

Udbud med forhandling (og konkurrencepræget dialog)

Rasmus Holm Hansen

Highlights

- › Adgangen til at anvende udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er udvidet betragteligt.
- › Meget positivt, da disse udbudsformer giver mulighed for at få det gode købmandsskab i centrum. Det er klart erfaringen fra udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvarsdirektivet samt udbud af koncessioner efter forskellige regelsæt (hvor udbud med forhandling er en ”fri” udbudsform).

- › NB – ikke forhandle om grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og tildelingskriterier. Glem derfor ikke muligheden for indledende markedsundersøgelser, jf. udbudslovens § 39, selvom du overvejer de fleksible udbudsformer.
- › Tænk hele vejen rundt i planlægningen – også med betydeligt fokus på de ressourcer, der kræves af tilbudsgiverne i processen
- › Mange lighedspunkter mellem udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, men også enkelte forskelle.

Myter og oversete fordele (...gælder også konkurrencepræget dialog)

Myter: Udbud med forhandling...

- › egner sig kun til meget store udbud
- › kræver enorme ressourcer
- › er en meget kompleks procedure

Oversete fordele: Udbud med forhandling...

- › er velegnet til at skabe bedre relationer mellem ordregiver og leverandører
- › Reducerer antallet af ukonditionsmæssige tilbud (markant)
- › kan spare samfundet for udgifter til krav, som ikke tilfører værdi ("sådan har vi altid gjort"...uden at tænke på, at det koster), ditto udgifter til aflyste udbud
- › proceduren kan (skal!) tilpasses det konkrete behov

Anvendelsesområde (1)

Anvendelsesområde for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er ens.

De to udbudsformer kan, jf. udbudslovens § 61 hhv. § 67, anvendes i 4 (5) forskellige situationer, nemlig når:

1. Ordregivers behov ikke kan imødekommes **uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger**
2. Kontrakten omfatter **design eller innovative løsninger**
3. 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
4. Ordregiveren ikke kan fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkeligt præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference
5. (Der i forbindelse med offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud (NB - ikke tale om den i dag))

Anvendelsesområde (2)

- › Udbudslovens § 61 hhv. § 67 indeholder en udtømmende opregning af, hvornår ordregiver har mulighed for at anvende de 2 udbudsformer. De nævnte situationer er alternative, dvs. det er nok, at betingelserne for én af dem er opfyldt. Udbud med forhandling/konkurrencepræget dialog er stadig ikke ”frie” udbudsformer, men anvendelsesområdet er formentlig meget bredt.

- › Præambelbetragtningerne i UD
 - › (42): ”[...] Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til tilfredsstillende resultat [...]”
 - › (43): ”[...] I disse [mere komplekse] tilfælde kan det være nødvendigt med forhandlinger for at sikre, at den pågældende vare eller tjenesteydelse svarer til behovene hos den ordregivende myndighed. I forbindelse med standardtjenesteydelser eller –varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet, bør udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog ikke anvendes.”

Udbudsmateriale (1)

- › Ordregiver skal offentliggøre udbudsmaterialet på datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen (jf. udbudslovens § 63, stk. 3, jf. § 132).
- › Ved udarbejdelse af udbudsmaterialet skal ordregiver sikre en balance mellem på den ene side at skrive tilstrækkeligt til, at de ”rigtige” markedsaktører fatter interesse for udbuddet, og på den anden side at sikre sig den nødvendige fleksibilitet under gennemførelse af udbuddet.
- › Vigtigt at ordregiver tænker hele processen igennem og dermed får skaleret sit udbud, så det passer med de ressourcer og den tid, som ordregiver vil bruge, og som markedet må forventes at ville bruge.
- › Der må ikke foretages ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling, i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale, jf. udbudslovens § 66, stk. 5, hhv. § 70, stk. 5.

Udbudsmateriale (2)



- › Det indebærer, at ordregiver ved udarbejdelse af udbudsmaterialet grundigt må overveje, hvad der er mindstekrav, og hvad der er krav og eventuelt evalueringskrav.
- › Ved tilrettelæggelse af udbud vil man fx kunne tage udgangspunkt i følgende opdeling:
 - › 1) Mindstekrav,
 - › 2) Krav, og
 - › 3) Evalueringskrav (ønsker).

