



Holst,

Konkurrencepræget dialog - hvor går grænserne

Indlæg til brug for Dansk Forening for Udbudsret

Tina Braad, Partner
Holst, Advokater
11. november 2008



Anvendelsesområde - UBD artikel 29, stk. 1

"I tilfælde af særlig komplekse kontrakter⁽¹⁾ kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder i den udstrækning⁽²⁾, de mener⁽³⁾, at anvendelsen af et offentligt eller begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt⁽⁴⁾, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog"



Anvendelsesområde - UBD artikel 1, stk. 11 c)

- En kontrakt anses for at være særlig kompleks, når den ordregivende myndighed
 - ikke er i stand til **objektivt** at præcisere de **tekniske vilkår**, der kan opfylde dens behov og formål og/eller
 - ikke er i stand til **objektivt** at præcisere de **retlige** og/eller **finansielle forhold** i forbindelse med et projekt



Anvendelsesområde - UBD 31. betragtning

"Ordregivende myndigheder, som udfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde sig i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller vurdere, hvad markedet kan tilbyde af teknisk og/eller finansielle og juridiske løsninger.

.....

I det omfang ... bør der derfor indføres en fleksibel procedure, som både tilgodeser konkurrencen mellem økonomiske aktører og de ordregivende myndigheders behov for at drøfte alle kontraktens aspekter med hver ansøger."

- Eksempler:
 - Vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter
 - Store EDB-net
 - OPP-kontrakter



Anvendelsesområde - kommissionsfortolkende note vedrørende den konkurrenceprægede dialog

- *"...it is necessary to examine on a case by case basis the nature of the market in question, taking account of the capacity of the contracting authority concerned to verify whether use of the competitive dialogue would be justified."*
- *"...the contracting authority has an obligation of diligence - if it is in a position to define the technical resources necessary or establish the legal and financial framework, the use of the competitive dialogue is not possible."*
- *"It should be noted that amendments had been proposed during the legislative procedure aimed at limiting the use of competitive dialogue solely to cases where the prior organisation of a contest or the prior conclusion of a contract for the procurement of services (the completion of a study) would not have permitted the contracting authority to conclude the main contract (relating to the construction of a particularly complex project) through the use of an open or restricted procedure. This obligation has not been adopted by the legislation."*

Anvendelsesområde - Konkurrencestyrelsens vejledning punkt 6.1.3

"Den "umulighed" direktivet henviser til, skal forstås som et absolut begreb. Det er altså ikke tilstrækkeligt, at den konkrete ordregiver har vanskeligt ved at opstille kravene, fordi vedkommende fx ikke er vant til at gennemføre udbud. Der må derimod være tale om, at typen af opgave generelt vanskeligt lader sig beskrive. Der må herudover tages hensyn til, om ordregiver nemt kan skaffe sig hjælp til beskrivelsen hos professionelle."



Anvendelsesområde - KLFU af 8. januar 2008

KLFU af 8. januar 2008 – WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S

Faktum:

- Ørestadsparkering A/S udbød som en konkurrencepræget dialog opførelsen af et automatisk parkeringsanlæg i Ørestaden.
- Som begrundelse for at anvende den konkurrenceprægede dialog anførte Ørestadsparkering A/S,
 - at det var første gang, der skulle udføres automatisk parkeringsanlæg i Danmark (manglende erfaring med opførelse og drift af automatiske p-anlæg),
 - at der ikke i verden fandtes anlæg med en kapacitet som ønsket, som samtidig var offentlig tilgængelig i tæt byområde, og som havde en designmæssig udformning, som modsvarede Ørestadsparkering A/S' krav og ønsker (kravet til kapacitet og trafikafvikling),
 - at myndighedsforholdene var uafklarede (anlæg eller maskine),
 - at det var usikkert, om anlægget kunne holdes inden for den økonomiske ramme, som Ørestadsparkering A/S havde til rådighed ved projektet.



