrolige med internet, computere og smartphone og derved selv kan forestå indkøb online”. Denne mulighed har de ældre også haft de seneste mange år, og mange ældre burde således også de senere år være blevet mere fortrolige med IT osv. Det er derimod dokumenteret, at omfanget af tilmeldte borgere har været stødt stigende inden for de seneste 7 år. Der er intet, der understøtter, at udviklingen med et stigende antal tilmeldte borgere ikke som minimum vil fortsætte den hidtidige kurs. Det tyder den demografiske udvikling med en stigende ældrebyrde mv. også på.

På den baggrund er det i hvert fald helt nærliggende at lade Køge Kommune bære bevisbyrden for, at en sådan udvikling ikke skulle forventes at fortsætte, og denne bevisbyrde er ikke løftet i sagen. Køge Kommune var derfor ved sin opgørelse af kontraktværdien forpligtet til at tage i betragtning, at antallet af ældre borgere havde været stødt stigende og måtte forvente at stige yderligere fremadrettet.

Ad regulering ud fra nettoprisindeks og prisudvikling mv.

Køge Kommune har ikke foretaget nogen form for regulering af de tidligere priser, og kommunen foretog således heller ikke en regulering med udgangspunkt i Danmarks Statistiks nettoprisindeks.

Køge Kommune har således ikke taget behørigt højde for en potentiel prisudvikling, men derimod blot ganget det hidtidige forbrug med 4 henholdsvis 5. Dette understøtter, at Køge Kommunes vurdering af udbudspligten skal tilsidesættes, og at kontrakten således skulle have været udbudt i henhold til udbudslovens afsnit III.

Det savner mening, når Køge Kommune mener sig berettiget til ved vurderingen af udbudspligten at tage udgangspunkt i den billigste og uregulerede pris fra 2015 fra Intervare. Leveringsprisen hos Køge Kommunes anden leverandør, som kommunen inviterede til at afgive tilbud på ny, var langt højere end Intervares pris. Køge Kommune burde således have foretaget en forsigtig vurdering med afsæt i denne tilbudspris og reguleret i henhold til forventelige stigninger i pris og behovet for leverancer mv.

Det ville i øvrigt ikke have været retvisende for den faktiske prisudvikling på markedet, hvis der alene var sket en regulering af den tidligere pris ud fra nettoprisindekset og således uden hensyntagen til, hvordan prisudviklingen så ud på markedet, hvor den billigste leverandør blev udelukket. Nettoprisindekset viser den gennemsnitlige prisudvikling for de varer og tjenester, der indgår i de private husholdningers forbrug. Det er således en gennemsnitlig udvikling i forbrugerpriser, hvilket hverken er retvisende eller fyldestgørende i forhold til, hvilken prisudvikling der har været på det specifikke område. En konstatering af, at indekset er uegnet til formålet, forudsætter ikke noget indgående markedskendskab.

Det er helt rimeligt og nødvendigt for at sikre udbudsreglernes effektivitet at kræve, at Køge Kommune overvejede og afdækkede det aktuelle prisniveau, hvilket kunne være sket ved en simpel dialog med en eller flere markedsaktører, herunder da kommunen faktisk afholdt markedsdialog med tre forskellige aktører. En sådan dialog ville have ført til, at Køge Kommune havde opnået viden om et realistisk prisniveau i forbindelse med udbuddet, og dette ville have medført udbudspligt. Det var derfor allerede på tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen forventeligt, at kontraktværdien ville overstige tærskelværdien.

Det er videre helt rimeligt at skærpe kravene til undersøgelserne i forbindelse med skønnet, såfremt Køge Kommune ville undgå denne afdækning af de gældende markedsvilkår. Køge Kommune skulle således som minimum have anvendt egnede data til vurdering af prisudviklingen siden de priser, man 7 år tidligere havde opnået. Det må desuden kunne kræves, at der foretages en særlig ”forsigtig vurdering” af udbudspligten, i og med at det ville være Køge Kommune selv, der havde fravalgt den mere ”simple” og sikre fremgangsmåde – dialogen med markedsaktørerne.

De variable omkostninger forbundet med at levere ydelsen er ud over lønomkostninger navnlig udgiften til brændstof (diesel). Det fremgår af en oversigt fra Drivkraft Danmark, at dieselpriisen pr. juli 2015 – hvor den seneste kontrakt trådte i kraft – var på 9,96 kr. mod 13,79 kr. pr. februar 2022 svarende til en stigning på ca. 38 %. Den 14. februar 2022 var prisen på 13,29 kr. svarende til en stigning på ca. 33 %. Denne væsentlige prisstigning burde Køge Kommune have taget i betragtning.

Det er ikke korrekt, at oversigten over prisudviklingen for diesel fra 2015 til 2022 skulle være uanvendelig, fordi indekset bygger på månedlige data. Disse data er højst relevante i den sammenhæng, hvori de er anvendt, nemlig i forhold til at påpege udviklingen i perioden fra indgåelse af kontrakt med Intervare i 2015 og frem til udbuddet. Det er misvisende, når Køge Kommune sammenholder prisudviklingen på diesel i en 7-årig periode med udviklingen i en periode på under 4 måneder. Intervare er enig i, at der er andre cost drivers end brændstof, men brændstof er en af de væsentligste udgifter. Det generelle prisniveau har i perioden været opadgående, og dette skulle også have været taget i betragtning i forhold til vurderingen af udbudspligten.

Det er vanskeligt at se, hvordan den omstændighed, at der i perioden bl.a. var en væsentlig stigning i prisen på diesel, skulle gøre inflationsbetragtningerne irrelevante. Der er en naturlig sammenhæng mellem de to forhold, idet det under alle omstændigheder kan lægges til grund, at ingen af delene (inflation henholdsvis prisstigninger specifikt for diesel mv.) er taget i betragtning af Køge Kommune i forbindelse med opgørelsen af kontraktværdien. Begge dele bør indgå i opgørelsen af kontraktens værdi.

Køge Kommune opgjorde kontraktværdien i november 2021, og dette skete alene på baggrund af det historiske forbrug i perioden fra november 2020 til oktober 2021. Køge Kommune har ikke på noget tidspunkt efterfølgende af dækket eller overvejet beregningen af kontraktværdien eller vurderingen af udbudspligt nærmere, heller ikke da kommunen i forbindelse med tilbudsindhentningen valgte at undlade at indhente tilbud fra Intervare, der har de mest konkurrencedygtige priser på markedet, hvilket kommunen er bekendt med. Desuden var den generelle markedssituation i betydelig forandring allerede i november 2021 og ikke mindst i de efterfølgende måneder frem til tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen. Det var herunder alment kendt, at der i slutningen af 2021 og starten af 2022 skete en betydelig ud-

vikling i forhold til inflationen og det generelle prisniveau. Det fremgår således af oplysninger fra Danmarks Statistik, at inflationen var støt stigende, og at den allerede var på et højt niveau på tidspunktet for tilbudsindhentningen den 14. februar 2022.

Ukraine-konflikten har haft en effekt på markedsvilkårene mv., men den har ikke haft en så markant påvirkning af prisudviklingen fra udsendelse af materialet for tilbudsindhentningen, til tilbuddene blev afgivet. Dette understøttes og dokumenteres ved, at der allerede var en stor usikkerhed forbundet med konflikten på tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen. Markedspåvirkningen af udviklingen i Rusland/Ukraine-konflikten over den 2-ugers periode, der forløb mellem tidspunktet for udsendelse af tilbudsindhentningen og tilbudsfristen, var således meget begrænset. Den russiske invasion bidrog alene til den udvikling i inflationen og markedsvilkårene, som allerede var i fuld gang. Prisstigningerne var i altovervejende grad allerede indtrådt den 14. februar 2022.

Dette dokumenteres for det første af den begrænsede prisudvikling fra den 14. februar 2022 til den 2. marts 2022. Det dokumenteres for det andet af, at en hel serie af samtidige sammenlignelige udbud og tilbudsindhentninger i tilsvarende kommuner som Køge Kommune er landet i et økonomisk niveau, der ville indebære en overskridelse af tærskelværdien. Det relevante samtidige benchmark for kontraktens værdi viser, at tærskelværdien var overskredet. Intervare har vundet samtlige udbud/tilbudsindhentninger, som virksomheden har deltaget i inden for de seneste 12 måneder, med en gennemsnitlig tilbudspris pr. levering på 136 kr. (139 kr. uden Kolding Kommune, der adskilte sig grundlæggende fra de øvrige kontrakter). Denne gennemsnitlige tilbudspris, som endog i høj grad er baseret på tilbudspriser afgivet tidligt i 2021, vil overført på den foreliggende kontrakt indebære, at tærskelværdien er overskredet og kontrakten dermed udbudspligtig. Dette kan konstateres ved at indsætte prisen på 136 kr. (eller 139 kr.) i evalueringsarket. Der har endog været tale om kontrakter med flere nabokommuner til Køge Kommune og/eller om kommuner og kontrakter, der i høj grad er sammenlignelige med Køge Kommune og den foreliggende kontrakt.