Udbudsmateriale (3)

- › Mindstekrav er de essentielle krav for ordregiver i forbindelse med indkøbet (essensen af udbuddet, udbuddets art). Sat på spidsen vil der være tale om, at hvis et tilbud ikke opfylder de udpegede mindstekrav, er ordregiver ikke interesseret i tilbuddet.
- › Krav. Det er de øvrige krav, som ordregiver stiller i forbindelse med indkøbet, og som ordregiver eventuelt ønsker at forhandle om (/drøfte) og tilpasse i løbet af forhandlingsprocessen (/dialogfasen). Kan ændres under vejs, men skal overholdes i det endelige tilbud.
- › Evalueringskrav (reelt ”ønsker”). Graden af opfyldelsen heraf vil indgå under tilbudsevalueringen.

Udbudsmateriale (4)

- › Under udbud med forhandling kan ordregiver vælge mellem de i udbudslovens § 162 anførte tildelingskriterier (pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet). Udbud med forhandling kan således om ønsket gennemføres som ren priskonkurrence.
- › Under konkurrencepræget dialog har ordregiver ikke dette valg, idet han skal anvende tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.



Udbudsbekendtgørelse (1)

- › Under udbud med forhandling skal udbudsbekendtgørelse indeholde oplysning om, hvorvidt ordregiveren vil forbeholde sig ret til at tildele en kontrakt på grundlag af det indledende tilbud.
- › Fordelen herved er navnlig, at ordregiver har mulighed for at slå til, hvis et eller flere af de indledende tilbud lever op til ordregivers forventninger og ikke indeholder forbehold eller uklarheder.
- › Ulempen kan være, at ordregiver går glip af værdifulde forslag fra tilbudsgiverne til optimering af udbudsmaterialet (cost drivers), da tilbudsgiverne vil søge at udarbejde deres tilbud i overensstemmelse med udbudsmaterialet og måske ikke vil komme med forslag til afhjælpning af uhensigtsmæssigheder.
 - › Kan i et vist omfang imødekommes ved - ud over selve tilbuddet – at bede tilbudsgiverne vedlægge en oversigt over cost drivers, som ikke er en del af tilbuddet (og ikke udgør forbehold), men som kan udgøre ordregivers grundlag for at overveje den videre proces

Udbudsbekendtgørelse (2)

- › Udbudsbekendtgørelsen skal – både for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog – indeholde oplysning om, hvordan forhandlingsforløbet/dialogen forventes at forløbe (drejebog, der sikrer forudsigelighed, men samtidig tilstrækkelig fleksibilitet til at håndtere *the unknown unknowns*), herunder om forhandlingerne/dialogen skal forløbe i flere faser med henblik på at begrænse antallet af tilbud/løsninger, der skal forhandles/drøftes (se senere slide om shortlisting).
- › Udbudsbekendtgørelse skal også indeholde oplysning om, hvorvidt ordregiver vil yde vederlag til deltagerne i forhandlingerne/dialogforløbet.

Prækvalifikation

- › Ordregiver skal udvælge mindst tre ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive indledende tilbud hhv. til at deltage i dialogen, jf. udbudslovens § 64 hhv. § 69.
- › Modtager ordregiver færre end tre ansøgninger, kan ordregiveren opfordre den eller de ansøgere, der opfylder de fastsatte krav til egnethed, til at afgive indledende tilbud hhv. deltage i dialogen.
- › Vil ordregiveren udvælge flere end fem ansøgere, skal ordregiveren begrunde dette.
 - › (DK krav)

Forhandlingerne / dialogen (1)

› Udbud med forhandling:

- Udbudslovens § 66, stk. 2: Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling. Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.
- § 66, stk. 5: Ordregiver må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale.

› Konkurrencepræget dialog:

- Udbudslovens § 70, stk. 2 : Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Forhandlingerne / dialogen (2)

- › Udtrykket ”Ændring af grundlæggende elementer” er defineret i udbudslovens § 24, nr. 37, som
 - › ”En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.”
- › Bemærk desuden, at der i forarbejderne til udbudslovens § 2 om ligebehandlingsprincippet er anført, at der i forbindelse med ændringer af udbudsmaterialet sondres mellem 1) uvæsentlige ændringer, 2) væsentlige ændringer og 3) ændringer af grundlæggende elementer.

Forhandlingerne / dialogen (3)

- › Det er anført i forarbejderne til udbudsloven, at ordregiver under udbud med forhandling ”kan indlede forhandlinger med tilbudsgivere, der har afgivet tilbud med forbehold over for mindstekrav, medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke medføre ændringer i mindstekravet, og tilbudsgiveren skal i det endelige tilbud have frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav.”
- › Forarbejderne har en lignende formulering i forhold til konkurrencepræget dialog, dvs. der gælder det samme for de to udbudsformer.
- › Dvs. ok med forbehold overfor mindstekrav/grundlæggende elementer i forhandlingstilbud/dialogoplæg (NB – tildele på grundlag af første tilbud i udbud med forhandling?)

