

Udbud og forhandling - perspektiver for fremtiden

af

Michael Steinicke

Formålet med EU's udbudsdirektiver er, at sikre optimal konkurrence i forbindelse med offentlige indkøb. Dette sker gennem formaliserede udbudsprocedurer, hvor direktiverne detaljeret bestemmer fremgangsmåde og kriterier for vurderingen af de bydende virksomheder og af tilbudene. Disse procedurer skal sørge for, at ordregiver overholder de udbudsretlige principper om ligebehandling¹ og gennemsigtighed, som konkurrenceoptimeringen tager sit udgangspunkt i. Problemet med disse stringente regler for offentlige indkøb er, at der ikke efterlades mulighed for dialog mellem ordregiver og tilbudsgiver. En optimal konkurrence forudsætter, at der ikke diskrimineres og at ordregivers præferencer ikke giver sig udslag i usaglige fordele til en eller flere bydende. Dette er grundfæstet i tankerne bag udbudsreglerne i form af et forhandlingsforbud. Dette forbud skal hindre, at ordregiver gennem forhandling giver en eller flere tilbudsgivere fordele som andre tilbudsgivere ikke opnår. Eksempler herpå kan være, at ordregiver og den begunstigede tilbudsgiver aftaler andre vilkår end de vilkår som er gengivet i udbudsmaterialet eller i tilbudsgivers oprindelige bud. Herved opnås en fordel for denne bydende, som de andre bydende ikke opnår, hvorved konkurrencensituationen forstyrres.

Samtidig med opretholdelse af optimal konkurrence skal udbudsdirektiverne naturligvis sikre, at ordregivere gennem udbudet kan opnå bedst mulig dækning af deres behov, mest »value for money«. Som et instrument hertil vil det ofte være nødvendigt, da ordregiver ofte ikke har den nødvendige ekspertise, at ordregiver søger teknisk bistand og vejledning i den pågældende branche. Eksempelvis har en mindre kommune måske ikke den nødvendige tekniske kompetence til at kunne udfærdige et udbud om køb af software til kommunens computere. Det vil derfor være nødvendigt, at kunne trække på kræfter med den nødvendige viden før udbudet, men også under selve indkøbsproceduren. Selvom man får den nødvendige bistand fra én virksomhed i branchen, betyder dette ikke nødvendigvis, at man opnår den bedste løsning på den pågældende opgave. Specielt ved komplicerede opgaver vil det være en fordel, at ordregiver får så mange løsningsforslag som muligt. Alene af denne grund er det hensigtsmæssigt for ordregiver at kunne føre dialog med de

¹ Bygge- og anlægsdirektivet, art. 3, stk. 2: »Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere«. Der findes identiske bestemmelser i de andre direktiver.

bydende. Derudover vil der i de fleste udbud opstå uklarheder, som skal afklares, der kan være tale om mindre fejl, som skal rettes, eller der kan være tale om små justeringer af et eller flere tilbud, således at disse i videst mulig udstrækning opfylder de behov, ordregiver skal have dækket. I det eksisterende regelsæt er der kun begrænset mulighed for at føre en sådan dialog under udbudet.

Spørgsmålet om forhandlinger og diskussioner i forbindelse med offentlige indkøb er som resultat af det ovenstående et af de udbudsretlige spørgsmål, som har størst praktisk relevans og dermed samler sig mest opmærksomhed. Selvom der som udgangspunkt eksisterer et forhandlingsforbud i udbudsreglerne, dukker problemstillingen med forhandling i udbud ofte op i udbudsretlige diskussioner. Begrundelsen er, at mange (især praktikere) finder udbudsdirektivernes regler for begrænsede og uhensigtsmæssige. Grundlæggende er problemet som skitseret ovenfor, at de udbudsretlige krav om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsproceduren tilsyneladende udelukker diskussion og kommunikation mellem parterne om kontraktens elementer, da en sådan kommunikation medfører en risiko for ændringer i kontrakten (se mere herom nedenfor).² Problematikken er gengivet i Grønbogen om offentlige indkøb:

»I de tilfælde, hvor det er tilladt at benytte udbud efter forhandling, synes denne procedure at give et økonomisk set mere tilfredsstillende resultat end et traditionelt udbud, og den har vist sig at være et rationelt middel til at nedbringe den offentlige indkøbers omkostninger, samtidig med at indkøberen når de tilsigtede målsætninger. Det er dog stadig sådan, at denne procedure er mindre velegnet til at opfylde målsætningen om gennemsigtighed i kontrakterne«.³

Man kan med rette anføre, at der er tale om en balancegang mellem praktisk hensigtsmæssighed på den ene side, og konkurrence, ligebehandling samt gennemsigtighed på den anden. Ovenstående udtalelse tyder på, at Kommissionen mener, at de to »modpoler« gensidigt udelukker hinanden.

Den manglende fleksibilitet er ikke det eneste problem som opstår ved kombinationen udbud - forhandling. Den nuværende retstilstand indeholder en række uafklarede problemer, bl.a. er grænserne for eventuel lovlig forhandling,⁴ nærmere

² *Sue Arrowsmith* angiver problemet på følgende måde: »The difficulties for purchasers to use negotiation in many situations where it is clearly needed to obtain best value for money suggests, however, that the current balance between commercial flexibility and transparency is presently weighted too heavily in favour of transparency«. *Public Procurement Law Review*, 1998, nr. 3, s. 65.

³ KOM (96) 583, Offentlige indkøb i EU: Overvejelser for fremtiden, punkt 3.16.

⁴ Herom se kendelsen af 31. oktober 1996, *Semco-sagen*, *Juristen* 1997, nr. 7, s. 315-318, *Rubach-Larsen og Rasmussen*, fælleserklæringens ordlyd samt Lasse Simonsens undersøgelse af forhandlingsforbudet som en absolut regel, *Prekontraktuel ansvar*, s. 626-628.

definition af fælleserklæringens⁵ begreb »grundlæggende elementer«,⁶ afgrænsninger af begrebet »præcisering« og »supplering«⁷, samt forhandlingsforbudets tidsmæssige begrænsning⁸ andre områder, som ikke uddybende er behandlet.

Da hele problematikken omkring udbud og forhandling er meget omfattende, vil jeg udelukkende behandle ét aspekt af problemstillingen. Med basis i synspunktet om, at forhandlingsmulighederne i forbindelse med offentlige indkøb er utilstrækkelige, vil jeg i det næste forsøge at perspektivere over potentielle metoder til fremover at integrere forhandling i udbudsreglerne på en hensigtsmæssig måde.

1. Forhandling

Forhandlinger er en vigtig og almindelig del af de fleste aftaleindgåelser i alle samfundsmæssige henseender. Forhandlingen har til formål at forene parternes synspunkter og holdninger, således at man finder frem til en for parterne tilfredsstillende løsning.

I modsætning til den normale forhandlingssituation, hvor fokus er på inter partes forholdet mellem de implicerede i forhandlingerne, er det udbudsretlige forhandlingsbegreb i lige så høj grad koncentreret om forholdet til tredjemand, og specielt forhandlingens konkurrencemæssige betydning for denne. Inter partes forholdet er naturligvis også vigtigt, men i denne sammenhæng kun i den grad der forhandles om ulovlige elementer (se fælleserklæringen). Ydermere kan det udbudsretlige forhandlingsbegreb anskues fra en aftaleretlig synsvinkel.⁹ Normalt indgås en aftale mellem to parter ved, at den ene part giver den anden part et tilbud, som denne enten

⁵ Fælleserklæringen er en erklæring afgivet af Rådet og Kommissionen i fællesskab. Erklæringen indeholder en konkretisering af udbudsrettens forhandlingsforbud. Mere herom nedenfor.

⁶ Sammenlign Semco-kendelsen med kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd. Se herudover *Sune Troels Poulsen*: UfR 1998 B 61 samt *Sue Arrowsmith*: The Law of Public and Utilities Procurement, s. 248 samt *Peter Wengler-Jørgensen* og *Katja Høegh*: UfR 1994 B, 311.

⁷ Herom se generaladvokat Lenz i forslaget til afgørelse i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Vallonske busser, præmis 37 og sagen i øvrigt samt kendelse af 31. januar 1996, Landinspektørerne I/S, samt norske NOU 1997:21, § 19-13 nr. 1 d. For præciseringer i forbindelse med prækvalifikationsfasen, se bl.a. tjenesteydelsesdirektivet art. 34, og lignende bestemmelser i indkøbsdirektivet og bygge- og anlægsdirektivet.

