

Udbud med forhandling – hvordan, med hvem og om hvad (direktiv 2014/24/EU)

Advokat Torkil Høg
11. november 2014



Agenda

1. Introduktion

2. Udbud med forhandling – udvalgte problemstillinger

1. Introduction

Hvornår er udbud med forhandling en god idé?

Fordele

- Opnå bedre tilbud og bedre tilpassede løsninger
- Løsningerne svarer til de løsninger markedet kan tilbyde
- Unødvendige cost-drivere kan fjernes
- Feedback kan motivere tilbudsgiverne
- Udjævning af konkurrencefordel for tidligere leverandør
- Bedre grundlag for det efterfølgende samarbejde

Ulemper

- Langvarig og ressourcekrævende udbudsform
- Transaktionsomkostningerne kan være uforholdsmæssigt store i forhold til kontraktværdien – både for ordregiver og tilbudsgivere
- Hvis ordregiver er uerfaren med udbudsformen er der risiko for overtrædelser af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet

2. Processen for et udbud med forhandling – udvalgte problemstillinger

Udbud med forhandling i den klassiske sektor

Kan vi alle blot lave copy/paste fra udbud efter FVD?

- Kompromiset er adgang til forhandling - men kun under visse processuelle rammer:
”Udbud med forhandling bør ledsages af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, der sikrer overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed”
(præambel 45 til direktiv 2014/24/EU)
- Der er på visse punkter detailregulering i direktiv 2014/24/EU, der ikke findes i hverken nugældende eller nyt FVD
- Derfor: svaret er nej - udbud med forhandling efter direktiv 2014/24/EU er en ny variant af udbud med forhandling, og der er forskelle ift. FVD-udbud

Overvejelser ved tilrettelæggelse af processen for et udbud med forhandling

1. Ønsker ordregiver med sikkerhed at forhandle? Og med hvor mange?
2. Forhandlingsrunder?
3. Short listing/preferred bidder?
4. Hvad kan der forhandles om? Og hvad kan der ikke forhandles om?
5. Hvordan afholdes og dokumenteres forhandlingerne?
6. Hvordan gives feed-back til tilbudsgiverne?
7. Fortrolighed?
8. Forhandling med vindende tilbudsgiver?
9. Osv.

Skal ordregiver forhandle med tilbudsgiverne?

Direktiv 2014/24/EU art. 29(4)

- *”De ordregivende myndigheder kan tildele kontrakter på grundlag af indledende tilbud uden forhandling, såfremt de i udbudsbekendtgørelsen [...] har anført, at de forbeholder sig mulighed herfor.”*
- Ordregiver kan undlade at forhandle, hvis ordregiver i udbudsbekendtgørelsen har forbeholdt sig muligheden for tildeling på grundlag af indledende tilbud
- Hvis der ikke er taget forbehold for tildeling uden forhandling skal der forhandles med alle
- Det er (uanset processen) nødvendigt, at både første og senere tilbud lever op til alle ufravigelige krav, jf. C-561/12, Nordecon

Hvor mange deltagere i udbud med forhandling?

Direktiv 2014/24/EU art. 65, stk. 2

- Mindst 3 deltagere (medmindre der ikke er tre egnede)
- Kan angives som et interval (ex. mindst 3, højst 5)
- Skal være nok til at "sikre reel konkurrence" – men bør ikke være for højt (formentlig sjældent højere end 5)
- Ordregivers valg bør afhænge af en række faktorer, herunder
 - Konkurrencemiljøet (tilbyder markedet ensartede eller meget varierende løsninger)
 - Omkostninger for både tilbudsgivere og ordregiver
 - Om der anvendes faseopdelt forhandling (short listing)

Udbudsbetingelserne – beskrivelse af processen (møder, forhandlingsrunder mv.)

Hvad skal fremgå af udbudsbetingelserne?

- Begrænsede krav i direktivet for så vidt angår beskrivelse af forhandlingsprocessen
 - Krav om beskrivelse af eventuel faseopdeling/shortlisting
 - Præambel 45: Alle faser bør *"dokumenteres på behørig vis"*
- Gennemsigtighedsprincippet vil indebære selvstændige krav
 - KLFU 4-11-03, Bombardier: *"Det påhviler en udbyder i forbindelse med udbud med gennemførelsen af et udbud med forhandling i fornødent omfang i udbudsbetingelserne at fastsætte procedureregler for, hvorledes forhandlingerne skal gennemføres."*
- Hvor klare procedureregler skal der være, og hvor meget må de ændres undervejs?
 - Der skal være en beskrivelse af den forventede proces, men der er mulighed for at ændre undervejs; under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet

Hvad kan der forhandles om?

Direktiv 2014/24/EU – præambelbetragtning 45

”...Forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør minimumskrav...”