Det er korrekt som anført af Køge Kommune, at tilbudsgivere også indregner potentielle risici i deres tilbudsafgivelse. Dette gjorde sig helt tilsvarende gældende på tidspunktet for udsendelse af tilbudsindhentningen. Der havde således på dette tidspunkt længe været en betydelig usikkerhed i relation til

Ukraine/Rusland-konflikten og dennes påvirkning af verdensøkonomien mv., som også ifølge Køge Kommune måtte forventes indregnet af tilbudsgiverne i forbindelse med deres tilbudsafgivelse. Det var dog blot én af en lang række årsager til de prisstigninger, der allerede den 14. februar 2022 var helt forventelige. Køge Kommune overvejede dog ikke dette, selvom kommunen nu anerkender, at tilbudsgiverne måtte forventes at indregne sådanne potentielle risici i deres tilbudsafgivelse. Køge Kommune gjorde sig end ikke en overvejelse i forhold til den åbenlyse risiko for højere priser.

Ad kontraktlængden

I det sagsomslag, som Køge Kommune støtter sig til i forhold til sin vurdering af udbudspligten, har kommunen, også efter tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen, anset det som muligt – og har forbeholdt sig – at indgå kontrakten for en 5-årig periode.

Det har formodningen imod sig, at Køge Kommune ville regne kontraktværdien ud for en 5-årig periode, medmindre kommunen faktisk planlagde og havde tiltænkt indgåelse af en kontrakt på 5 år.

Det fremgår klart af sagsomslaget, der er dateret den 15. februar 2022, og som Køge Kommune henviser til som grundlaget for sin vurdering af udbudspligten, at kommunen på tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen fortsat overvejede og anså det muligt at have en option på forlængelse af aftalen med yderligere et år, og at hensigten derfor var at indgå en aftale, der samlet set dækkede en aftaleperiode på 5 år.

Dermed må vurderingen af Køge Kommunes pligt til at udbyde kontrakten tage udgangspunkt i kommunens forudsætning om en 5-årig kontraktperiode, idet den påtænkte option på kontraktens forlængelse skal indeholdes i vurderingen af kontraktens samlede varighed og værdi, jf. udbudslovens § 30. Det er uden betydning, at den endelige kontrakt blev indgået for en 4-årig periode og uden mulighed for forlængelse. Det relevante tidspunkt for vurderingen af kontraktens værdi efter udbudslovens § 29 ligger fast på det tidspunkt, hvor udbudsbekendtgørelsen afsendes. På det tidspunkt var det Køge Kommunes hensigt og forudsætning at indgå en kontrakt for en 5-årig periode.

Der er i øvrigt ikke godtgjort et sagligt grundlag for Køge Kommunes begrænsning af kontraktperioden og udeladelse af forlængelsesmuligheden.

Formålet med begrænsningen på 4 år må derfor have været at forsøge at undgå udbudspligt. En sådan omgåelse er ikke tilladt i henhold til udbudslovens § 30, og kontraktværdien burde således have været opgjort ud fra den kontraktperiode, der for Køge Kommune måtte anses som sædvanlig. Køge Kommunes "sagsomslag" viser, at kontrakten i forhold til kontraktperioden netop er søgt tilrettelagt med henblik på at undgå udbud, idet kommunen ønskede at medtage en option på ét år med den begrundelse, at kommunen antog, at man derved kunne holde sig under tærskelværdien. En forlængelse af den foreliggende kontrakt til den tidligere anvendte kontraktperiode ville indebære en yderligere forhøjelse af værdien svarende til (mindst) den årlige kontraktværdi, hvorved tærskelværdien ville være overskredet, og der ville være udbudspligt efter udbudslovens afsnit III.

En kontraktperiode inklusive en option på forlængelse er helt på linje med Køge Kommunes praksis for kontraktindgåelse på dette område, idet de tidligere kontrakter dog har haft en endnu længere kontraktperiode.

Når det lægges til grund, at kontrakten efter Køge Kommunes forudsætninger skulle indgås for en 5-årig kontraktperiode, og når der tages højde for en relevant og tidssvarende prissætning af kontraktens ydelser, er tærskelværdien for udbudspligt i medfør af udbudslovens § 7 overskredet. Kontrakten var af den grund udbudspligtig i henhold til udbudslovens afsnit III.

På tilsvarende måde var kontrakten udbudspligtig, når det lægges til grund, at kontrakten efter Køge Kommunes forudsætninger skulle indgås for en 5-årig kontraktperiode, selv hvis kommunens lave prissætning af kontrakten måtte blive lagt til grund, idet kommunens opgørelse af kontraktværdien i sig selv var blot få tusinde kroner (ca. 1 %) under tærskelværdien. I den forbindelse skal Køge Kommune som ordregiver indregne risikoen for relevante usikkerheder i prissætningen og forventede øgede udgifter, herunder til indeholdte optioner, ændringer og fordyrelser på kontrakten. En relevant og dækkende vurdering af kontraktens værdi ville dermed under alle omstændigheder indebære, at kontrakten var udbudspligtig, jf. udbudslovens § 7.

Køge Kommune antyder, at Intervare uretmæssigt skulle have påberåbt sig en forlængelse af kontrakten til den 31. marts 2022. Det var imidlertid Køge Kommune selv, der henvendte sig til Intervare og tilbød denne kontraktforlængelse, hvilket Intervare accepterede. En sådan forlængelse var bindende for Køge Kommune.

Intervares anbringender vedrørende en længere kontraktperiode skal ikke anses som subsidiære til anbringenderne om, at der er udbudspligt (også) ved opgørelse i henhold til en 4-årig kontraktperiode. Anbringenderne er således sideordnede.

Ad gensidigt bebyrdende kontrakt

Klagenævnets kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkjøbing-Skjern Kommune, vedrører grundlæggende en anden type udbud/prisindhentninger i medfør af servicelovens § 112 end i denne sag. Der er i de pågældende situationer tale om indhentelse af priser til brug for fastsættelse af bevillingsstørrelsen til borgerne, der imidlertid kan indkøbe hos helt andre leverandører mod egenbetaling af differencen. Denne praksis kan ikke overføres til ordningen i denne sag, der er tilvejebragt i henhold til servicelovens § 83. Efter denne bestemmelse er der tale om ydelser, som Køge Kommune er forpligtet til at stille til rådighed for borgerne.

Efter forarbejderne til udbudslovens § 24, nr. 24, om definitionen på ”Offentlige kontrakter” er det ikke et krav, at det er ordregiveren selv, der modtager leverancen. Det er borgeren, der er den umiddelbart begunstigede, men ydelserne er leveret på kommunens vegne, fordi kommunen er forpligtet til at sikre borgerne bestemte ydelser. Her vil ordregiveren også have den fornødne økonomiske interesse.

En kommune har mulighed for at opfylde sine forpligtelser efter servicelovens § 83 ved enten selv at indgå kontrakt med (mindst) to leverandører, jf. servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1, eller alternativt gøre brug af en fritvalgsordning i henhold til bestemmelsens stk. 2, nr. 2. Der er en række betingelser knyttet til sidstnævnte, der er en grundlæggende anderledes ordning.

Køge Kommune har ved tilbudsindhentningen utvetydigt valgt fremgangsmåden efter servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1. Dette bekræftes af, at kontrakterne er indgået direkte mellem Køge Kommune og de to leverandører. Køge Kommune har i øvrigt ikke valgt at gøre brug af en godkendelsesmodel, men en aftale med to leverandører, jf. herved oplysningerne på sagsomslaget.

Det er således ikke korrekt, at Køge Kommune med henvisning til servicelovens § 83 har indhentet priser på en indkøbsordning til brug for fastsættelse

af bevillingsstørrelsen til borgerne som led i fritvalgsordningen. Der henvises i den forbindelse til forarbejderne til servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1, hvoraf det om udbudspligt bl.a. fremgår, at kommunalbestyrelsen skal overholde udbudsreglerne, hvis den vælger at skabe grundlag for borgernes frie valg ved at indgå offentlige kontrakter, hvilket er tilfældet i denne sag.

