

## DE FORKERTE VÆRDIER

*Af Anders Nørgaard & Kristine Stage Mikkelsen*

Det er en grundsten i udbudsforarbejdet, at aftalens værdi opgøres korrekt.

Værdien er styrende for udbudspligten og, i givet fald, de spilleregler, som udbudsprocessen skal følge.

Der gælder en række tommelfingerregler: Eksempelvis skal værdien opgøres på iværksættelsestidspunktet, rub og stub skal medtages ekskl. moms, og du skal være forsigtig, hvis du er i tvivl.

Betyder det så, at en prisreguleringsklausul skal regnes med?

Og skal ordregiver straffes for et forkert udført skøn, hvis de priser, der modtages, viser, at aftalens værdi er langt lavere end først antaget, og i øvrigt komfortabelt under tærskelværdien?

Klagenævnet har netop offentliggjort delkendelse af 21. juni 2024 mellem Mediq Danmark A/S og Roskilde Kommune, som tager stilling til de spørgsmål, og som overrasker på væsentlige punkter:

### **Sagen kort fortalt**

Sagen vedrørte Roskilde Kommunes tilbudsindhentning vedrørende indkøb af klinisk ernæring og remedier til sondeernæring. Roskilde Kommune havde opgjort rammeaftalens værdi til 1.600.000 kr. over 4 år, og dermed lige under EUs tærskelværdi for udbud af tjenesteydelser.

Roskilde Kommune gennemførte på det grundlag en tilbudsindhentning i henhold til udbudslovens afsnit V om indkøb under tærskelværdien uden klar grænseoverskridende interesse.

Tre tilbudsgivere afgav tilbud, og samtlige indkomne priser viste sig at ligge dramatisk under kommunens estimat, og dermed også langt under tærskelværdien.

Det afholdt dog ikke Mediq Danmark A/S – som ikke blev tildelt rammeaftalen – fra at klage. Mediq påstod, at rammeaftalen var udbudspligtig efter udbudslovens afsnit II, fordi kommunen i sit skøn ikke havde taget højde for prisreguleringer i rammeaftalens løbetid.

Rammeaftalen foreskrev, at priserne kunne reguleres svarende til KL's årlige pris- og lønfremskrivning.

Kommunen havde opgjort kontraktværdien til ca. 400.000 kr. årligt, og Mediq påstod, at en sådan opgørelse var i strid med udbudsloven, fordi den ikke tog højde for den forventede regulering af priserne.

## MÅNEDENS UDBUDSRETLIGE ARTIKEL August 2024

### Klagenævnets kendelse

Klagenævnet fandt, at prisreguleringsbestemmelser skal inddrages ved opgørelse af en kontrakts værdi. Prisreguleringen ville ifølge Klagenævnet kunne føre til, at rammeaftalens estimerede værdi oversteg tærskelværdien på 1.644.638 kr.

Klagenævnet udtalte desuden:

*"Det kan ikke føre til et andet resultat, at de indkomne tilbud viste sig at ligge under tærskelværdierne, idet det afgørende tidspunkt efter udbudslovens § 30 er tidspunktet for indhentelse af tilbud."*

Klagenævnet konstaterede også, at

*"Det afgørende tidspunkt for vurderingen af udbudspligten er således tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen"*

Og valgte på det grundlag helt at se bort fra den omstændighed, at de indkomne priser viste sig at være langt under tærskelværdien.

### Et paradoksalt perspektiv

Klagenævnet kommer i kendelsen troligt frem til, at ordregivers forudgående skøn som det klare udgangspunkt må lægges til grund for vurderingen af, om tærskelværdien er overskredet.

Efter hidtidig praksis påvirkes Klagenævnets prøvelse af ordregivers skøn af de faktisk indkomne priser. En ordregivers skøn underkastes således en strengere prøvelse, hvis de efterfølgende priser mod forventningen viser sig at overstige ordregivers forudgående skøn.

Burde det modsatte så ikke gøre sig gældende ved lavere priser? Det skulle man intuitivt tro, men det er ikke tilfældet i den aktuelle sag.

Klagenævnet konstaterer nemlig, at værdiopgørelsen på udbudstidspunktet må lægges til grund. Det stiller kommunen i en ejendommelig situation.

For kommunen kan nu iværksætte et genudbud: På genudbudstidspunktet viser prisbilledet fra den annullerede proces, at aftalens værdi er langt under tærskelværdien. Ergo bliver det annullerede udbud på paradoksalt vis det saglige grundlag for værdiopgørelsen og for valget af den lempelige procedure i henhold til udbudslovens afsnit V.

På denne måde ender ordregiver det samme sted, som man begyndte. Det forekommer ikke hensigtsmæssigt.

Det var derfor måske alligevel en tanke værd at anlægge en lempeligere tilgang over for den ordregiver, hvis værdiopgørelsesmetode måske kan kritiseres, men hvor de indkomne tilbud understøtter værdiopgørelsens konklusion.

## MÅNEDENS UDBUDSRETLIGE ARTIKEL August 2024

### Hvordan inddrages prisreguleringsmekanismer?

Kendelsen siger også, at prisreguleringsmekanismer skal indregnes i opgørelsen.

Intuitivt skulle man måske tro, at opdateringen af tærskelværdierne håndterede denne problemstilling.

Mange kontrakter indeholder – ligesom Roskilde Kommunes rammeaftale – prisreguleringsmekanismer, som henviser til et indeks. En sådan prisregulering kan i sagens natur ikke fastsættes på forhånd, da indeksets fremtidige udvikling ikke er kendt. Så hvordan inddrager man sådanne prisreguleringsmekanismer i opgørelse af kontraktværdien forud for udbuddet? Der må efter vores opfattelse være rum for et vidt skøn her, og man kan f.eks. tage udgangspunkt i indeksets historiske udvikling og lave en tilsvarende fremskrivning af den forventede værdi.