Forhandlingerne / dialogen (4)

- › Ubetinget forbud mod ændring af mindstekrav?
Hvad med fx sproglige præciseringer, der kan ”rummes” inden for formålet med mindstekravet?
- › Ændringer af tildelingskriterier i
forhandlingsfasen / dialogfasen?



Forhandlingerne / dialogen (5)

- › Inden for disse rammer kan ordregiveren tilrettelægge sine forhandlinger / dialog, som ordregiveren finder det hensigtsmæssigt, herunder vælge forskellige temaer, som ønskes drøftet med tilbudsgiverne (ordregivers prærogativ, hvad der skal drøftes, og hvad der – senere – skal ændres).
- › Adgang til at give tilbudsgiverne feedback på stærke og svage sider i deres forhandlingstilbud/dialogoplæg. Incl. feedback på pris.
- › Ordregiver kan på baggrund af forhandlingerne/dialogen ændre udbudsmaterialet (dog ikke grundlæggende elementer, mindstekrav og tildelingskriterier), også selv om visse tilbudsgivere vil have lettere ved at opfylde ordregiverens behov end andre tilbudsgivere – forudsat at ændringen er saglig begrundet og ikke begrundet i en favorisering af en tilbudsgiver på bekostning af andre (meget lig overvejelserne ifm. udsendelse af rettelsesblade i begrænset udbud).

Forhandlingerne / dialogen (6)

- › Under udbud med forhandling har ordregiver (forudsat angivelse heraf i udbudsbekendtgørelsen) adgang til at faseopdele forhandlingerne (shortlisting/downselection) og som led heri begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, dvs. antallet af tilbudsgivere, der skal forhandles med.
 - › Sker på baggrund af tildelingskriterierne
- › Under konkurrencepræget dialog er der ligeledes adgang til at faseopdele dialogforløbet med henblik på at begrænse antallet af løsninger, hvorved forstås, at antallet af løsninger kan begrænses, men at antallet af deltagere ikke kan begrænses (jf. udtrykkeligt forarbejderne til udbudsloven). Ofte vil en udskillelse af en løsning betyde, at tilbudsgiveren er nødsaget til at trække sig
 - › Sker på baggrund af tildelingskriterierne

Tildeling (1)

- › Ordregiver beder om endelige tilbud.
- › Under udbud med forhandling: Der kan ikke forhandles om endelige tilbud, jf. udbudslovens § 66, stk. 2. Anført i forarbejderne, at der alene må foretages ”almindelige afklaringer og præciseringer”.



Tildeling (2)

- › Under konkurrencepræget dialog kan de endelige tilbud på ordregiverens anmodning ”afklares, præciseres og optimeres”, jf. udbudslovens § 71, stk. 3. Dette må dog ikke føre til, at der ændres ved vigtige elementer i udbuddet eller tilbuddet, eller til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling i øvrigt.
- › Desuden må der på anmodning af ordregiveren føres forhandlinger med den tilbudsgiver, der har afgivet det vindende tilbud (slutforhandlinger). Forhandlingerne skal ske med henblik på at bekræfte de økonomiske forpligtelser eller andre vilkår i tilbuddet (og må ikke medføre, at der foretages ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling). Jf. udbudslovens § 72, stk. 2 og 3.