Der er intet, der understøtter, at Køge Kommune ved ordningen skulle have etableret en fritvalgsordning som reguleret ved servicelovens § 91, stk. 2, nr. 2, idet borgeren alene har et "frit valg" mellem netop de to leverandører, som Køge Kommune har indgået kontrakt med. Kontrakterne er således "gensidigt bebyrdende" i udbudslovens forstand og dermed omfattet heraf. Dette bekræftes yderligere af, at der foreligger en specifik CPV-kode på "Hjemmelivering af dagligvarer" (85312200), der hører under light-regimet.

Køge Kommune har ikke på noget tidspunkt tidligere gjort det synspunkt gældende, at kontrakten ikke skulle være en "offentlig kontrakt" i udbudslovens forstand. Køge Kommune har tværtimod stedse tilkendegivet, at kommunen anså ydelsen som en light-ydelse omfattet af ovennævnte CPV-kode, der alene var undtaget udbudspligt som følge af opgørelsen af kontraktværdi.

Køge Kommune har gjort gældende, at kommunen har et vist skøn – under overholdelse af et forsigtighedsprincip – ved vurderingen af en kontrakts værdi set i forhold til tærskelværdierne. Køge Kommune er som led i vurderingen berettiget til at lægge vægt på historiske priser. Det udøvede skøn kan kun tilsidesættes, hvor skønnet hviler på "en grundlæggende forkert præmis". Køge Kommune foretog et forsigtigt og sagligt skøn, som udviste, at kontraktens værdi var under tærskelværdien med omtrent 25 %. Køge Kommune baserede sig på de oplysninger til brug for værdiopgørelsen, som forelå på iværksættelsestidspunktet. Disse forhold dannede tilsammen et sagligt grundlag for vurderingen, som ikke var baseret på en grundlæggende forkert præmis, og som derfor ikke bør tilsidesættes.

Intervares anbringender introducerer imidlertid en meget højere barre for Køge Kommunes undersøgelser. Det er i denne sammenhæng Køge Kommunes bekymring, at såfremt Intervares synspunkter lægges til grund, introducerer dette et uholdbart paradigmeskifte. Det vil således ikke være rimeligt, at ordregivere pålægges at opbygge og vedligeholde en markedsindsigt, herunder indsigt i samtlige markedsaktørers kommercielle forhold. Herud-

over må Intervares betragtninger om et forsigtighedsprincip, der fordrer af-dækning og prissætning af risikomarginer i forhold til endnu ikke indtrådte begivenheder, afvises. Intervares synspunkter er heller ikke i tråd med klagenævnets tidligere praksis, herunder kendelse af 15. december 2015, Wind People mod Energistyrelsen.

Ad det tidligere samarbejde med Intervare

Samarbejdet med Intervare ophørte aftalemæssigt. Ophøret skyldtes ikke nogen aktiv handling fra Køge Kommune, men var kontraktuelt forudsat af begge parter. Intervare har ikke krav på at fastholde et aftaleforhold med en offentlig myndighed, og det er heller ikke givet på forhånd, at Intervare skal tildeles aftalen ved fornyet konkurrenceudsættelse. Køge Kommune har ikke opsagt aftalen med Intervare, men kommunen har derimod planlagt, at nye aftaler var på plads, når aftalerne med De Glade Vikarer og Intervare udløb pr. 31. marts 2022. Køge Kommune har ikke handlet i strid med kommunal- eller forvaltningsretlige principper som led i ophøret af parternes aftale.

Byrådsmødet den 25. maj 2021 var foranlediget af konstaterede uregelmæssigheder hos Intervares datterselskab, Nemlig.com A/S. De samme uregelmæssigheder førte ifølge Køge Kommunes oplysninger til ophør af visse samarbejder mellem Intervare og Københavns Kommune, Odense Kommune, Gentofte Kommune og Albertslund Kommune.

Det er i denne sammenhæng almindeligt, at de kommunale byråd tilvejebringer en juridisk afklaring, herunder en risikovurdering, som kortlægger kommunens handlemuligheder, nøjagtig som dette skete i de nævnte kommuner.

Baggrunden for redegørelsen til byrådet var således den verserende sag mellem Københavns Kommune og Nemlig.com/Intervare, der var meget omtalt i medierne, og som derfor havde politikernes opmærksomhed. Der var behov for at gøre klart, at der ikke var tale om en klar overtrædelse af kommunens indkøbspolitik, herunder af sociale klausuler. På tidspunktet for redegørelsen var det administrationens opfattelse, at aftalen udløb den 31. maj 2021. Efterfølgende stod det klart for den kommunale administration, at Intervare antog, at aftalen var forlænget til den 31. marts 2022. Køge Kommune besluttede ikke at udfordre dette og fortsatte samarbejdet til den 31. marts 2022.

Ad prisniveauet hos de hidtidige leverandører

Det er en hypotetisk antagelse, at Intervare ville have fået tildelt aftalen, hvis Intervare var indbudt. De priser, som Intervare bringer i spil, er afgivet i 2015 og er derfor uanvendelige i en nutidig kontekst. Det står enhver leverandør frit at prissætte sin ydelse ud fra de rettigheder og pligter, som følger af det konkrete udbudte aftalekompleks.

Der kan ikke formodes et givent prisniveau baseret alene på tidligere eller samtidige udbuds- eller tilbudsindhentningsprocedurer. Det er heller ikke givet, at der bør forventes en prisstigning afhængig af den sammensatte kreds af leverandører, som de aktuelle tilbudsgivere i øvrigt ikke var bekendte med.

Ad skønnet over kontraktværdien

Det følger af udbudslovens § 29, at en kontrakts værdi opgøres på tidspunktet for enten afsendelsen af en udbudsbekendtgørelse eller indledning af en udbudsprocedure i øvrigt. Tidspunktet vil i forbindelse med tilbudsindhentning på markeds-mæssige vilkår være det tidspunkt, hvor Køge Kommune rettede henvendelse til markedsaktørerne, hvilket var den 14. februar 2022.

Det følger af bemærkningerne til udbudslovens § 30, at Køge Kommune til brug for sit værdimæssige skøn kan inddrage ”oplysninger om markedets generelle prisniveau for indkøbet ved at anvende rådgivere med branchekendskab, indhente prisoplysninger hos økonomiske aktører mv., jf. udbudslovens § 39. Eventuelle historiske oplysninger kan også indgå i oplysningsgrundlaget.”

Differencen mellem den skønnede kontraktværdi og de realiserede priser tillægges i praksis betydelig vægt ved klagenævnets vurdering af skønsudøvelsen, og i det konkrete tilfælde støtter dette Køge Kommunes påstand om, at klagen ikke skal tages til følge.

Endvidere vil et velafvejede skøn over indkøbets værdi på et fyldestgørende oplysningsgrundlag ikke blive tilsidesat af klagenævnet. Dette omfatter tilige de situationer, hvor der efterfølgende modtages højere priser end forventet, hvorved tærskelværdierne overskrides.

Det er kun, såfremt skønnet senere viser sig at være baseret på en ”grundlæggende forkert præmis”, at skønnet ”efter omstændighederne” vil kunne føre

til, at Køge Kommune ikke var berettiget til at indgå kontrakterne som sket, jf. klagenævnets kendelse af 15. december 2015, Wind People mod Energi-styrelsen. Køge Kommunes skøn har ikke været baseret på en ”grundlæggende forkert præmis”.

Intervares sammenligning med omstændighederne i klagenævnets kendelse af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland, er i denne sammenhæng ikke egnet, da kendelsens omstændigheder er objektivt usammenlignelige med den aktuelle sag. Klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S, er heller ikke sammenlignelig.

Ad grundlæggende forkert præmis

Køge Kommune skønnede, at kontraktens værdi udgjorde 4.400.000 kr. ekskl. moms, hvilket var omtrent 25 % under tærskelværdien. Det centrale spørgsmål er, om Køge Kommune har foretaget et sagligt skøn over kontraktens værdi på iværksættelsestidspunktet.

Sagsomslaget til brug for indhentning af tilbud på en indkøbsordning til visiterede borgere er ikke udarbejdet den 15. februar 2022. Sagsomslaget er derimod senest ændret den 15. februar 2022. Sagsomslaget er et dynamisk og internt arbejdsdokument, der udgør et beslutningsnotat, som løbende opdateres med noter, overvejelser, undersøgelser og ny viden. Dette er en sædvanlig fremgangsmåde. Dokumentet er oprettet i Microsoft Word-format, hvorfor det er muligt at gennemse alle gemte versioner. Første version er oprettet og lagret den 25. oktober 2021. Versionen med behandling af kontraktens værdi er lagret som version 6. Sagsomslaget tjener til at dokumentere, at der forud for udsendelse af tilbudsindhentning var foretaget en vurdering af kontraktens værdi i forhold til tærskelværdien. Excel-arket med beregningen er således også fremlagt for klagenævnet. Tærskelværdien ville heller ikke være overskredet, hvis Køge Kommune havde konkurrenceudsat aftalen med en 5-årig aftaleperiode.

