



Udbud med forhandling samt offentliggørelse af evalueringsmodeller

Dansk Forening For Udbudsret
15. januar 2015

Tina Braad, Partner
Bech-Bruun

Anvendelsesområdet for udbud med forhandling (§60)

1. Ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser
 - a) Ordregivers behov **kan** ikke imødekommes **uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger**
 - b) Kontrakten omfatter **design** eller **innovative løsninger**
 - c) Når kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens **art, kompleksitet** eller de **retlige og finansielle forhold** eller **risici** i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling, eller
 - d) Når ordregiveren **ikke kan fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkeligt præcist** med henvisning til en standardiseret europæisk teknisk vurdering, fælles teknisk specifikation eller teknisk reference.

Lovbemærkninger:

- *Ordregiver er ikke i stand til at fastlægge de krav, der kan opfylde ordregivers ønsker. **Ordregiver forudsættes ikke at have en viden, der ligger ud over, hvad der med rimelighed kan forventes.***
 - *Ordregiver kan ikke nå et tilfredsstillende resultat uden forhandling med tilbudsgiverne.*
-

Anvendelsesområdet for udbud med forhandling (§60)

2. Når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud kun afgives **ikke forskriftsmæssige** eller **uacceptable** tilbud

Uacceptable tilbud er bl.a. tilbud, der overstiger det af ordregiveren fastsatte budget.

Lovbemærkninger:

- *Det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at et budget er fastsat klart, præcist og **før offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse.***

3. Ordregiver er, jf. udbudslovens § 60, stk. 4, ikke forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis udbuddet med forhandling omfatter **alle og udelukkende** de tilbud, der opfylder kriterierne for kvalitativ udvælgelse og afgav tilbud **i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav.**

Lovbemærkninger:

- *Formelle krav kan være manglende underskrift, forkert fremsendt antal eksemplarer, manglende sidetal, stempeling eller lignende.*
 - *Ordregiveren er berettiget til at se bort fra fejlen, hvis ordregiveren ikke allerede i udbudsbetingelserne har udelukket denne mulighed”.*
-

Hvem skal ordregiver forhandle med (§ 65)

- Ordregiver skal forhandle med tilbudsgiverne om de indledende og alle efterfølgende tilbud, medmindre ordregiveren har forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af det indledende tilbud.
-

Hvad kan der forhandles om

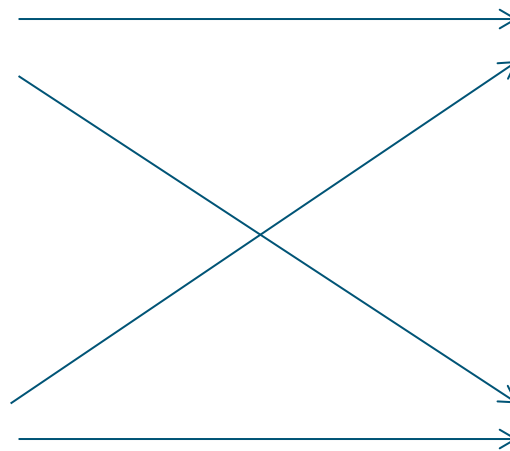
- Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling (§ 65, stk. 1).
 - Der kan **forhandles om alt undtagen** grundlæggende elementer og de endelige tilbud. **Fastsatte mindstekrav og kriterier for tildeling** af grundlæggende elementer i forbindelse med proceduren udbud med forhandling (§ 65, stk. 2).
 - Ordregiver må ikke under forhandlingerne foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale (§ 65, stk. 4).
-

