



Workshop om rammerne for dialog med markedet

Program (50 minutter)

13.30-14.00: Oplæg ved advokat Jens Bødtcher-Hansen

14.00-14.10: "Gruppearbejde"

14.10-14.20: Afrapportering og afrunding

Udfordring:

Kan det lade sig gøre, at gennemføre en forudgående dialog med markedet og dermed øge chancen for, at udbuddet blive en succes – uden at det konflikter med udbudsreglerne? Hvordan?

Fokus: Begrænset EU-udbud



Disposition for oplæg

1. Hvorfor dialog med markedet?
2. Udbudsprocessen (faserne helt overordnet)
3. De generelle spilleregler
4. De enkelte faser i løbet af udbudsprocessen



Hvorfor dialog med markedet?

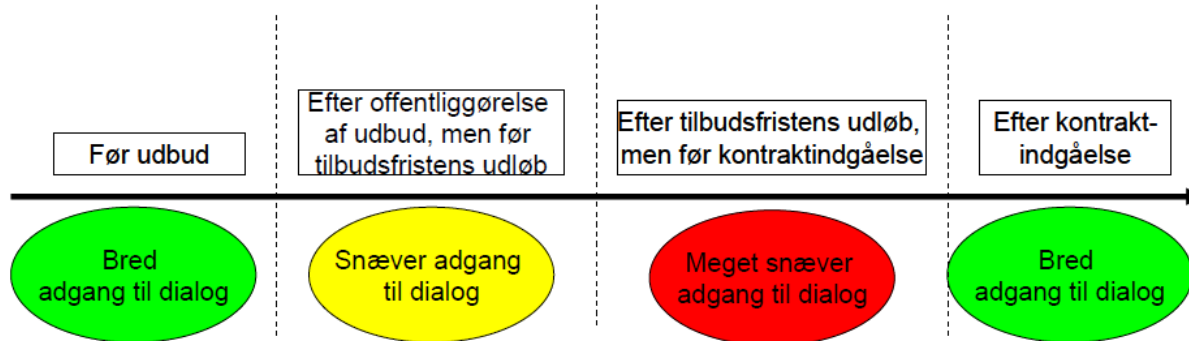
Sikre markedskonforme udbud (rigtig prissætning)

- Markedet ændrer sig hurtigere (mere innovativt)
- Nye samarbejdsformer (OPI, OPP)
- Udenlandske spillere

Undgå misforståelser om udbudsmateriale og tilbud

Tage højde for ændrede omstændigheder (længere kontrakter)

NB! Meget begrænset anvendelsesområde for konkurrencepræget dialog, jf. dansk nævnspraksis.



Faser og mulighed for dialog før, under og efter et udbud

NB! Valg af udbudsform spiller en rolle (ikke udbud med forhandling, KD m.v.)



Spillereglerne

- › ”Ligebehandlingsprincippet” (artikel/betragtning 2 i direktivet)
- › ”Forhandlingsforbuddet” (fælleserklæringen)
- › ”Konsultationsprincippet” (betragtning 8 i direktivet)
- › ”Princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning”
- › [Almindelige habilitetsregler]



Ligebehandlingsprincippet (jf. artikel 2, betragtning 2)

- › Indebærer at alle interesserede virksomheder skal have mulighed for at afgive tilbud på de samme vilkår og betingelser (ingen konkurrencefordel).
- › Indebærer at dialogen skal ske på en objektiv og gennemsigtig måde.

NB! Gælder før, under og efter.



Forhandlingsforbuddet (fælleserklæringen).