Sagsomslaget har således været under udarbejdelse siden den 25. oktober 2021. Vurderingen blev foretaget løbende herefter. Den omstændighed, at sagsomslaget fremstår uændret frem til iværksættelsestidspunktet, er udelukkende udtryk for, at Køge Kommune ikke fandt anledning til at ændre sagsomslagets konklusioner for denne periode.

Kontraktens værdi er opgjort på grundlag af det historiske forbrug for de seneste 12 måneder. Formuleringen, ”seneste 12 mdrs. forbrug x 5 (5.525.000) er mindre end tærskelværdien”, er en konstatering, og formuleringen er ikke udtryk for en beslutning eller et endeligt ønske om at indgå en 5-årig kontrakt. Formuleringen kan alene tages som udtryk for, at også en 5-årig kontrakt ville befinde sig under tærskelværdien. Det er således ikke korrekt, at aftalen går på en kontraktperiode på 4 år med mulighed for forlængelse i yderligere 1 år. Aftalen er på 4 år uden mulighed for forlængelse. Ifølge betingelserne for tilbudsindhentning træder kontrakten i kraft den 1. april 2022 og ophører uden varsel den 31. marts 2026. Den omstændighed, at Køge Kommune faktisk besluttede at indgå en kortere aftale på 4 år set i forhold til opgørelsen, understøtter blot kommunens påpasselighed ved værdiopgørelsen.

Da Køge Kommune har valgt at indgå en 4-årig aftale uden mulighed for forlængelse, skal kontraktens værdi i forhold til tærskelværdien ikke beregnes for en 5-årig periode. Værdiopgørelsen var på iværksættelsestidspunktet baseret på de nyligste og mest bebyrdende tal i 2021 multipliceret med en 4-årig kontraktperiode og således udtryk for et præcist øjebliksbillede af prisniveauet på vurderingstidspunktet. Det centrale parameter for værdifastsættelsen må være kontraktens egentlige indhold og varighed. Dette understøttes også af reglerne om tidspunktet for værdiopgørelsen. Allerede af denne årsag var Køge Kommune ikke forpligtet til at lægge en aftalevarighed på 5 år til grund, som ikke afspejler den indgåede aftales egentlige vilkår.

Det er ikke korrekt, at Køge Kommune ikke har foretaget en vurdering af kontraktværdien på et retvisende grundlag i tidsnær sammenhæng med tilbudsindhentningen. Køge Kommune har med fremlæggelsen af successive versionshistorikker af sagsomslaget dokumenteret en løbende tilpasning frem til og med den 15. februar 2022. Det er naturligt, at vurderingen iværksettes i god tid forud for tilbudsindhentningen, idet tærskelværdien er styrende for bl.a. valg af procedure, eventuel offentliggørelsespligt og omfanget af udbudsdokumenter til forberedelse.

Styrelsesprocessuelt er processen indrettet sådan, at værdiopgørelsen beregnes i forvaltningen, som indstiller sit oplæg til beslutningen. Efter dette tidspunkt iværksettes indkøbsproceduren, medmindre der indtræder væsentlige omstændigheder i den mellemliggende tid. Køge Kommune har ikke skønnet, at dette var tilfældet.

Kontrakterne har i øvrigt indgået i Køge Kommunes udbudsplan siden 2020, og allerede på dette tidspunkt var det Køge Kommunes vurdering, at kommunens forbrug ikke oversteg tærskelværdien i henhold til udbudslovens afsnit III, hvilket fremgår af Køge Kommunes interne mailkorrespondance af 30. november 2020.

Det er på grundlag af de modtagne priser under tilbudsindhentningsproceduren Køge Kommunes forventning, at kommunens omkostning vil udgøre mellem 5.215.156,49 kr. - 5.960.178,85 kr. over en 4-årig periode, alt efter hvordan borgerne fordeler sig mellem de to leverandører.

Hvis samtlige borgere valgte Egebjerg Købmandsgård, ville kontrakterne udgøre 5.215.156,49 kr. Derimod ville kontrakterne udgøre 5.960.178,85 kr., hvis samtlige borgere valgte De Glade Vikarer. Køge Kommune havde ingen forventning om, at kontrakterne ville overstige tærskelværdierne.

Det må derfor lægges til grund, at Køge Kommune forud for henvendelsen til markedsaktørerne har foretaget en vurdering af kontraktens værdi på grundlag af objektive kendsgerninger, hvorved kommunen konstaterede, at kontrakterne ikke oversteg tærskelværdien for udbud efter udbudslovens afsnit III. Køge Kommunes forudgående vurdering af kontraktens værdi skal ikke underkastes en så intensiv prøvelse, som det forudsættes af Intervare.

Køge Kommune har forladt sig på de mest bebyrdende, historiske prisoplysninger, og dette kan ikke i sig selv udgøre en grundlæggende forkert præmis.

Ad inddragelse af historiske prisoplysninger

Kommunens historiske forbrug af de omfattede ydelser udgjorde for perioden november 2020 til oktober 2021 i alt ca. 1.105.000 kr. Dette tal bygger på fakturadata udlæst af Køge Kommunes indkøbsanalyzesystem den 25. oktober 2021.

Køge Kommune er ikke bekendt med, at der skulle være udsigt til væsentlige ændringer af kommunens serviceniveau, eksempelvis som følge af kommunens egne forhold eller ændret regulering af betydning for visiterede borgere.

Kommunen har således på baggrund af historiske data forudsat et i al væsentlighed lignende fremtidigt forbrug, som svarer til det historiske opgjort på antal leveringer.

Dette er kommet til udtryk ved, at Køge Kommune anvendte de seneste 12 måneders forbrug af visiteret indkøbsordning fremskrevet over en 4-årig kontraktperiode svarende til 4.420.000 kr. som beregningsgrundlag. Den skønnede kontraktværdi lå i denne sammenhæng mere end 20 % under tærskelværdien for udbud efter udbudslovens afsnit III.

Køge Kommune er ikke enig i, at kommunen i sin vurdering burde have inddraget, at ”der over den forgangne kontraktperiode var en betydelig stigning i antallet af borgere, der blev visiteret til ordningen, og at denne udvikling – i mangel af dokumentation for det modsatte – måtte forventes at fortsætte.” Det er uklart, hvorfor bevisbyrden herfor skulle påhvile Køge Kommune. Det er endvidere Køge Kommunes overbevisning, at færre borgere vil blive visiteret til ordningen i takt med, at flere ældre bliver fortrolige med internet, computere og smartphones og derved selv kan forestå indkøb online. Køge Kommune har således gjort sig overvejelser relateret til en eventuel stigning i bevillinger ved vurderingen af kontraktens værdi.

Der er næppe holdepunkter for at antage, at ældre menneskers teknologiske kundskaber har udviklet sig lineært. Det er dog en rimelig antagelse, at en større andel af nutidens midaldrende og ældre (”unge ældre”) har levet et arbejdsliv, hvor IT – herunder mobiltelefoner og Pc’er – har indtaget og vil indtage en større rolle end mennesker, som befandt sig på arbejdsmarkedet i eksempelvis 1990’erne.

Ad markedsundersøgelser mv.

Forud for tilbudsindhentningsproceduren gennemførte Køge Kommune en markedsdialog med De Glade Vikarer, Egebjerg Købmandsgård og Føtex A/S. Markedsdialogen havde til formål at afdække, om leverandørerne kunne leve op til Køge Kommunes krav og ønsker til opgaveudførelsen, herunder om der var fordyrende elementer.

Proceduren blev gennemført i henhold til udbudslovens § 193. Det følger af bestemmelsen, at aftaleindgåelsen skal ske på ”markedsmæssige vilkår”, og at dette kan indbefatte (i) en markedsafdækning og indhentning af ét tilbud

på dette grundlag, (ii) indhentning af to eller flere tilbud, eller (iii) annoncering på hjemmeside eller i overensstemmelse med § 191, stk. 2.

Køge Kommune skønnede, at kredsen af indbudte virksomheder var passende. Intervare ses i øvrigt ikke at gøre gældende, at kredsen var uegnet til at løfte den udbudte opgave, men blot at kredsen burde have omfattet Intervare. Der er ingen holdepunkter for dette. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 193, at en markedsafdækning kan bestå i "... benchmarkundersøgelser, mundtlige kontakter til udvalgte virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb", og at det i sådanne situationer "kan ... være tilstrækkeligt at indhente et tilbud."