Forskelle mellem konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling

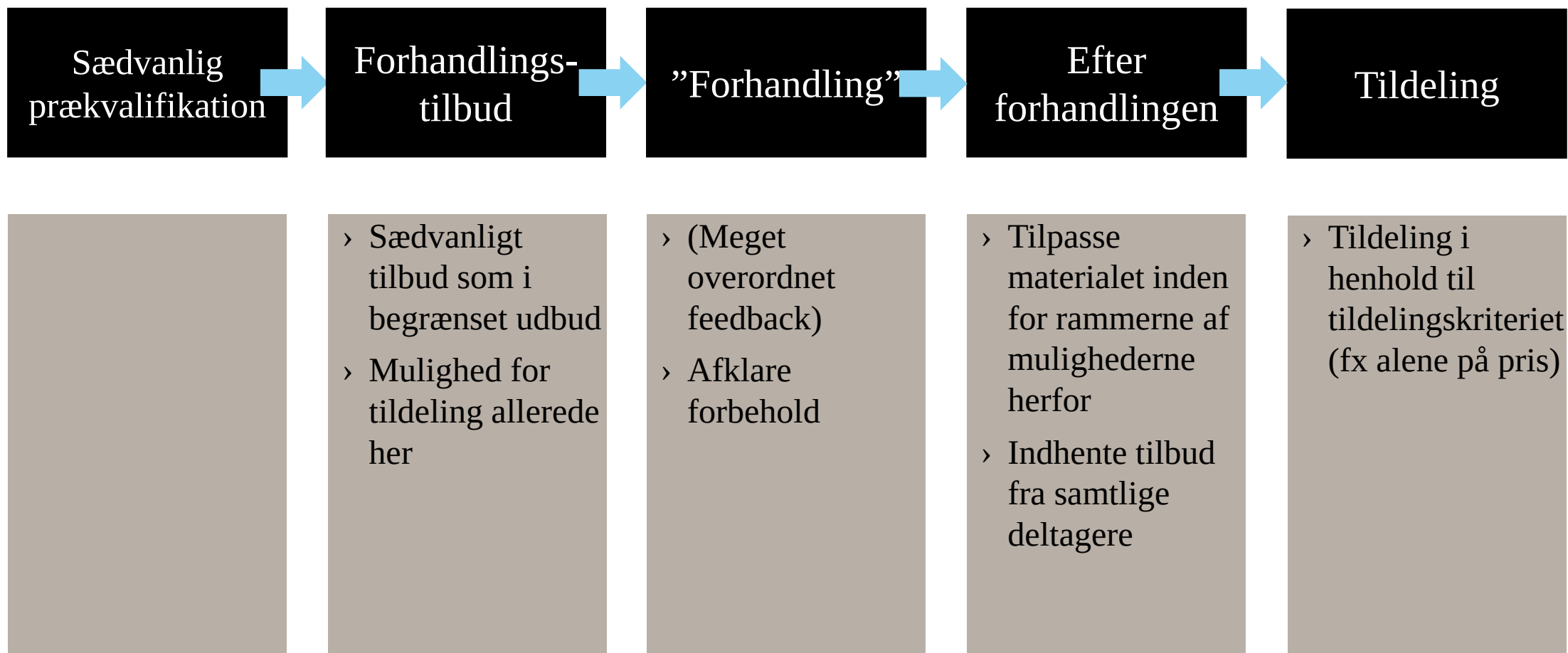
Konkurrencepræget dialog:

- › Ikke adgang til at tildele en kontrakt på grundlag af dialogoplæg – først når dialogen er erklæret afsluttet
- › Adgang til at faseopdele dialogforløbet med henblik på at begrænse antallet af løsninger, mens antallet af deltagere ikke kan begrænses
- › Ordregivers ”behov og krav” skal fastsættes i udbudsmaterialet; nok færre krav til omfanget af mindstekrav; nok videre mulighed for at beskrive ydelsen under vejs i dialogen
- › Ordregiver skal tildele kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet*
- › OK at slutforhandle (bekræfte økonomiske forpligtelser og andre vilkår i tilbuddet)