Før udbud med forhandling

Udbudsmateriale

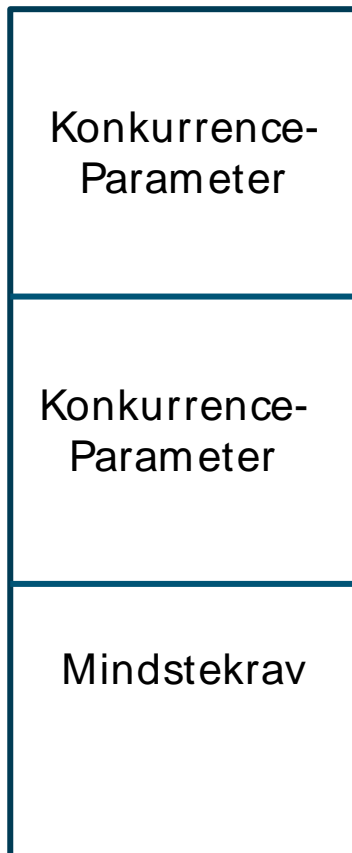


Forhandling

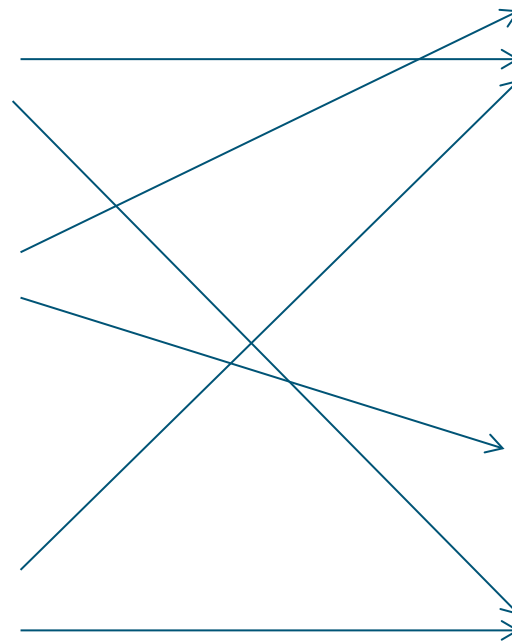
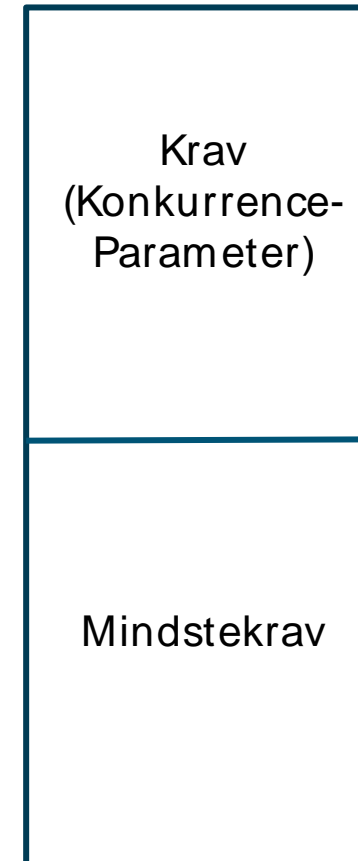


Før udbud med forhandling

Udbudsmateriale



Forhandling



Vil dette være Lovligt?

Offentliggørelse af evalueringsmodel

- § 158, stk. 1: En ordregiver **skal** i udbudsmaterialet ud over angivelsen af tildelingskriteriet og eventuelle under- og delkriterier **beskrive evalueringsmetoden** samt beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsvurderingen.

Offentliggørelse af evalueringsmodel

Lovbemærkninger:

- Den konkrete formulering i lovforslaget beror på en samlet fortolkning af det nye udbudsdirektiv samt *en udtalelse fra Europa-Kommissionen* (side 82).
- Ordregiver skal beskrive metoden på en måde, der gør det *klart* for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, *hvordan ordregiveren vil anvende metoden*, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud. (side 244)
- I forbindelse med økonomiske kriterier skal det oplyses, hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes. (side 244)
- I forbindelse med de kvalitative underkriterier skal det oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, eksempelvis ved brug af en pointskala, og det skal være klart, hvad der tillægges betydning. (side 244)
- Det skal beskrives, *hvordan ordregiveren sammenstiller bedømmelsen* for de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier. (side 244)
- Evalueringsmetoden kan eksempelvis basere sig på en prosamodel, prismodel eller pointmodel. (side 244)
- Det er *ikke et krav*, at evalueringsmetoden kan beskrives ved hjælp af en *matematisk formel*. (side 241)