Bestemmelsen indrømmer således Køge Kommune en betydelig grad af fleksibilitet til at tilrettelægge en tilbudsindhentning på markedsmæssige vilkår, og der er ingen holdepunkter til støtte for, at Intervare – som eksisterende leverandør eller af andre grunde – burde have indgået i markedsafdækningen. Intervares øvrige bemærkninger om udfaldet af et eventuelt offentligt udbud fremstår hypotetiske og uden nogen form for underbygning.

Den efterfølgende invitation til at afgive tilbud blev sendt til alle tre leverandører, hvilket udgør en overopfyldelse af procedurebestemmelsen i udbudslovens § 193, stk. 1, nr. 2. Føtex A/S afstod fra at afgive tilbud.

Der er i øvrigt ingen holdepunkter i udbudsretten, som støtter, at fraværet af markedsdialog udløser en skærpet forsigtighedsforpligtelse.

Ad priser i andre kommuner

Intervare har fremlagt 10 ekstraherede kommunale aftaler. Køge Kommune har ikke haft kendskab til de tilbudte leveringspriser, endsige prisniveauet i de omtalte kommuner, og har af de samme grunde, som Intervare fremhæver til støtte for sin beslutning om ikke at røbe sine prisoplysninger for Køge Kommune under klagesagen, heller ikke haft mulighed for at opnå denne indsigt.

Det vil være udtryk for en betydelig skærpelse af klagenævnets fortolkningspraksis, hvis ordregivere forventes at besidde en indsigt om markedspriserne svarende til en ledende markedsaktørs kendskab til egne priser. Det bemærkes i denne sammenhæng, at klagenævnet kun – efter omstændighederne –

tilsidesætter ordregiverens skøn, hvis det senere viser sig at være baseret på en grundlæggende forkert præmis.

Ad antal ugentlige leveringer

Intervares opgørelse over antal leveringer er ukorrekt. Tallet er rettelig 42,92 leveringer pr. borger pr. år og 43,31 leveringer pr. borger pr. år, hvis Intervares tal lægges til grund.

Intervare har fremlagt en oversigt over Intervares ugentlige antal leveringer i den pågældende periode. Gennemsnittet for perioden (52 uger) var ifølge Intervare ca. 45,3 leveringer pr. uge (2.357 leveringer/52 uger).

Dette er imidlertid ikke retvisende, da Intervare ikke tager højde for, at Intervare kun leverede under en fjerdedel af den samlede mængde ordrer, samtidig med at De Glade Vikarer havde en lavere leveringsfrekvens på Køge Kommunes borgere.

Ad regulering ud fra nettoprisindeks og prisudvikling mv.

Det er ikke korrekt, at Køge Kommune ikke foretog overvejelser relateret til prisstigninger ved vurderingen af kontraktens værdi. Nettoprisindekset var vedtaget som prisreguleringsgrundlag for parternes aftale, som havde en 7-årig løbetid frem til dens vedtagne ophør. Intervare har selv fremlagt et bilag med henblik på at påvise inflationen i forbrugerprisindekset. Dette harmonerer ikke med Intervares synspunkter om nettoprisindeksets generelle eg-nethed.

Den mellemkommende invasion af Ukraine og de deraf afledte makroøkononiske konsekvenser af betydning for de modtagne tilbudspriser kan ikke med nogen rimelighed lægges Køge Kommune til last. En tilbudsgiver indretter sig kommercielt på såvel aktuelle som potentielle risici. Tilbudsfristen udløb den 2. marts 2022, mens krigen i Ukraine udbrød den 24. februar 2022. Det er vanskeligt at forestille sig, at en ordregiver – ved opgørelsen af en aftales værdi – er forpligtet til at indregne en abstrakt risiko, som endnu ikke er indtruffet.

Det er ikke dokumenteret, at der har været en stigning i transportomkostninger, som skulle slå væsentligt igennem på markedet for levering af indkøbsordning til danske kommuner, og at dette skulle være almindelig kendt. Intervare har fremlagt en oversigt fra Drivkraft Danmark til nærmere belysning af prisudviklingen for diesel siden 2015. Oversigten er imidlertid ikke anvendelig, da indekset – i modsætning til andre, autoritative indeks – udelukkende bygger på et månedligt datapunkt frem for et dagligt. De oplyste dieselpriser må ligeledes afvises. Det kan således for erhvervskunder hos Circle K konstateres, at prisstigningen fra juli 2015 til februar 2022 ikke udgør 33 %. Derimod steg prisen for en liter diesel fra 12,69 kr. pr. 25. oktober 2021 til 13,29 kr. pr. 14. februar 2022, hvilket udgør en stigning på 4,7 %. Brændstof udgør i øvrigt kun en del af omkostningsbasen, som også omfatter løn, leasing af bil, pap, folie/plastik og arbejdstøj. Det kan rimeligvis ikke forventes, at Køge Kommune bør kende til samtlige cost drivers og den interne fordeling heraf. Der er herudover antageligvis også en divergerende fordeling af disse cost drivers tilbudsgiverne imellem, eksempelvis hvor en leverandør anvender el- eller hybridbiler.

Intervare har enten ikke foretaget reguleringer eller foretaget reguleringer af marginal betydning i den tidligere aftales 7-årige løbetid. Køge Kommune har derfor med rette lagt til grund, at en leveringspris på 96 kr. pr. levering frem til aftalens vedtagne ophør var en attraktiv og konkurrencedygtig leveringspris. Reguleringerne kan i øvrigt opgøres til 0,78 % årligt – fra 96 kr. ekskl. moms til 101,23 kr. ekskl. moms. Fordelt over 7 år udgør reguleringen 0,75 kr. ekskl. moms årligt, hvilket er ubetydeligt. Brugen af nettoprisindekset som prisreguleringsklausul har været almindelig og sædvanlig praksis for offentlige kontrakter i almindelighed, herunder indkøbsordninger i særdeleshed.

Intervares oplyste prisstigning på 41,7 % i forhold til den tidligere leveringspris overstiger både ændringer i nettoprisindekset, Intervares fremlagte brændstofindeks, og hvad Køge Kommune i øvrigt med rimelighed burde kunne have forventet og forudset.

Det er ikke korrekt, at kontrakterne ville overstige tærskelværdien, hvis Intervares leveringspris på 139 kr. lægges til grund. Intervare beregner kontrakternes størrelse på baggrund af en fejlagtig antagelse om, at alle borgere modtager leveringer ugentligt. Dette er ikke tilfældet. I perioden november

2020-oktober 2021 modtog Køge Kommunes ca. 217 visiterede borgere dagligvarer 9.313 gange, hvilket i gennemsnit er 43 gange pr. borger. Med det forventede omfang af leveringer ville Køge Kommunes forbrug således udgøre ca. 5.178.028 kr. over en 4-årig periode.

Intervares udlægning af prisstigningen for leveringspriserne siden senest gældende kontrakt fra 2015 er ikke retvisende. Prisniveauet ifølge Danmarks Statistiks nettoprisindeks for perioden fra januar 2015 til og med februar 2022 er steget fra indeks 98,7 (januar 2015) til indeks 109,5 (februar 2022). Dette svarer til en stigning på ca. 11 %.

Hvis Køge Kommunes oprindelige estimat over værdien af kontrakterne fremskrives med udviklingen i Danmarks Statistiks nettoprisindeks fra januar 2015 til februar 2022 på 11 %, udgør estimatet i stedet 4.903.647,42 kr., hvilket er ca. 14 % under tærskelværdien for udbud efter udbudslovens afsnit III.

Intervares inflationsbetragtninger er uden relevans, fordi fagindekset tager højde herfor. Til eksempel var indekset for diesel 142,4 i oktober 2021 og 153,2 i februar 2022, hvilket udgør en stigning på 7,58 %.

Inflation er udtryk for en generel stigningstakt i priser over en given periode. Inflation opstår, når der er en bred stigning i priserne på eksempelvis varer og tjenesteydelser og således ikke kun på individuelle ydelser. Inflationen afspejles i et generelt inflationsindeks eller et fagindeks. Benyttes begge dele, vil dette inddrage den samme prisstigning flere gange.

Parternes aftale gav mulighed for at regulere med nettoprisindekset for at inflationssikre værdien af aftalen. Intervare har i meget begrænset omfang reguleret sine priser, og Intervare har øjensynligt ikke oplevet stigende omkostninger, som har været nødvendige at videreføre til Køge Kommune. Der er derfor ikke holdepunkter for at antage, at Intervares senest regulerede pris i den ophørte aftale ikke tog højde for inflation.