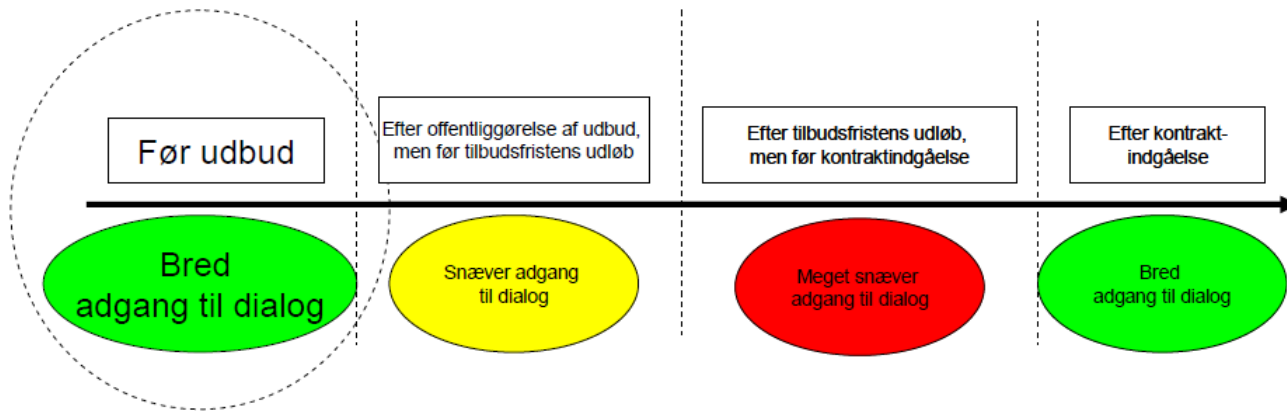
- › *”Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang, dette ikke giver anledning til forskelsbehandling”*
- › Indebærer at dialogen alene må vedrøre præcisering eller supplering af krav eller tilbud (må ikke ske forskelsbehandling).
- › NB! Gælder under og efter.



Konsultationsprincippet (betragtning 8)

- › *”Inden de ordregivende myndigheder indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en ”teknisk dialog” søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres”*
- › NB! Gælder før.

Dialog før udbuddet går i gang





Dialog før udbuddet går i gang

- › Behov for dialog

- › Myndigheden:
 - › Mangler overblik over markedet (hvad er teknisk muligt?)
 - › Mangler forståelse for markedet (hvad er kommercielt og finansiel muligt)
 - › Mangler viden om udbudsgenstanden (genudbud)
 - › Mangler kompetencerne til at beskrive udbudsgenstanden
 - › Behov for forberedende analyse

- › Markedet:
 - › Orientering om nye løsninger (udviklingsmuligheder)
 - › Bedre forståelse for ordregivers behov



Dialog før udbuddet går i gang

- › Forskellige former for forudgående dialog:
 - › Tilknytte en rådgiver (forundersøgelser, markedsafdækning via rådgiver)
 - › Etablere et fælles udviklingsprojekt med henblik på efterfølgende køb (udviklingspartner)
 - › Indlede en bredere dialog med markedet (markedsafdækning via markedet selv)

- › Ad) Tilknytning af en rådgiver

Pligt til efterfølgende udelukkelse? Nej, tværtimod, jf. praksis.

Afgørende: En konkret bedømmelse af, om der er en reel og nærliggende grund til at tro (ikke risiko for), at konkurrencegrundlaget er mærkbart fordrejet.

I praksis to situationer:

1. Vurdering af om ”tilbudsgiver” har opnået en særlig favorisering gennem påvirkning af udbuddets tilrettelæggelse (præferencer)
2. Vurdering af om ”tilbudsgiver” har fået en særlig viden om faktiske forhold, som stiller tilbudsgiver bedre.



Dialog før udbuddet går i gang

Kendelser:

24. august 2007 (LSI Metrogruppen IS mod Ørestadsselskabet): Ansatte havde deltaget som ressourcepersoner ifm. udredningsrapport om opgavens omfang. Ikke et problem, da viden svarede til den generelle faglige kompetence.
23. august 2006 (Hedeselskabet mod Sønderjyllands Amt): Naturgenopretning af Vidå-systemet. Lavet skitseprojektering. Fordel kvantificeret til 1,4% af tilbudssummen = en konkurrencefordel.

EU-Dom:

EU-Domstolens dom i sag C-21/03, Fabricom: ”Den blotte risiko for inhabilitet ikke i sig selv nok til udelukkelse”. Tale om per se udelukkelse ved lov.