Anvendelsesområde - KLFU af 8. januar 2008

KLFU af 8. januar 2008 – WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S

KLFU:

- *"Uanset præambelens ordlyd er der imidlertid ikke grundlag for at antage, at muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er begrænset til tilfælde af »absolut umulighed« for anvendelse af de traditionelle udbudsformer som af klageren påstået."*
 - *"Der er herefter efter direktivets ordlyd overladt de ordregivende myndigheder et vist – ganske vist begrænset skøn – ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt."*
 - *"Ved Klagenævnets vurdering af, om indklagede har været berettiget til at anvende den konkurrenceprægede dialog, lægger Klagenævnet til grund, at der ikke tidligere har været opført automatiske parkeringsanlæg i Danmark. Såvel klageren som Westfalia har ganske vist i en årrække – i lighed med andre virksomheder – produceret sådanne anlæg. Indklagede ønskede imidlertid et anlæg inden for bestemte arkitektoniske rammer og med et særligt brugermønster, der stillede komplekse krav til anlægget. End ikke efter to dialogrunder og mange forslag undervejs fra begge tilbudsgiverne har det været muligt for deltagerne i den konkurrenceprægede dialog til fulde at opfylde indklagedes krav."*
 - *Efter en samlet vurdering finder Klagenævnet herefter, at den omhandlede kontrakt må anses for at være »særlig kompleks« i den betydning, dette udtryk anvendes i direktivet."*
- Den konkurrenceprægede dialog var lovlig

Anvendelsesområde - KLFU af 14. april 2008

KLFU af 14. april 2008 – Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen

Faktum:

- Økonomistyrelsen udbød som en konkurrencepræget dialog en offentlig kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet til brug for nød- og beredskabsmyndigheder inden for stat, regioner og kommuner mv.
- Som begrundelse for at anvende den konkurrenceprægede dialog anførte Økonomistyrelsen, at kontrakten ville være så kompleks både teknisk, juridisk og økonomisk, at der ville være behov for en drøftelse af løsningsmuligheder med de enkelte tilbudsgivere. Økonomistyrelsen henviste i den forbindelse til, at styrelsen ikke var vidende,
 - om hvilke teknologier og radiofrekvenser markedet vil tilbyde,
 - om nettet vil blive brugt af andre,
 - om der ville blive tilbudt adgang til nettet, der allerede var helt eller delvis etableret
 - om, på hvilket tidspunkt nettet ville kunne være klar til idriftsættelse.
- Økonomistyrelsen henviste endvidere til
 - at nettet skal anvendes af mange forskellige brugere,
 - at krav til dækning er vanskeligt at beskrive og teste,
 - at der er tale om en økonomisk stor investering, hvorfor finansieringen og i den forbindelse mindstekravene bør drøftes med de potentielle tilbudsgivere,
 - at nettes betydning for den nationale sikkerhed stiller særlige krav til fremtidssikring af nettet samt til hemmeligholdelse og fortrolighed.

Anvendelsesområde - KLFU af 14. april 2008

KLFU af 14. april 2008 – Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen

KLFU:

- Alle: "Den udbudte tjenesteydelse – » etablering af og tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet« – er som udgangspunkt ikke en tjenesteydelse, hvor det ikke på forhånd vil være muligt objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde ordregiverens behov og formål, og/eller hvor ordregiveren ikke vil være i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med projektet. Den udbudte tjenesteydelse vil derfor som udgangspunkt ikke kunne udbydes ved anvendelse af udbudsformen »konkurrencepræget dialog«, men skal udbydes ved anvendelse af en af de øvrige udbudsformer."
- Flertal: "Indklagede har i denne sag ikke sandsynliggjort, at der var grundlag for at anvende »konkurrencepræget dialog«, idet indklagede kendte sine tekniske behov og krav for udbudet, og indklagede har endvidere ikke gjort gældende, at de retlige og/eller finansielle forhold gav anledning til problemer."
- Konkurrencepræget dialog ikke berettiget
- Mindretal: "Ved afgørelsen må det tillægges betydning, at det forud for gennemførelsen af de aktuelle udbud om det landsdækkende radiobaserede telekommunikationsnet stod klart for Økonomistyrelsen, at der på grund af Den Danske Stats forudgående tildeling af frekvenser i frekvensbåndet 380-400 MHz under udbudet ville opstå helt specielle problemer ikke alene af teknisk karakter, men også af udbudsretlige karakter – først og fremmest problemer med at gennemføre udbudet på en sådan måde, at det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip også under de aktuelle særegne omstændigheder blev overholdt, jf. Udbudsdirektivets artikel 2. Det har således ligget klart, at tilbudsgiverne ikke på grund af tilbudsgivernes egne forhold, men på grund af den forudgående tildeling af radiofrekvenser under udbudet ville have meget forskellige vilkår at afgive deres tilbud på. På denne baggrund er det dette medlems vurdering, at indklagede ikke har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at vælge at anvende udbudsformen »konkurrencepræget dialog«, som den udbudsform, som under de særegne omstændigheder gav indklagede den bedste mulighed for under udbudet at give tilbudsgiverne en lige behandling."