Ad den anvendte evalueringsmodel

Det er ikke korrekt, at det kan være i strid med de udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling at anvende en evalueringsmodel, der ikke er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb under aftalen, og at dette skulle tale imod Køge Kommunes argumentation i denne henseende.

Udbudslovens § 160 omfatter ikke tilbudsindhentninger efter udbudslovens afsnit V. Den aktuelle tilbudsindhentningsprocedure omfatter ikke en evaluering i klassisk forstand. Leverandørerne stiller således en ydelse til rådighed for borgerne, hvorefter Køge Kommune har beregnet den maksimale økonomiske belastning pr. leverandør. Køge Kommune har i denne sammenhæng ud fra en forsyningssikkerhedsbetragtning vurderet, at leverandørernes tilbud må tage højde for ugentlige leveringer, selvom en mindre leveringsfrekvens kan indtræde.

Køge Kommune anførte i sin skrivelse af 7. april 2022, at ”Den kontraktværdi, der er oplyst i betingelserne for tilbudsindhentningen, er udtryk med en strategisk udbudsteknisk kontraktværdi, der understøtter den valgte evalueringsmodel. Kommunen har lagt vægt på en enkel, let gennemskuelig evalueringsmodel, hvor det tydeligt fremgår, hvilken tilbudsgiver der er billigst.”

Der er ikke grundlag for som anført af Intervare at sammenkoble Køge Kommunes opgørelse af kontraktens værdi efter udbudslovens § 29 med kommunens opgørelse af kontraktens omfang i evalueringsteknisk henseende som beskrevet i tilbudsindhentningsbetingelsernes punkt 3.4. Tilbudsindhentningsbetingelserne udtrykker en strategisk udbudsteknisk kontraktværdi, som understøtter den valgte evalueringsmodel.

Eksemplet i tilbudsindhentningsbetingelserne modsvarer tilbudslisten, hvori tilbudsgiver anmodes om at oplyse en pris pr. almindelig levering og en pris pr. akutlevering. Begge priser multipliceres med antal visiterede borgere multipliceret med 52 uger. Dette resulterer i en kunstigt høj samlet pris, som ikke harmonerer med de faktiske omstændigheder, idet ikke alle borgere modtager ugentlige indkøb.

Når først borgeren er visiteret til indkøbsordningen, foregår kontakten direkte mellem borgeren og den valgte leverandør. Køge Kommune får herefter en eller flere fakturaer på antal leveringer den foregående måned. Det ville have været umuligt på entydig vis at konstatere, hvornår levering er sket, eksempelvis omkring højtider.

Modellen er egnet til at identificere de to tilbudsgivere, som har afgivet den laveste pris, herunder synliggøre at der må påregnes levering til borgerne hele året. Endelig er det irrelevant for bedømmelsen af den nedlagte påstand,

hvorvidt det estimerede forbrug er korrekt angivet, eller om dette beløb angives som den maksimale værdi.

Ad gensidigt bebyrdende kontrakt

Der foreligger ikke en gensidigt bebyrdende kontrakt i udbudsretlig forstand. Køge Kommune har med henvisning til servicelovens § 83 indhentet priser på indkøbsordning til brug for fastsættelse af bevillingsstørrelsen til borgerne som led i fritvalgsordningen, som eksplicit nævnes i tilbudsindhentningsbetingelserne. Dette udelukker efter klagenævnets faste praksis, herunder senest klagenævnets kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkjøbing-Skjern Kommune, at der kan være tale om gensidigt bebyrdende kontrakter i udbudsretlig forstand, fordi Køge Kommune kun har en indirekte økonomisk interesse i borgernes aftaler om indkøbsordningen som led i tilskudsfastsættelsen. Kommunens benævnelser, herunder de fastsatte rettigheder og pligter parterne imellem, ændrer ikke herpå.

Ad påstand 2

Intervare har gjort gældende, at Køge Kommune som anført under påstand 1 var forpligtet til offentligt at udbyde kontrakterne, der var omfattet af udbudslovens afsnit III. Da Køge Kommune ikke har gjort dette, ”skal” kontrakterne med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer således erklæres for uden virkning.

Køge Kommune har ikke godtgjort, at det er tvingende nødvendigt for kommunen at opretholde kontrakterne. Selv i det omfang det måtte være tilfældet, vil det alene kunne være kortvarigt, indtil der er gennemført et udbud. Det er endvidere ikke nødvendigt at opretholde samarbejdet med bestemte leverandører, hvilket understreges af, at Køge Kommune for nylig har udskiftet Intervare med Egebjerg Købmandsgård som den ene af kommunens to leverandører på området.

I forhold til vurderingen efter klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1, er det ikke relevant at se på, hvorledes Køge Kommune på ny måtte konkurrenceudsætte ydelsen. Formålet med en prisindhentning til brug for beregning af tilskud til en fritvalgsordning efter servicelovens § 83 forekommer alene at have til for-

mål at omgå udbudsreglerne, hvilket også vil være i strid med forvaltningsretlige principper om saglighed mv. Køge Kommune har tidligere taget stilling til, at man ikke ønskede en sådan ordning.

Køge Kommune har gjort gældende, at der under henvisning til det anførte under påstand 1 ikke er grundlag for at annullere kommunens tildelingsbeslutning.

Tertiære momenter bør desuden føre til, at kontrakterne opretholdes, såfremt klagenævnet måtte finde, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Der bør i denne sammenhæng lægges vægt på, at det er tvingende nødvendigt for Køge Kommune at opretholde indkøbsordningen til kommunens mest udsatte borgere, og at kommunen i forbindelse med en fornyet konkurrenceudsættelse kan gennemføre denne formfrit som en prisindhentning til brug for beregning af tilskud til en fritvalgsordning efter servicelovens § 83.

Ad påstand 3

Intervare har gjort gældende, at Køge Kommune skal pålægges en økonomisk sanktion for den del af kontrakterne, der ikke rammes af uden virkningssanktionen, herunder hvad der hidtil måtte være leveret i henhold til kontrakterne.

Sanktionen skal fastsættes til 5 % af værdien af kontrakterne, idet manglende udbud af en udbudspligtig kontrakt må anses for at være blandt de alvorligste overtrædelser af udbudsreglerne, og idet der konkret foreligger en klar og åbenlys tilsidesættelse af udbudsreglerne.

Køge Kommune har gjort gældende, at der som følge af det anførte under påstand 1 og 2 ikke er grundlag for at erklære kontrakterne for uden virkning.

Klagenævnet udtaler:

Køge Kommune har gjort gældende, at der ikke foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt i udbudsretlig forstand, idet kommunen i medfør af servicelovens § 83 alene har indhentet priser på en indkøbsordning til brug for fastsættelse af bevillingsstørrelsen til borgerne som led i en fritvalgsordning, og at den gennemførte proces derfor ikke har været underlagt udbudslovens

bestemmelser. Køge Kommune har herved henvist til klagenævnets praksis for så vidt angår servicelovens § 112, stk. 3.

Udbudsreglerne regulerer indgåelse af offentlige kontrakter, der i udbudslovens § 24, nr. 24, er defineret på følgende måde:

”Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.”

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

”Det er således kun gensidigt bebyrdende aftaler, hvor parterne forpligter sig til at gengælde ydelse mod ydelse, der er omfattet af begrebet. Modydelsen fra ordregiveren behøver ikke at være et pengebeløb, men skal kunne opgøres i penge.

Det følger af retspraksis fra EU-Domstolen, at det er et krav, at ordregiveren skal have en direkte økonomisk interesse i den ydelse, som ordregiveren modtager mod ordregiverens vederlag. Bliver ordregiveren ejer af genstanden for kontrakten, vil den økonomiske interesse f.eks. være godtgjort.

Det er imidlertid ikke et krav, at det er ordregiveren selv der modtager leverancen. Indgår en ordregiver eksempelvis aftale med en vognmand om transport af handicappede borgere, vil der være tale om en gensidigt bebyrdende og dermed offentlig kontakt. Det er borgeren, der er den umiddelbart begunstigede, men ydelsen er leveret på kommunens vegne, fordi kommunen er forpligtet til at sikre borgerne bestemte ydelser. Her vil ordregiveren også have den fornødne økonomiske interesse.”

Som anført i bl.a. klagenævnets kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, følger det i overensstemmelse hermed af klagenævnets praksis, at det er en betingelse, for at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsretlig forstand, at den ordregivende myndighed mod at betale et vederlag får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i.