› Essens:

- › Rådgivning tilladt (betydelig skønsmargin), dog opmærksom på, om der opnås en konkurrencefordel (nævneværdigt forspring).



Dialog før udbuddet går i gang

- › Kan man afhjælpe inhabilitet?
 - › 1) Påvirkning af udbudsbetingelserne? Vanskeligt (arbejde med vandtætte skotter)
 - › 2) Særlig viden? Muligt gennem fuld tilgængelighed af oplysninger (neutralisering af fordelene)

- › Igen en konkret vurdering:

- › Kendelser:
 - › 30. juni 2003 (Skanska Danmark A/S mod Løgstør Kommune): Nogle plantegninger var ikke vedlagt licitationsbetingelserne. Afskåret fra at byde på opgaven.
 - › 2. maj 2006 (Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab m.v.): Rådgivning ifm. undersøgelser før udbud. Betydelig medvirken ved forberedelse. Inhabil.



Dialog før udbuddet går i gang

- › Kendelser fortsat:

- › 31. maj 2010 (Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet): PLH arkitekter A/S havde rådgivet Udenrigsministeriet om udbuddet, herunder ved en ”preliminary needs analysis”. Vurdering af udbuddets indhold og rådgivningens karakter (ikke en almindelig habilitetsvurdering).

- › Essens: Gode muligheder for at afhjælpe inhabilitet (ops.: tidsmæssigt forspring)

- ›
- › Øvrige overvejelser:
 - › Koncernforhold, Medarbejderforhold, Brug af underleverandører
 - › Aftale om habilitet (inter partes aftale)



Dialog før udbuddet går i gang

- › Ad) Deltagelse i udviklingsprojekt (OPI?) mhp. efterfølgende køb
- › Hvis ikke: Er man så afskåret fra efterfølgende at byde på opgaven?

Overvejelser: Tættere bånd - maskinrummet?
Genudbud?
Forskning og udvikling – konsekvensen

- › Igen et spørgsmål om at neutralisere eventuelle fordele, jf. genudbud.
 - > Afskåret fra at deltage i udformning af udbudsmaterialet? Ja!
 - > Offentliggøre relevant viden (også om præferencerne) ved udbudsforretningen? Ja!
 - > Løbende offentliggørelse af viden/resultater?
 - > (Vælge et funktionsbestemt udbud)

NB! Lette løsning: Udbud både udvikling og anskaffelse



Dialog før udbuddet går i gang

Ad) Teknisk dialog med markedet

Spørgsmål: Muligt at gennemføre en bred konsultation med markedet?

Betragtning 8:

- › *”Inden de ordregivende myndigheder indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en ”teknisk dialog” søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres”*

Svar: Ja, der er tale om en positiv mulighed - forudsat at ”konkurrencen ikke forhindres” (tidligere udelukkes). Mao. ligebehandlingsprincippet.

Udfordring: At tilrettelægge en proces, som indebærer, at ingen opnår en fortrinsstilling.



Dialog før udbuddet går i gang

Ad) Teknisk dialog med markedet

- › Praksis: Ingen direkte praksis (reglerne om rådgiverhabilitet)

- › Kendelser:
 - › 8. januar 1997 (Handelskammeret mod Rigshospitalet): Tæt kontakt med den vindende tilbudsgiver. Selv om tilbudsgiver måtte antages at have haft en vis indflydelse på udformningen af udbudsbetingelserne, dog ikke grundlag for at antage, at udbudsmaterialet var udformet i direkte samarbejde med denne.

 - › 23. august 1995 (B4 ApS mod Holbæk Kommune): Anskaffelse af biblioteksudstyr. Meget tæt kontakt, bl.a. udformet indretningsplaner og udstyrslistor til brug for tilrettelæggelsen af udbuddet. Tilbud burde ikke have været antaget.