Ændring af evalueringsmodel

Lovbemærkninger:

- Ordregiver kan anføre, at en beskrevet evalueringsmetode i *visse konkrete situationer kan tilpasses på* en bestemt måde, eller at det i visse konkrete situationer er muligt at *benytte en sekundær evalueringsmetode*. I henhold til gennemsigtighedsprincippet skal eventuelle tilpasningsmuligheder og de sekundære evalueringsmetoder være *fastlagt på forhånd og klart beskrevet* i udbudsmaterialet. Derudover skal det klart fremgå af udbudsmaterialet, *hvilke objektive konstaterbare forhold der skal være til stede*, før ordregiveren kan anvende de oplyste tilpasningsmuligheder eller sekundære evalueringsmetoder.
- Det kan dog *ikke udelukkes*, at *konkrete ændringer* af en evalueringsmetode kan gennemføres, *uden adgangen hertil har været beskrevet i udbudsmaterialet*, hvis det kan godtgøres, at ændringen hverken kan have haft betydning for *kredsen af interesserede økonomiske aktører* eller har *forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne*.

Er dette i overensstemmelse med EU-Domstolens dom af 4. december 2003 i sag C-448/02 EVN?

"...Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsproceduren indebærer, at de ordregivende myndigheder skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for deling i løbet af hele udbuddet ..."
(præmis 92)

Kan en offentliggjort evalueringsmodel tilsidesættes?

- § 158, stk. 2: En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, **kan ikke tilsidesættes** af klager og retsinstanser, hvis den er **gennemsigtig** og overholder **ligebehandlingsprincippet**.

Lovbemærkninger:

- *Når evalueringsmetoden er beskrevet i udbudsmaterialet på en klar og gennemsigtig måde, vil der heller ikke være grund til at sidesætte modellen, fordi den **ikke afspejler spredningen** i de indkomne tilbud, eller fordi hele karakterer eller pointskalaen kommer i anvendelse, da der **ikke er noget udbudsretligt krav** om, at en model skal **afspejle en bestemt spredning**, eller at **hele karakter- eller pointskalaen skal komme i anvendelse**, så længe det har været klart for en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvordan modellen fungerer.*

Kan en offentliggjort evalueringsmodel tilsidesættes?

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. januar 2012 – RenoNorden A/S mod Skive Kommune
 - Evalueringsmodellen for underkriteriet pris var i udbudsmaterialet beskrevet som:
$$10 \times \frac{\text{Laveste tilbudspris}}{\text{Aktuel tilbudspris}} = \text{aktuel point}$$
 - Klagenævnet for Udbud:
 - Kun en begrænset del af pointskalaen blev benyttet.
 - Pointsystemet er opbygget, så det ikke afspejler den forventelige spredning i de tilbudte priser.
 - Modellen er derfor ikke egnet til at sikre den fastsatte vægtning af priskriteriet.
 - Skive Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Kontakt



Tina Braad

Partner, LL.M. - Aarhus

EU og Konkurrenceret

T +45 72 27 33 21

M +45 25 26 33 21

E tbr@bechbruun.com

København

Langelinie Allé 35
2100 København Ø
Danmark

Aarhus

Værkmestergade 2
8000 Aarhus C
Danmark

Shanghai

Suite 1818, 18/F
No. 699 Nanjing West Road
Jing an District, 200041 Shanghai

T +45 72 27 00 00

F +45 72 27 00 27

E info@bechbruun.com

www.bechbruun.com