

Dansk Forening for Udbudsret

Medlemsmøde – ”Udbud med forhandling iht. udbudsloven”

5. december 2018

Eftermiddagens program

16.00 – 16.10: Velkomst og intro til udbud med forhandling ved Martin Stæhr, Advokatfirmaet Stæhr Schütze Ingemann

16.10 – 16.45: Indblik i ”maskinrummet” bag implementeringen af reglerne om udbud med forhandling ved Rasmus Horskjær Nielsen og Jesper Halvorsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

16.45 - 17.00: Spørgsmål og debat

17.00 – 17.15: Pause

17.15 – 17.45: Gennemførelse af udbud med forhandling ved Anne Bergholt Sommer, Bech-Bruun Advokatpartnerselskab

17.45 – 18.00: Spørgsmål, debat og afrunding

Status i forhold til brug af udbud med forhandling

- Med udbudsloven forøgede muligheder for udbud med forhandling
- 2004-udbudsdirektivets: *”i undtagelsestilfælde, når bygge- og anlægsarbejdernes, vareindkøbenes, eller tjenesteydelseernes art eller de hermed forbundne risici ikke muliggør en forudgående samlet prisfastsættelse”* i grove træk blevet til:
 - *a) Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,*
 - *b) kontrakten omfatter design eller innovative løsninger,*
 - *c) kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke tildeles uden forudgående forhandling*



Status i forhold til brug af udbud med forhandling

- I perioden 1.1. 2016 til 31.12 2017 – ca. 10 % af alle udbudsbekendtgørelser efter udbudsloven baseret på udbud med forhandling.
- I perioden 1.1. 2018 – 3.12. 2018 – ca. 15 % af alle udbudsbekendtgørelser efter udbudsloven baseret på udbud med forhandling.
- Over 60 % af alle danske udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet gennemføres som udbud med forhandling!



Status i forhold til brug af udbud med forhandling

- Betragtning 42 i præambelen til udbudsdirektivet:
- *”Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger.*
-
- *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 et tilfredsstillende resultat.”*



Status i forhold til brug af udbud med forhandling

- Til dato ingen afsagte kendelser eller domme omkring betingelserne for at kunne anvende udbud med forhandling efter udbudsloven!!!
- Lille risiko for klager!
- Tendens til at flere ordregivere overvejer muligheden for at bruge udbud med forhandling i forhold til sortimentsudbud med tusindvis af varelinjer og stor risiko for fejl i tilbuddene.
- Men vil udbud af standard-varekøb kunne opfylde betingelserne i § 61, stk. 1, hvis de udbydes i et bredt sortiment med risiko for fejl?
- Forhåbentlig "ja"!



Spørgsmål og debat

Udbud med forhandling

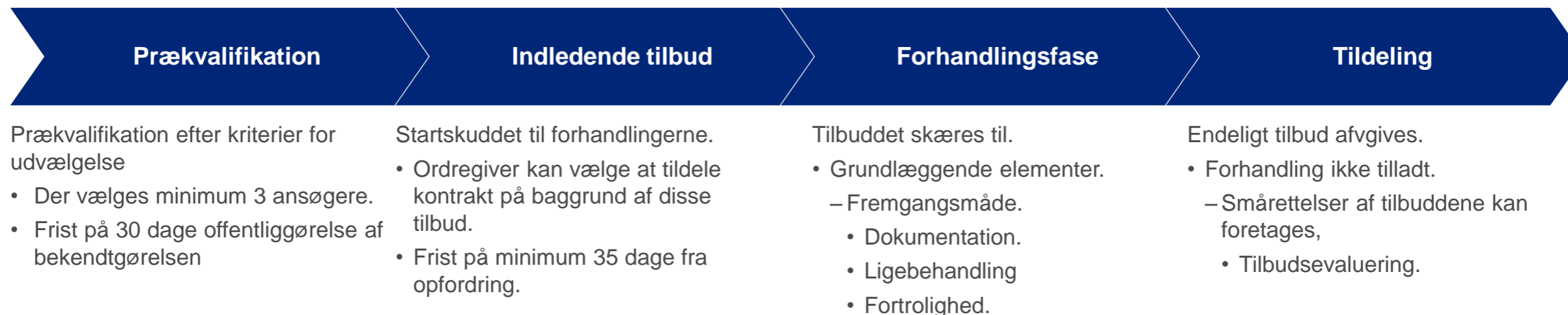
december 2018

Udbudsprocessens forløb

En fleksibel udbudsform med større mulighed for dialog

Forløbet for udbud med forhandling

- Udbudsmaterialet offentliggøres
- Ansøgere udvælges
- Tilbudsgivere afgiver indledende tilbud
- Forhandlingsfasen
- Endeligt tilbud afgives og kontrakten tildeles



Udbudsprocessens forløb - forhandlingsforløbet

- Proceduren ved anvendelse af udbud med forhandling
- Principperne skal iagttages igennem hele udbudsprocessen, og det er ordregivers pligt at sikre og dokumentere.
- Forhandlingsforløbet skal være fastsat i udbudsbudsbetingelserne.
- Krav til udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelsernes beskrivelse af:
 - Forhandlingstema
 - Evt. faseopdeling (shortlisting/downselection)
 - Forbehold for direkte tildeling til "shining star"
 - Vederlag
- Adgangen til at forhandle begrænses som udgangspunkt kun af principperne og de grundlæggende elementer.

Udbudsprocessens forløb - forhandlingsemner

Ordregiver kan forhandle om *alle* elementer i udbudsmaterialet og tilbuddet

"Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling"

Forhandlingerne må således **ikke** føre til, at minimumskrav, kriterier for tildeling og deres vægtning ændres

- Kan under- og/eller delkriterierne ændres under en forhandling?

Vær påpasselig med at kalde noget for "minimumskrav"/"mindstekrav" i udbudsmaterialet

Eventuel "tredeling" af krav:

- | | |
|----------------------------|---------------|
| - Ufravigelige mindstekrav | - Mindstekrav |
| - Foreløbige mindstekrav | - Krav |
| - Konkurrencekrav | - Ønsker |

Udbudsprocessens forløb – evt. shortlisting

Udbudslovens § 66, stk. 3 - udbud med forhandling i flere successive faser med henblik på at begrænse antallet af tilbud.

Shortlisting på grundlag af kriterier for tildeling fastlagt i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale.

- Evaluering af tilbuddene efter tildelingskriterierne – evt. begrænset til delelementer som de kvalitative underkriterier
- Frasortering af det/de ringest evaluerede tilbud

Krav om begrundelse af shortlisting svarende til underretning om tildeling af en kontrakt.

Efter shortlistingen opfordres de tilbageværende tilbudsgivere til at afgive revideret tilbud på baggrund af det reviderede udbudsmateriale.

Sikring af relevant konkurrencefelt efter shortlisting

Konsekvenser af shortlisting

- Afledt effekt på mulighederne ændringer i udbudsmaterialet, idet efterfølgende ændringer ikke må have haft effekt på den gennemførte shortlisting.
- Mere gennearbejdede tilbud i indledende runder
- Omkostninger i processen – færre tilbud, men evt. fordyrende proces
- Øger kompleksiteten af udbudsprocessen



Anne Bergholt Sommer

Partner – Bech Bruun
EU- & Konkurrence

T +45 72 27 33 61
M +45 25 26 33 61
E ase@bechbruun.com

Spørgsmål og debat