Dialog før udbuddet går i gang

- › Ad) Teknisk dialog

- › **Indvending om manglende ligebehandling vil typisk gå på:**
 - › at ikke alle virksomheder havde mulighed for at indgå i den tekniske dialog
 - › at virksomhederne ikke havde samme vilkår for at fremkomme med bemærkninger
 - › at implementeringen af forslag tilgodeså visse og ikke andre virksomheder

Centrale punkter ved tilrettelæggelsen af en proces:

- Skal der ske en forudgående annoncering af en teknisk dialog?
- Skal tema/spørgsmål meldes ud på forhånd? (eventuelt rullende offentliggørelse)
- Hvordan skal dialogen gennemføres?
 - Skriftligt grundlag?
 - Mundtligt grundlag (fælles møder, bilaterale møder?)
 - Logistiske forhold (tid, kadence)?



Dialog før udbuddet går i gang

- › Ad) Teknisk dialog

- › Centrale punkter ved tilrettelæggelsen af en proces:
 - Skal alle kunne deltage, eller er det muligt at begrænse antallet?
 - Dialogformen - hvem kan sige hvad til hvem, og hvad kan man tale om?)
 - Fra markedet til myndigheden (struktureret monolog, referat)
 - Ingen dialog om udbudsvilkår (tildelingskriterierne)
 - Kan myndighederne bruge informationerne? (ja, men ikke tilgodese én aktør)
 - Kan myndigheden love fortrolighed (ja, men under respekt af gældende ret)

NB! Skal medtages i udbudsmaterialet

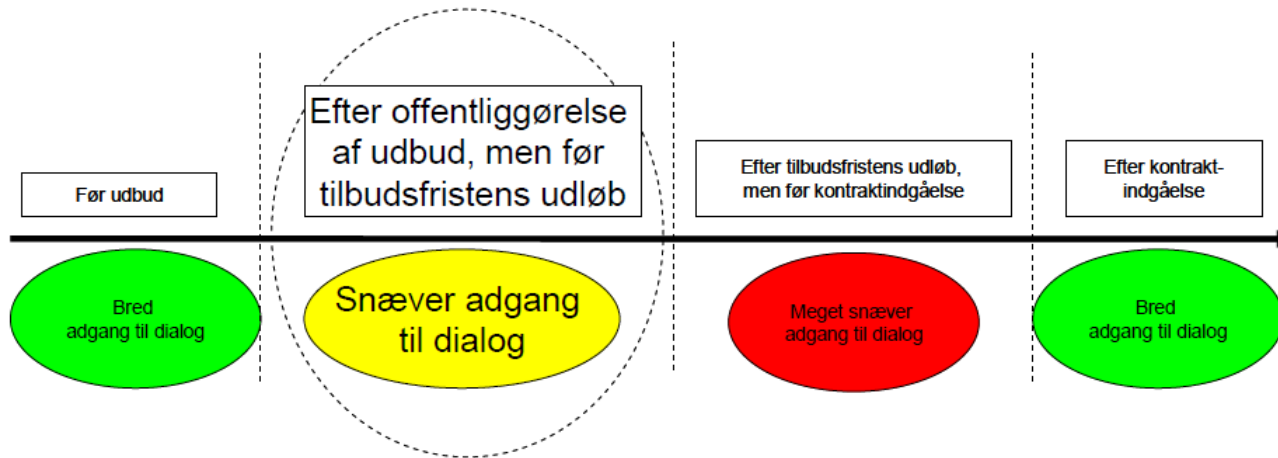
NB! Må ikke træde i stedet for en konkurrencepræget dialog



Ad (teknisk dialog)

- › Sammenfatning:
- › Det skal sikres,
 - › - at der foreligger dokumentation for igangsættelsen og formen
 - › for dialogen (procesbeskrivelse),
 - › - at der føres konsultationer med flere og ikke blot én,
 - › - at der foreligger dokumentation for de førte konsultationer,
 - › - at konsultationerne udføres efter et på forhånd nøje tilrettelagt
 - › og offentliggjort tema, så det sikres at de holdes på et forsvarligt
 - › spor,
 - › - at konsultationerne begrænses til at angå mulige løsninger og
 - › specifikationer herfor,
 - › - at der ikke sker nogen konkrete drøftelser af udvælgelseskriterier,
 - › tildelingskriterier eller vægtningen heraf under det konkrete udbud