- Der kan forhandles om alt (også pris, selvom det ikke fremgår), dog under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det medfører bl.a., at udbudsmaterialet ikke må ændres væsentligt
- Udbudsbekendtgørelsen sætter en grænse for forhandlingerne. Undgå unødige begrænsninger og reduktion af den senere handlefrihed via for stram formulering af bekendtgørelsen

Hvad kan der forhandles om? (2)

Direktiv 2014/24/EU art. 29, stk. 1 – fastlæggelse af minimumskrav

”I udbudsdokumenterne anfører de ordregivende myndigheder udbuddets genstand ved at give en beskrivelse af deres behov og de karakteristika, der kræves af de varer...., der skal indkøbes, og fastlægger kontrakttildelingskriterierne. De...anfører også, hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud. Oplysningerne skal være tilstrækkelig præcise til, at de økonomiske aktører kan identificere udbuddets karakter og omfang og beslutte, hvorvidt de vil ansøge om at deltage...”

- Smh. med art. 53, stk. 1, hvorefter der skal være fuld direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne fra udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse
- Minimumskrav og tildelingskriterier skal være klarlagt og beskrevet allerede på tidspunktet for udbudsbekendtgørelsen

Hvad kan der forhandles om? (3)

Direktiv 2014/24/EU art. 29, stk. 3

”Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling”

Præambelbetragtning 45

”...Navnlig bør de ordregivende myndigheder på forhånd angive de minimumskrav, der karakteriserer udbuddets art, og som ikke bør ændres under forhandlingerne.

Tildelingskriterier og deres vægtning bør forblive stabile under hele proceduren...” [min understregning]

C-561/12, Nordecon

Alle tilbud skal leve op til ufravigelige krav

Hvad kan der forhandles om? (4)

Kan der ændres i minimumskrav og tildelingskriterier?

- Kan ordregiver opkvalificere almindelige krav til minimumskrav under forhandlingsprocessen
- Kan ordregiver ændre indhold i minimumskrav?
- Kan ordregiver ændre minimumskrav til almindelige krav?
- Kan ordregiver ændre (eller uddybe) tildelingskriterierne (underkriterierne) og/eller deres vægtning?

Hvad kan der forhandles om? (5)

Eventuel tredeling af krav

- Kan der anvendes eventuel tredeling af krav?
 - Grundlæggende krav, der skal være opfyldt i alle tilbud
 - Minimumskrav, der (kun) skal være opfyldt i BAFO (inklusive adgang til at opkvalificere krav til og nedgradere krav fra denne kategori)
 - Almindelige krav/konkurrencekrav

Hvordan bør forhandlingerne foregå? (1)

Direktiv 2014/24/EU – præambelbetragtning 45

”...Forhandlingerne bør sigte mod at forbedre tilbuddene, så de ordregivende myndigheder får mulighed for at indkøbe bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, der er fuldstændig tilpasset deres særlige behov....”

- Ikke ”Hjallerup Marked”-forhandlinger
- Målet er at give tilbudsgiverne mulighed for at optimere deres tilbud og ordregiver input til at optimere udbudsgrundlaget

Hvordan bør forhandlingerne foregå? (2)

Forløb af forhandlingsmøder

- Bør ske på baggrund af en agenda fastlagt af ordregiveren (af hensyn til forberedelse og dokumentation)
- Ikke nødvendigvis samme forhandlingstemaer for alle tilbudsgivere
- Ofte en god ide at opdele i flere spor (teknik, jura mv.)
- Ordregiver skal give samme oplysninger til alle (art. 29, stk. 5, 1. led)
- Tilbudsgiveres fortrolige oplysninger må ikke videregives uden samtykke (der skal være specifikt og ikke kan gøres generelt) (art. 29, stk. 5, 2. led)

Hvordan bør forhandlingerne foregå? (3)

Feedback på tilbud

- Ordregiver kan oplyse om, at et tilbud på et eller flere bestemte punkter er svagt, og at de andre tilbud generelt set er bedre eller dårligere
 - Ikke konkret oplyse hvad de andre tilbudsgivere har tilbudt
 - Feedbacken bør ske på baggrund af en evaluering af tilbuddet i forhold til tildelingskriterium med underkriterier
 - Der bør være sammenhæng mellem ordregivers feedback og de forhold, der lægges vægt på ved evalueringen af tilbud
 - Formålet med feedback er, at tilbudsgiver får mulighed for at forbedre sit tilbud
 - Ordregiver bør både tale og lytte under forhandlingerne

Hvordan bør forhandlingerne foregå? (4)

Feedback på tilbud - pris

- Ordregiver kan ikke oplyse om de øvrige tilbudsgiveres priser eller hvor meget prisen skal sænkes for at tilbuddet bliver billigst
 - Eventuelt oplyse gennemsnittet af fx de tre billigste tilbud; eventuelt splittet op på priselementer (anskaffelse, drift, vedligehold osv.)