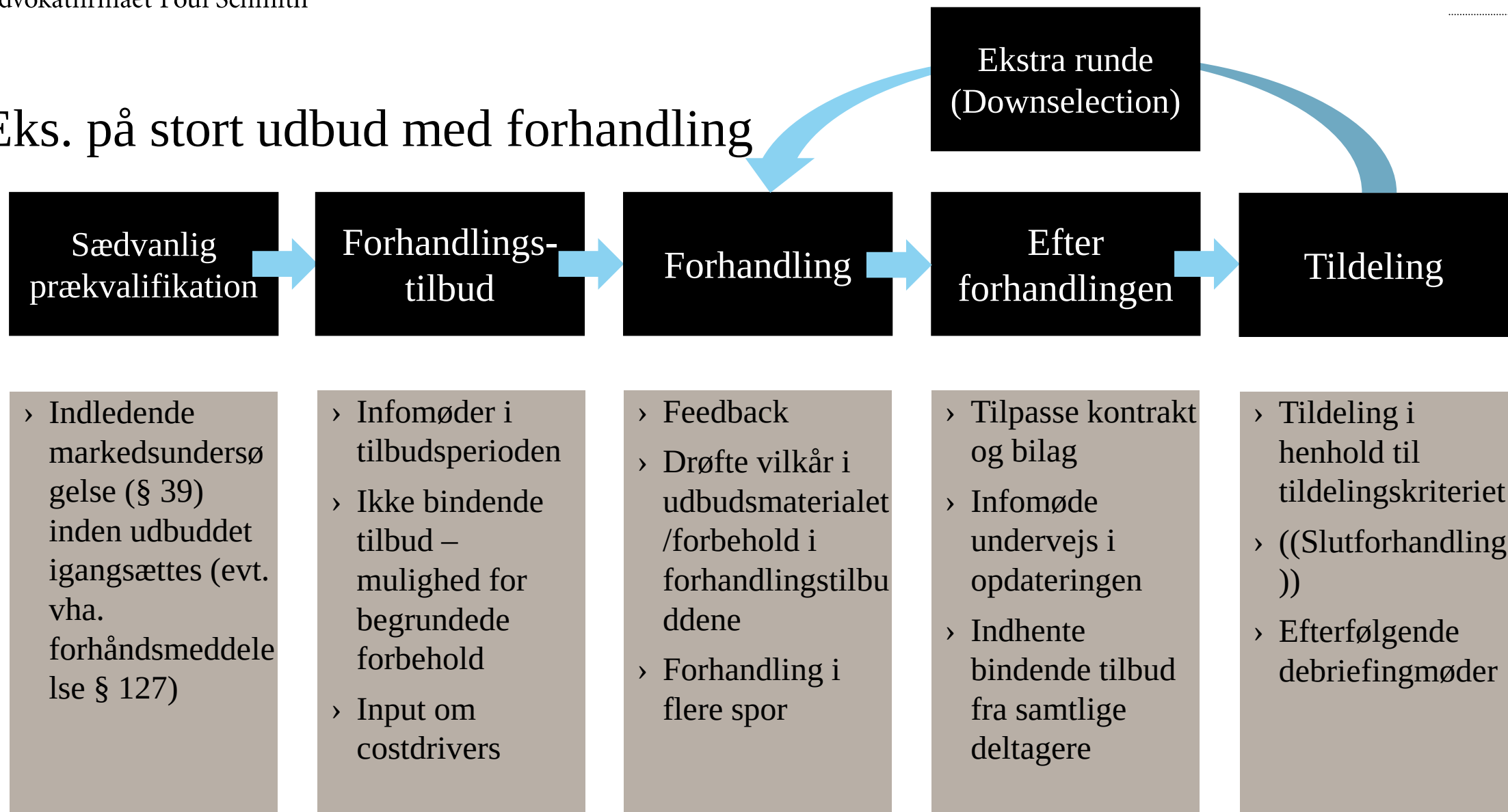
Udbud med forhandling:

- › Adgang til at tildele en kontrakt på grundlag af det indledende tilbud, hvis ordregiver har forbeholdt sig dette
- › Adgang til at faseopdele forhandlingerne og som led heri begrænse antallet af tilbud der skal forhandles (= tilbudsgivere at forhandle med, dog krav om tilstrækkelig konkurrence)
- › Udbuddets ”genstand” skal fastsættes i udbudsmaterialet; nok forventning om mere viden om ydelsen, når udbuddet startes
- › Ordregiver skal tildele kontrakten på grundlag af et af de tildelingskriterier, der er nævnt i § 162 - økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af 1) pris, 2) omkostninger eller 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet. Dvs. ok til priskonkurrence
- › Forbud mod slutforhandling

Eks. på mindre udbud (skalering i udbud med forhandling)



Eks. på stort udbud med forhandling



Afslutning

- › Husk at dokumentere forløbet, jf. udbudslovens §§ 66, stk. 4, og 70, stk. 6 (og 171, stk. 4, nr. 2, og 174, stk. 4)
 - › Udg.pkt. er skriftlige tilbud/dialogoplæg, men disse kan naturligvis uddybes under møderne
 - › Mødereferater fra møderne
 - › E.o. skriftligt materiale, der redegør for baggrunden for ændringer i udbudsmaterialet under vejs
 - › Tilbud/dialogoplæg laves på baggrund af skriftligt materiale fra ordregiver, ligesom evalueringen (incl. evt. shortlisting) sker på baggrund af skriftligt materiale fra tilbudsgiverne (der aftales således ikke noget på møderne)

Tak for i dag

Advokat og partner Rasmus Holm Hansen

Rådgivningsområde

- Kontrakter og udbud
- Entreprise
- Voldgift
- Forsvar og sikkerhed
- Infrastruktur

T +45 72 30 72 72
M +45 25 10 05 58
E rrh@kammeradvokaten.dk





Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith har indgået aftale med CopyDan BilledKunst, som omfatter billederne i denne præsentation.

Denne præsentation og de heri indeholdte billeder er udelukkende til intern brug og må ikke viderespredes.