Dialog efter offentliggørelse af udbuddet, men før tilbudsfristens udløb





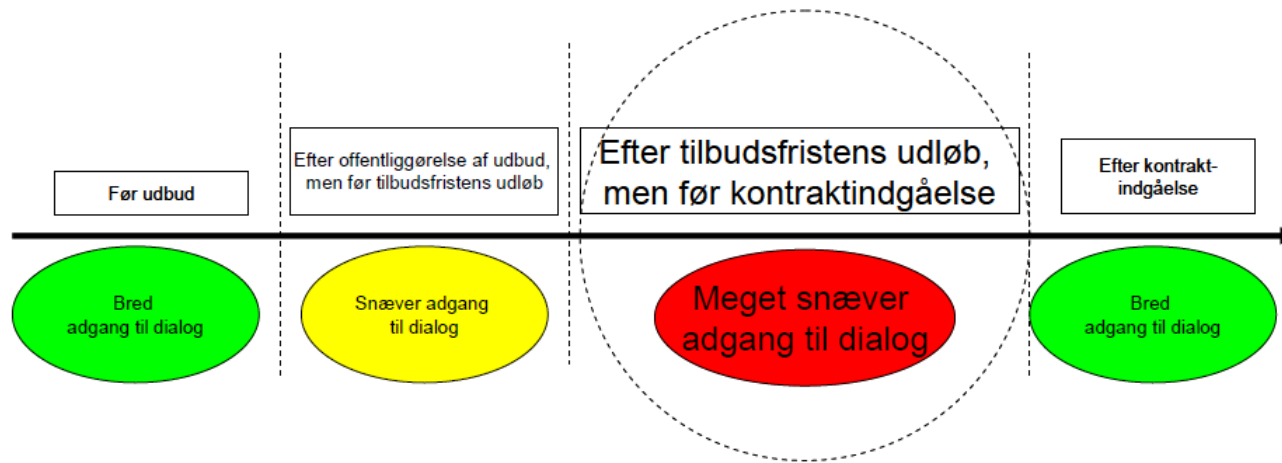
Dialog efter offentliggørelse, men før tilbudsfrist

- › Behov for dialog
 - › Myndigheden:
 - › Ændringer af udbudsmaterialet, herunder kontraktvilkår
 - › Tilbudsgiver:
 - › Supplerende oplysninger om udbudsgenstanden

Mulighed:

- › Alene dialog om præcisering og supplerung af oplysninger
- › Skal ske på en objektiv og gennemsigtig måde (skriftlighed og samtidighed)
- › Må ikke føre til væsentlig ændring (udbudsbekendtgørelsen)
- › Eventuelt benytte sig af åbent og forudgående spørgemøde (struktureret høringsproces?)

Dialog efter tilbudsfristens udløb, men før kontrakten indgås





Dialog efter tilbudsfrist, men før kontrakten indgås

- › Behov for dialog
 - › Myndigheden:
 - › Opklaring af uklarheder i tilbud
 - › Tilbudsgiver:
 - › Korrigere tilbuddet

Mulighed for dialog

- › Stramt forhandlingsforbud. Hverken forhandling om pris eller grundlæggende elementer (hensyn til konkurrencesituationen).
- › Vurdering af tilbud skal som hovedregel ske på tilbuddenes eget skriftlige indhold. Dog afklare begrænsede og undskyldelige misforståelser.



Dialog efter tilbudsfrist, men før kontrakten indgås

Kendelser:

8. oktober 1997 (Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium): Risiko for at samtlige havde misforstået vederlagsbestemmelserne. Ordregiver rettede henvendelse til alle og opfordrede dem til at genoplyse deres honorartilbud. Viden om identitet var ikke ordregiver bekendt. Klagenævnet: Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet/forhandlingsforbuddet.

Retten i Første Instans (T-19/95): Regnefejl kunne ikke opklares.