Tildelingskriterier - UBD artikel 29, stk. 7

"De ordregivende myndigheder vurderer tilbudene som afgivet på grundlag af de i udbudsbekendtgørelsen eller det beskrivende dokument fastsatte tildelingskriterier og vælger det økonomisk mest fordelagtige tilbud i overensstemmelse med artikel 53."



Anvendelsesområde - kommissionsfortolkende note vedrørende den konkurrenceprægede dialog

- *"Given that recourse to competitive dialogue presupposes that the contract is "particularly complex", it seems almost tautological that the conditions for not weighting the award criteria should therefore be met when the contract is awarded by this award procedure - contracting authorities may instead limit themselves to mentioning the criteria in decreasing order of importance."*
- *"It should be stressed that the award criteria (and the order or their importance) may not be changed during the award procedure (that is, at the latest after the transmission of the invitations to participate in the dialogue) for obvious reasons of equal treatment; in fact, any changes to the award criteria after this stage in the procedure would be introduced at a time when the contracting authority could have obtained knowledge of the solutions that are proposed by the different participants. The possibilities of "steering" the procedure in favour of one or the other participants would be all too obvious, and even more so in those cases where these same award criteria were used to gradually reduce the number of solutions to be examined."*

Tildelingskriterier - KLFU af 8. januar 2008

KLFU af 8. januar 2008 – WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S

Faktum:

- Udbudsbekendtgørelsen: "technical issues" 60% - "economical issues" 40%.
- Prækvalifikationsmaterialet anførte, at den tekniske kvalitet af anlægget ville blive vurderet på baggrund af bygningsvolumen og antallet af parkeringspladser samt anlæggets tekniske ydeevne, dets driftssikkerhed, den tilbudte service samt anlæggets redundans.
- Dialogmaterialet anførte, at løsningsforslagene i dialogfasen ville blive vurderet på baggrund af de tekniske løsninger, systemets layout, service og vedligeholdelsesprocedure, økonomisk åbenhed samt tilbudsgiverens evne til at etablere det udbudte anlæg.
- Udbudsbetingelserne anførte, at der ved den tekniske kvalitet vil blive lagt vægt på følgende:
 - Tilbudenes opfyldelse af kravene i tilbudsmaterialet, kapitel 6, 7 og 8, i det omfang disse krav ikke er omfattet af andre tildelingskriterier.
 - Antallet af tilbudte parkeringspladser.
 - Det tilbudte anlægs ydeevne i relation til den akkumulerede maksimale ventetid, antallet af biler ud og ind pr. time.
 - Opfyldelse af kravene til service og vedligeholdelse
 - Driftssikkerhed
 - Støjafgivelse

KLFU:

- *"Indklagede har i udbudsbekendtgørelsen fastsat to underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, nemlig »technical issues« og »economical issues«. Efter afslutningen af dialogrunderne har indklagede herefter fastsat en række delkriterier til disse underkriterier, og delkriterierne har da også først kunnet fastlægges endeligt på dette tidspunkt. Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede har vildledt tilbudsgiverne undervejs i processen ved at anføre ganske andre delkriterier. Evalueringen har nøje fulgt de fastsatte kriterier."*