Det følger af servicelovens § 83, stk. 1, nr. 3, at kommunalbestyrelsen skal tilbyde madservice. Efter servicelovens § 91, stk. 1, skal kommunalbestyrelsen skabe grundlag for, at modtagere af hjælp efter § 83 kan vælge mellem

to eller flere leverandører af denne hjælp, hvoraf den ene leverandør kan være kommunal. Kommunalbestyrelsen kan i medfør af servicelovens § 91, stk. 2, opfylde forpligtelsen i medfør af stk. 1 ved (1) at indgå kontrakt med to eller flere leverandører, eller (2) tilbyde modtagerne et fritvalgsbevis, som giver borgere adgang til selv at indgå aftale med en virksomhed om hjælpens udførelse.

I forarbejderne til servicelovens § 91, stk. 2, står der bl.a.:

”Vælger kommunalbestyrelsen at tilbyde modtagerne et fritvalgsbevis samtidig med, at hjælpen udbydes, bliver den leverandør, der vinder udbuddet prissættende for fritvalgsbeviset. Kommunalbestyrelsen har i den forbindelse en udbudsretlig pligt til at sikre, at udbudsmaterialet indeholder oplysning om, at der i kraft af fritvalgsbeviset vil være andre leverandører om opgaven, som bliver afregnet til samme pris. Der bliver hermed offentlighed om den prissættende leverandørs pris.

Med den foreslåede § 91, stk. 2, nr. 1, i serviceloven, skal kommunalbestyrelsen overholde udbudsreglerne, hvis den vælger at skabe grundlag for borgernes frie valg ved at indgå offentlige kontrakter. ...

Kommunalbestyrelsen kan eksempelvis tilrettelægge borgernes frie valg af leverandør, jf. den foreslåede § 91, stk. 2, nr. 1, ved en udbuds- eller en godkendelsesordning, hvis nærmere udformning kan tilrettelægges efter kommunalbestyrelsens mål og rammer for det frie valg såvel som efter de lokale markedsforhold.

...

Kommunalbestyrelsen kan også vælge at forbeholde sig ret til selv at fastlægge, hvilke leverandører der skal indgå i den leverandørkreds, som stilles til rådighed for borgernes frie valg. Kommunen starter ligesom i den åbne godkendelsesordning med at tilkendegive sit ønske om at etablere frit valg for borgerne samt at udmelde de aktuelle krav til og betaling for ydelserne og invitere interesserede leverandører til at byde sig til indenfor en given frist. Dette suppleres med en klar markering af, at leverandørkredsen vil blive begrænset i antal, hvorfor kommunen samtidigt bekendtgør sine udvælgelseskriterier og det forventede tidspunkt for sin stillingtagen til de indkomne tilbud.

En åben godkendelse giver alle kvalificerede leverandører adgang til markedet. Ved en begrænset godkendelse udvælger kommunen de leverandører, som kommunen finder bedst egnede. Kommunen godkender den leverandørkreds, som samlet set skønnes at kunne dække den forventede efterspørgsel og samtidigt sikre den ønskede mangfoldighed og professionalisme i betjeningen af borgerne.”

Da Køge Kommune på baggrund af udbuddet indgik kontrakt direkte med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer, lægger klagenævnet til grund, at kommunen har valgt at opfylde sin forpligtelse i medfør af servicelovens § 91, stk. 1, ved at indgå kontrakt med to leverandører, jf. servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1. Køge Kommune har ikke valgt at gøre brug af en godkendelsesmodel, hvilket støttes af bemærkningen på kommunens sagsomslag, hvor det er anført: ”Godkendelsesmodel? Nej. Visitationen foretrækker aftale med 2 Leverandører.”

Ifølge betingelser for tilbudsindhentning skal Køge Kommune betale for leveringsprisen, mens den enkelte borger betaler for bestilte varer. Ydelsen leveres på Køge Kommunes vegne, fordi kommunen er forpligtet til at levere madservice. Selv om det er borgeren, der er den umiddelbart begunstigede, har Køge Kommune dermed den fornødne økonomiske interesse i ydelsen.

Der er således ikke etableret en fritvalgsordning svarende til den, der er omfattet af servicelovens § 112, stk. 3, hvorefter en ansøger har ret til frit valg af leverandør af hjælpemidler. Da den gennemførte udbudsproces dermed ikke har været iværksat med henblik på at indhente priser til brug for fastsættelse af bevillingsstørrelsen til borgerne, er den omfattet af udbudslovens bestemmelser.

Ad påstand 1

Sagen angår, om Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 7 ved uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse og på grundlag af en direkte tildeling at indgå kontrakt med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer vedrørende indkøbsordning til visiterede borgere i eget hjem, selvom værdien af kontrakten angiveligt overstiger tærskelværdien for udbud i § 7.

Det følger af udbudslovens § 29, at værdien af en kontrakt er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Afsendes der ikke en udbudsbekendtgørelse, beregnes værdien på tidspunktet, hvor ordregiveren indleder udbudsproceduren. Parterne er enige om, at det afgørende tidspunkt for beregningen af kontraktværdien og således vurderingen af udbudspligten er tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen, hvilket

var den 14. februar 2022. Tærskelværdien for udbud omfattet af udbudslovens afsnit III var for regionale og kommunale myndigheder den 14. februar 2022 på 5.588.175 kr.

Ifølge udbudslovens § 30 skal en ordregiver anslå værdien af en kontrakt på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt. Ordregiveren skal medregne enhver form for optioner, herunder eventuelle forlængelser af kontrakten, præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, som fastsættes i udbudsmaterialet. Værdien opgøres eksklusiv moms.

I bestemmelsens forarbejder står der bl.a.:

”For at foretage en saglig forhåndsvurdering kan ordregiveren f.eks. fremskaffe oplysninger om markedets generelle prisniveau for indkøbet ved at anvende rådgivere med branchekendskab, indhente prisoplysninger hos økonomiske aktører m.v., jf. § 39. Eventuelle historiske oplysninger kan også indgå i oplysningsgrundlaget, men vil sjældent kunne stå alene. ...

Hvis ordregiveren på et fyldestgørende oplysningsgrundlag har foretaget et velafvejnet skøn over indkøbets værdi, og fører dette skøn til, at den relevante tærskelværdi ikke er oversteget, kan ordregiveren lovligt undlade et udbud efter afsnit II om offentlige indkøb over tærskelværdien.”

En ordregiver skal efter udbudslovens § 30 ved vurderingen af, om kontraktens værdi må antages mindst at svare til den udbudsretlige tærskelværdi, således foretage et sagligt skøn og herved foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af det saglige skøn, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S.

Som også anført i klagenævnets kendelse af 27. juli 2009 følger det af karakteren af ordregiverens skøn og hensynet til udbudsreglernes effektivitet, at ordregiveren ved skønnet over kontraktens værdi skal foretage en forsigtig vurdering. Det medfører, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens værdi er mindst den samme som en tærskelværdi, som udgangspunkt skal medføre, at kontrakten udbydes.

Det følger af klagenævnets kendelse af 15. december 2015, Wind People mod Energistyrelsen, at der kan være grundlag for at tilsidesætte ordregiverens

vurdering, selvom ordregiveren måtte have foretaget en forsigtig vurdering, såfremt det ellers forsigtige skøn ”viser sig at være baseret på en grundlæggende forkert præmis”.

Kontraktperioden var ifølge udbudsmaterialet 4 år uden mulighed for forlængelse. Spørgsmålet om, hvorvidt kontraktens værdi overskred tærskelværdien, skal derfor beregnes ud fra en 4-årig kontraktperiode, jf. udbudslovens § 30, stk. 1, 2. pkt. Det kan ikke føre til et andet resultat, at Køge Kommune i sit sagsomslag beregnede kontraktens værdi for en 4-årig periode med en option på yderligere 12 måneder, da optionen ikke indgik i udbudsmaterialet.

Grundlæggende forkert præmis

Som anført i betingelserne for tilbudsindhentning pkt. 3.4 ”Omfang” var den dér angivne estimerede maksimale kontraktværdi på 790.400 kr. pr. år, svarende til 3.161.000 kr. ekskl. moms over kontraktperioden på 4 år, hvilket var baseret på en antagelse om tilbudspriser på henholdsvis 70 kr. ekskl. moms (almindelig levering) og 80 kr. ekskl. moms (akut levering) med én ugentlig levering til hver enkelt borger, hvis antal var opgjort til 217, hvoraf den ene modtog akut levering. Det fremgår tilsvarende af tilbudslisten, at ”Pris pr. år i alt” skulle anføres på baggrund af en beregning ud fra 52 ugentlige leveringer om året. Ifølge ydelsesbeskrivelsen blev ydelsen som udgangspunkt bevilget til én gang ugentligt. Køge Kommune var derfor i overensstemmelse med udbudsmaterialet også forpligtet til at anslå kontraktens værdi ud fra en forudsætning om én ugentlig levering.