Reelt tale om omvendt bevisbyrde her. (Deltagelse i møde ikke acceptabelt).

Spørgsmål: Præsentation af forslag som led i tildeling?



Dialog efter tilbudsfrist, men før kontrakten indgås

Efter tildeling bedre muligheder:

- › Forhandle om mindre ændringer (herunder uvæsentlige forbehold)
- › Muligt at supplere og præcisere tilbud

Eksempler: Bortforhandling af forbehold, jf. kendelse af 26. august 2004

Hensyn: Vanskeligt at ramme plet i første omgang.

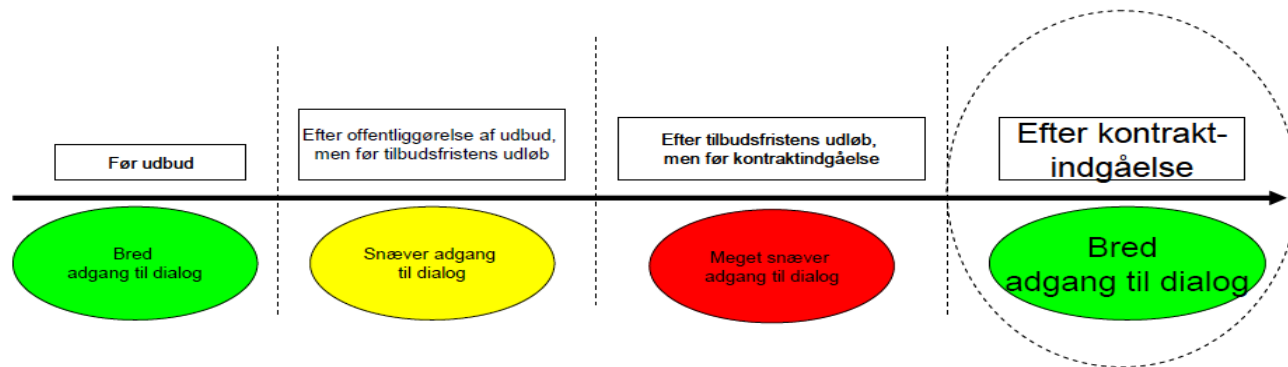
Afgørende yderpunkt:

Må ikke ske en forrykkelse af udbudsgrundlaget, som ville have medført eller med en vis sandsynlighed ville kunne have medført, at en anden tilbudsgivers tilbud ville have været det vindende.

- › Særhensyn (kortere fravigelser, teknologisk udvikling)



Dialog efter at kontrakten er indgået





Dialog efter at kontrakten er indgået

- › Behov for tilpasning af kontrakten
 - › Eksterne eller interne omstændigheder (ny lovgivning, budgetmæssige begrænsninger m.v.)

Mulighed:

- › Ændringer muligt. Ikke muligt at påvirke resultatet af udbuddet længere. Ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet finder dog fortsat anvendelse. Må ikke gennemføres væsentlige ændringer, som indebærer, at kontrakten er at betragte som en ny kontrakt.

Momenter, der indgår ved vurderingen:

- › Ville en anden virksomhed have budt?
- › Ville en anden virksomhed have vundet?
- › Udvides opgavens omfang betydeligt?
- › Forykkes den økonomiske balance til fordel for virksomheden?



Dialog efter at kontrakten er indgået

- › EU-Domstolens afgørelse i Presstext Nachrichtenagentur (C-454/06)

- › *En ændring af en aftales løbetid kan betragtes som væsentlig, hvis ændringen – såfremt den havde været gældende oprindeligt – kunne medføre, at andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne kunne have deltaget, eller hvis ændringen ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget. En ændring kan ligeledes anses som væsentlig, hvis den i betydeligt omfang udvider aftalen, eller ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for den valgte tilbudsgiver på en måde, som ikke var forudsat i de oprindelige udbudsbetingelser.*

- › Eksempler:
 - › Ændring af garantiforpligtelse?
 - › Nyt leveringstidspunkt?
 - › Overdragelse af kontrakten (debitorskifte)