- Ifølge gammel praksis kan ordregiver ikke spille tilbudsgiverne ud mod hinanden, jf. Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 14. september 2001, Judex mod Aarhus Amt:

”Selvom de nævnte bestemmelser muligvis i et vist omfang giver udbyderen adgang til at foretage prisforhandlinger, må sådanne prisforhandlinger skulle foregå under overholdelse af det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip, og underhåndshenvendelser til en tilbudsgiver med henvisning en eller flere af de andre tilbudsgiveres pris er i strid dels med gennemsigtighedsprincippet, dels med det EU-retlige ligebehandlingsprincip.”

Hvordan bør forhandlingerne foregå? (5)

Direktiv 2014/24/EU – præambelbetragtning 24

”Med henblik på at sikre gennemsigtighed og sporbarhed i processen bør alle faser dokumenteres på behørig vis”

- Der bør foreligge agendaer for møder, og der skal udarbejdes referater
- Anvendelse af videooptagelser?
- Ordregiver vil i tilfælde af en klage bære bevisbyrden for, hvad der er foregået under forhandlingerne. Vil som hovedregel kunne løftes via referater.

Short listing/”preferred bidder”

Short listing

- Det skal angives i udbudsdokumenterne, om (og hvordan) short listing vil finde sted
- Short listing skal ske på grundlag af en evaluering af tilbuddene på baggrund af de tildelingskriterier, som også gælder for den endelige tildeling af kontrakten
- Lempeligere krav til begrundelse end ved den endelige tildeling

Preferred bidder

- På baggrund af en evaluering af forhandlingstilbud nr. x eller BAFO udvælger ordregiver en foretrukken tilbudsgiver, der forhandles videre med. Denne får eventuelt mulighed for at afgive nyt BAFO
- Ordregiver kan afslutte forhandlingerne og overgå til forhandling med den næstbedste tilbudsgiver eller tillade flere at afgive nyt BAFO
- Efter forhandlingerne tildeler ordregiver kontrakten
- Model ofte anvendt i England, men ses også i DK i udbud efter FVD
- Er denne model lovlig i udbud efter direktiv 2014/24/EU?

Short listing/”preferred bidder” (2)

Direktiv 2014/24/EU art. 29, stk. 7

”Hvis de ordregivende myndigheder har til hensigt at afslutte forhandlingerne, skal de informere de resterende tilbudsgivere herom og fastsætte en fælles frist, inden for hvilken tilbudsgiverne kan afgive nye eller ændrede tilbud. De ordregivende myndigheder kontrollerer, at de endelige tilbud opfylder minimumskravene og overholder artikel 56, stk. 1, vurderer de endelige tilbud på grundlag af tildelingskriterierne og tildeler kontrakten i overensstemmelse med artikel 66-69.”

- Der skal være mere end én, der afgiver endeligt tilbud
- Der kan ikke forhandles om endelige tilbud
- Preferred bidder-model er næppe lovlig

Afslutning af forhandlingerne

Direktiv 2014/24/EU art. 29, stk. 7

”Hvis de ordregivende myndigheder har til hensigt at afslutte forhandlingerne, skal de informere de resterende tilbudsgivere herom og fastsætte en fælles frist, inden for hvilken tilbudsgiverne kan afgive nye eller ændrede tilbud. De ordregivende myndigheder kontrollerer, at de endelige tilbud opfylder minimumskravene og overholder artikel 56, stk. 1, vurderer de endelige tilbud på grundlag af tildelingskriterierne og tildeler kontrakten i overensstemmelse med artikel 66-69.”

- Kan der forud for BAFO tages forbehold for at gennemføre yderligere forhandlingsrunder?
 - På den ene side tillades sådan fleksibilitet ved begyndelsen af proceduren, jf. art. 29, stk. 4
 - På den anden side er ordlyden forholdsvis klar derved, at endelige tilbud skal evalueres
- Kan ordregiveren forud for reservere sin adgang til at tillade frafald af forbehold (for ufravigelige krav), der måtte fremgå af BAFO?

Efter afslutning af udbuddet

Møder med tilbudsgiverne efter udbuddet er slut

- Evalueringsmøder med de tilbudsgivere der ikke fik tildelt kontrakten
- Formålet er, at både ordregiver og tilbudsgiver kan forbedre processen til næste gang

Udbetaling af vederlag til deltagerne

- Kan der ydes betaling til deltagerne i udbuddet?
 - I modsætning til art. 30 er der ikke udtrykkelig hjemmel i art. 29
 - Betaling må ikke desto mindre antages at være lovlige



København

Rådhuspladsen 4
DK-1550 København V

Aarhus

Vester Allé 4
DK-8000 Aarhus C

LETT Advokatpartnerselskab, CVR 35 20 93 52, lett@lett.dk