



Klagenævnet for Udbud slår fast, at ordregiver har et vidt skøn ved fastsættelse af rammeaftalers maksimale værdi



Mikala Berg Dueholm
Partner



Trine Louise Larsen
Advokat

I en ny kendelse har Klagenævnet for Udbud fastslået, at de af Region Midtjylland fastsatte maksimale mængder på to rammeaftaler var saglige, selvom de væsentligt oversteg de estimerede forventede mængder på rammeaftalerne.

Baggrund og klagenævnets afgørelse

Region Midtjylland udbød i november 2021 to rammeaftaler om ortopædisk kirurgi efter udbudslovens afsnit III om light-ydelser. Baggrunden for udbuddet var, at regionen ønskede at indgå aftale med et eller flere privathospitaler for dermed at sikre patienter en kort ventetid samt overholdelse af behandlings- og udredningsfristen.

På delaftale 1 havde regionen estimeret den forventede mængde til 3600 udredninger/behandlinger i kontraktperioden med en maksimal mængde på 6000 udredninger/behandlinger.

På delaftale 2 havde regionen estimeret den forventede mængde til 2400 udredninger/behandlinger i kontraktperioden med en maksimal mængde på 4000 udredninger/behandlinger.

Regionen tildelte begge rammeaftaler til Aleris-Hamlet A/S, hvorefter Capio A/S indleverede klage til Klagenævnet for Udbud.

Capio nedlagde bl.a. påstand om:

1. At regionen i strid med § 160 ikke havde beskrevet sin evalueringsmodel i tilstrækkelig grad.
2. At de fastsatte maksimale mængder på rammeaftalerne var usagligt højt i forhold til den reelle forventede mængde.

For så vidt angår nr. 1, gjorde Capio bl.a. gældende, at regionen ikke havde oplyst en vægtning mellem de kvalitative delkriterier eller en pointskala til vurdering af disse samt, at regionen ikke havde oplyst, om der ville ske en relativ eller absolut vurdering af tilbuddene, og hvordan regionen ville sammenholde evalueringen af kvalitet med evalueringen af pris.

Hertil udtalte klagenævnet, at idet udbuddet var gennemført efter udbudslovens § 160, var regionen alene forpligtet til at fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling og træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastlagte procedure, jf. udbudslovens § 186 og 188. Udbudslovens § 160, hvorefter den fastlagte procedure skal beskrives i udbudsmaterialet, finder ikke anvendelse ved light-udbud.

Regionen havde i udbudsmaterialet angivet tildelingskriterium med vægtede underkriterier og yderligere delkriterier, og der var ifølge klagenævnet ikke grundlag for at antage, at regionen ikke havde overholdt disse i forbindelse med evalueringen. Uanset at tilbudsgiverne ikke på forhånd var blevet oplyst om pointskalaen og den relative prisenvaluering kunne det ifølge klagenævnet ikke føre til, at regionen havde handlet i strid med udbudslovens § 186 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnet lagde ved sin vurdering vægt på, at evalueringen var sket efter en sædvanlig metode.

For så vidt angår nr. 2, gjorde Capio gældende, at det ikke var sagligt som regionen at fastsætte en maksimal mængde, der for hver delaftale indebar en stigning på næsten 70 % i forhold til den reelle estimerede mængde. Capio henviste til EU-Domstolens dom i Simonsen & Weel-sagen (C-23/20) og Autoritá (C-216/17) om fastsættelse af værdi/mængder ved udbud af rammeaftaler.

Som følge heraf mente Capio, at rammeaftalernes maksimale værdi måtte anses for ikke at være fastsat, dvs. reelt fastsat til 0 kr., hvorfor der ikke kunne foretages træk på aftalerne.

Hertil udtalte klagenævnet, at en ordregiver har et betydeligt skøn ved fastsættelsen af en rammeaftales maksimale mængde/værdi, men at skønnet skal være sagligt. Ved vurderingen af, om en ordregiver har

fastsat den maksimale mængde/værdi kunstigt højt, er det inden for ordregiverens skøn at tillægge det forventede behov en sikkerhedsmargin.

Klagenævnet fandt ikke, at der konkret var grundlag for at antage, at de af regionen fastsatte maksimale mængder var usaglige. Klagenævnet henviste til, at regionen forud for iværksættelsen af udbuddet havde udarbejdet et notat, der beskrev baggrunden for de fastsatte mængder. Af notatet fremgik bl.a., at mængderne var fastsat ud fra en erkendelse af, at sundhedsvæsenet er præget af uforudsigelighed, hvilket bekræftes af bl.a. COVID-19 og de nylige strejker. Klagenævnet henviste desuden til, at regionen under klagesagen havde beskrevet udfordringer med fastholdelse af relevant personale, som indebærer øget usikkerhed om regionens egen kapacitet.

DLA Piper bemærker

Maksimal værdi/mængde ved rammeaftaler

Kendelsen er relevant for enhver, der udbyder offentlige rammeaftaler, da den giver en vis rettesnor for, hvorledes det relativt nye krav om fastsættelse af maksimal mængde/værdi kan håndteres i praksis.

Væsentlige er klagenævnets udtalelser om, at ordregiver har et betydeligt skøn og mulighed for at indregne en sikkerhedsmargin ved fastsættelsen af den maksimale værdi/mængde.

Det kan udledes, at den fastsatte maksimale værdi/mængde kan overstige det reelle forventede forbrug væsentligt uden automatisk at være usaglig. Det har i den omhandlede sag utvivlsomt vægtet tungt, at ordregiver allerede inden udbuddets iværksættelse havde udarbejdet et notat om baggrunden for fastsættelsen af den maksimale værdi og naturligvis, at denne fremstod saglig og velfunderet.

Ordregivere anbefales derfor at dokumentere baggrunden for den fastsatte estimerede værdi/mængde og maksimale værdi/mængde forud for udbuddets offentliggørelse, særligt hvor forskellen på de to ikke er uvæsentlig.

Evalueringsmetode ved udbud efter udbudslovens afsnit III

Det følger af klagenævnets praksis, at § 160 ikke finder anvendelse ved udbud efter udbudslovens afsnit III, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune, og klagenævnets kendelse er derfor ikke overraskende. Ifølge udbudslovens § 186 skal ordregiver ved udbud af light-ydelser efter afsnit III fastlægge kriterier for tildeling, der er i overensstemmelse med § 2, men der er ikke krav om, at den fulde evalueringsmetode offentliggøres på forhånd. Det anbefales, at ordregiver forud for udbuddet fastlægger sin evalueringsmetode, således at det senere kan dokumenteres, at evalueringen ikke har været påvirket af de indkomne tilbud.

I jo højere grad den af ordregiver fastlagte evalueringsmetode adskiller sig fra almindeligt anvendte og anerkendte evalueringsmetoder, jo større krav må der antages at være til ordregivers beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet.

Kendelsen kan læses [her](#).