Det kan som oplyst af Køge Kommune lægges til grund, at den anslåede værdi af kontrakten alene blev vurderet på baggrund af det historiske forbrug for de seneste 12 måneder, hvilket også fremgår af kommunens sagsomslag. Køge Kommune har således f.eks. ikke undersøgt markedets generelle prisniveau for indkøbet ved at anvende rådgivere med branchekendskab eller indhentet prisoplysninger hos økonomiske aktører, hvilket havde været nærliggende i forbindelse med kommunens markedsdialog.

Det fremgår således af Køge Kommunes sagsomslag, der blev oprettet den 25. oktober 2021, i versionen fra den 23. november 2021, at kommunen vurderede, at kontraktværdien udgjorde 5.525.000 kr., der blev beregnet således: ”4-årig periode evt. med option på yderligere 12 mdr., da seneste 12 mdrs.

forbrug x 5 (5.525.000) er mindre end tærskelværdien”. I versionen af sagsomslaget fra den 15. februar 2022 er der en identisk formulering. Af sagsomslaget fremgår, at Intervare i perioden fra november 2020 til oktober 2021 havde haft et forbrug på 230.000 kr., mens De Glade Vikarer i samme periode havde haft et forbrug på 875.000 kr. Køge Kommune har oplyst, at De Glade Vikarer på den tidligere kontrakt har haft en lavere leveringsfrekvens pr. borger end 52 pr. år. Køge Kommune har endvidere oplyst, at kommunens ca. 217 visiterede borgere i perioden november 2020 til oktober 2021 modtog dagligvarer 9.313 gange, hvilket i gennemsnit er 43 leveringer pr. borger pr. år. Køge Kommune har således ved at opgøre kontraktværdien på baggrund af de seneste 12 måneders forbrug anvendt en anden leveringsfrekvens end den, der er fastsat i udbudsmaterialet, hvor prisen skulle beregnes på baggrund af 52 ugentlige leveringer pr. år. På den baggrund har Køge Kommunes skøn over kontraktens anslåede værdi baseret sig på en grundlæggende forkert præmis.

Nødvendige og tilstrækkelige undersøgelser

De Glade Vikarer tilbød en pris på 1.805.440 kr. årligt, hvilket svarer til 7.221.760 kr. over en 4-årig periode, og Egebjerg Købmandsgård tilbød en pris på 1.626.976 kr. årligt, hvilket svarer til en pris på 6.507.904 kr. over en 4-årig periode. På baggrund af tilbudspriserne kan det herefter lægges til grund, at kontraktens faktiske værdi overstiger tærskelværdien i udbudslovens § 7. De tilbudte priser og den heraf følgende faktiske kontraktværdi var dermed mere end dobbelt så høje som de priser og den skønnede kontraktværdi, Køge Kommune havde angivet i betingelser for tilbudsindhentning. Dette medførte dog ikke i sig selv, at Køge Kommune var forpligtet til at afbryde tilbudsindhentningen for at iværksætte EU-udbud forudsat, at Køge Kommune havde foretaget et sagligt skøn af kontraktens værdi på et fyldestgørende grundlag, og at dette er tilstrækkelig dokumenteret.

Historiske prisoplysninger kan som anført i forarbejderne til udbudslovens § 30 sjældent stå alene. Priser påvirkes af bl.a. inflation, og anvendelsen af historiske prisoplysninger fritager således ikke ordregiveren for en forpligtelse til om nødvendigt at inddrage øvrige relevante forhold i sin værdiansættelse af kontrakten. Det beror på en konkret vurdering, om historiske prisoplysninger kan stå alene. I denne vurdering indgår bl.a., hvor langt tilbage i tid prisoplysningerne hidrører, grundlaget og forudsætningerne for de anvendte prisoplysninger, om og i bekræftende fald i hvilket omfang priserne er blevet

indeksreguleret i henhold til kontrakten, omfanget af prisudviklingen for de konkrete tjenesteydelser/varer i perioden, karakteren af varerne/tjenesteydelserne, den generelle prisudvikling i samfundet, markedsmæssige forhold og øvrige forhold, som er egnede til at påvirke priserne. Forhold, som ikke er direkte knyttet til kontraktens genstand, men som naturligt knytter sig accessorisk til denne, må efter omstændighederne også indgå som et relevant forhold ved værdiansættelsen. Disse forhold kan f.eks. knytte sig til variable omkostninger forbundet med at levere ydelsen, som det f.eks. er tilfældet med brændstof. Historiske prisoplysninger kan således være relevante at inddrage og vil som regel indgå som ét element blandt flere i en samlet beregning af kontraktens værdi og vurderingen af udbudspligt.

Leveringspriserne angivet i betingelserne for tilbudsindhentning pkt. 3.4 tog udgangspunkt i priser, som Køge Kommune indgik kontrakt med Intervare om i 2015 i forbindelse med det tidligere udbud. Ifølge Køge Kommune var nettoprisindekset aftalt som prisreguleringsgrundlag for den tidligere aftale med Intervare. Køge Kommune har oplyst, at Intervare enten ikke har foretaget prisreguleringer eller har foretaget reguleringer af marginal betydning i den tidligere aftales 7-årige løbetid, og at reguleringen udgjorde 0,75 % eksklusive moms om året. Ifølge oplysninger fra Danmarks Statistik steg nettoprisindekset fra januar 2015 til februar 2022 med 11 %. De Glade Vikarer, der også var leverandør på den tidligere aftale med Køge Kommune, havde i perioden for Køge Kommunes opgørelse af det historiske forbrug en gennemsnitlig pris pr. levering på ca. 126 kr. Intervare, som var den billigste leverandør på den hidtidige aftale med Køge Kommune, blev ikke inviteret til at afgive tilbud.

Dieselpriserne i juli 2015, hvor den seneste kontrakt blev indgået, var på 9,96 kr. pr. liter. Pr. 14. februar 2022, hvor tilbudsindhentningen blev udsendt, var prisen pr. liter 13,29 kr. Der har således været en stigning på ca. 33 % i denne variable omkostning forbundet med at levere ydelsen. I slutningen af 2021 og begyndelsen af 2022 skete der ifølge Danmarks Statistik en betydelig udvikling i forhold til inflationen og den generelle prisudvikling.

Under disse omstændigheder er det klagenævnets vurdering, at de historiske prisoplysninger ikke har kunnet stå alene, således at de i sig selv kunne udgøre et fyldestgørende oplysningsgrundlag for et velafvejede, forsigtigt skøn

over indkøbets værdi, og Køge Kommune har derfor ikke foretaget de undersøgelser, der var nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af det saglige skøn.

Køge Kommune har på den baggrund ikke løftet bevisbyrden for, at der var grundlag for at undlade at foretage udbud.

På den baggrund tages påstand 1 til følge.

Påstand 2 og 3

Køge Kommune har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med klagenævnslovens § 4 om de direkte tildelte kontrakter, og kontrakterne med Egebjerg Købmandsgård og De Glade Vikarer af 10. marts 2022 skal derfor erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Der findes ikke at foreligge sådanne væsentlige hensyn til almenhedens interesser, som undtagelsesvist gør det nødvendigt, at kontrakterne opretholdes, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3.

Som følge heraf erklærer klagenævnet kontrakterne for uden virkning fra den 1. august 2023.

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakterne skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontrakternes art og tidsmæssige udstrækning. Klagenævnet har endvidere lagt vægt på hensynet til Køge Kommunes forpligtelse efter servicelovens § 91.

Der skal herefter fastsættes en alternativ sanktion vedrørende den periode, kontrakterne har været i kraft, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 2.

På den anførte baggrund og henset til overtrædelsens karakter fastsættes den økonomiske sanktion til 135.000 kr., jf. forarbejderne til klagenævnslovens § 19, stk. 1-3. Klagenævnet har lagt vægt på kontrakternes anslåede værdi, og at kontrakterne erklæres for uden virkning fra den 1. august 2023.

Påstand 2 og 3 tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Den økonomiske sanktion skal indbetales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. klagenævnslovens § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 7 ved at indgå kontrakt med Egebjerg Købmandsgård A/S og De Glade Vikarer ApS vedrørende indkøbsordning til visiterede borgere i eget hjem uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Klagenævnet erklærer kontrakten med Egebjerg Købmandsgård A/S af 10. marts 2022 og kontrakten med De Glade Vikarer ApS af 10. marts 2022 for uden virkning fra den 1. august 2023.

Køge Kommune skal indbetale en økonomisk sanktion på 135.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelse af denne kendelse.

Køge Kommune skal i sagsomkostninger til Intervare A/S betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine K. Gade
overassistent