⁸ Om forhandling før udbudsbekendtgørelsen (ikke at forveksle med inhabilitetsproblemstillingen), se kendelserne af 8. januar 1997, Danske Handelskammer og 7. juli 1995, Valles Trans-Media, og om forhandling efter tildelingen se *Sue Arrowsmith*: The Law of Public and Utilities Procurement, s. 249-250, *Lasse Simonsen*: 7 Prekontraktuelt ansvar, s. 633 samt kendelse af 23. november 1998, Marius Hansen A/S.

⁹ Herom, se *Lasse Simonsen*: Prekontraktuelt ansvar, s. 457 og *Geir Woxholth*: Avtaleinngåelse i og utenfor avtaleloven, s. 96.

accepterer eller forkaster. Ordet »forkaster« dækker i denne sammenhæng både det reelt at forkaste tilbudet, samt det at videreføre forhandlinger med henblik på senere kontraktsindgåelse. Mellem det første tilbud og den endelige kontraktsindgåelse kan der ligge en forhandlingsfase, som kan bestå af en eller flere forhandlinger. Denne fase eksisterer ikke i udbud.¹⁰ En udbudsforretning består derfor principielt kun af et tilbud (tilbudsgiverens bud på ordren) samt en accept (ordregivers accept af tilbudet og dermed tildeling af ordren), som naturligvis skal være i overensstemmelse med tilbudet. Ud fra disse betragtninger vil der være forhandlet i udbudsfasen såfremt den endelige accept ikke er i overensstemmelse med tilbudet,¹¹ dvs. så snart der er ændret i tilbudet, se også fælleserklæringen nedenfor.

EU's udbudsdirektiver indeholder flere regler om forhandling.¹² I en del af de udbudte opgaver er forhandling tilladt, mens forhandling ikke tillades i andre udbud, afhængigt af udbudstype.

De tre væsentligste udbudstyper er udbud efter forhandling, begrænset udbud samt offentligt udbud. I direktiverne er typerne defineret på følgende måde:

»offentligt udbud«, national fremgangsmåde, hvorved alle interesserede leverandører kan afgive bud

»begrænset udbud«, national fremgangsmåde, hvorved kun de leverandører, der af de ordregivende myndigheder har modtaget opfordringer dertil, kan afgive bud

»udbud efter forhandling«, national fremgangsmåde, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte leverandører og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse«.¹³

Som navnet antyder, er forhandling tilladt, når ordregiver anvender udbudstypen udbud efter forhandling. I forbindelse med de to øvrige hoved-udbudsformer er

¹⁰ Medmindre der er tale om udbud efter forhandling.

¹¹ Såfremt tilbudet ikke er i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, foreligger der forbehold, og en senere bortforhandling af forbeholdet er som hovedregel også forbudt, jf. Storebæltsdommen, C-243/89, Kommissionen mod Danmark.

¹² Selve forhandlingsforbudet er dog ikke direktivfæstet.

¹³ Indkøbsdirektivets art. 1, d) - f). Der findes identiske bestemmelser i de andre direktiver.

forhandling ikke tilladt, og Rådet og Kommissionen har gennem en fælleserklæring¹⁴ konkretiseret dette forhandlingsforbud:

»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 findes drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når dette 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«.¹⁵

Vigtigst i fælleserklæringen er begreberne »grundlæggende elementer«, »pris« samt »præcisere og supplere«. Disse begreber behandles ikke nærmere her.

Udbud efter forhandling findes i to forskellige former, nemlig udbud efter forhandling uden henholdsvis med forudgående offentliggørelse. Disse to variationer kan anvendes i forskellige situationer.¹⁶ Dette vil heller ikke blive nærmere behandlet.

Udgangspunktet for det efterfølgende er, at det grundlæggende er muligt at føre forhandlinger uden at krænke ligebehandlingsprincippet.

2. Alternativer til den nuværende retstilstand

I det følgende vil jeg primært koncentrere mig om de reguleringsmodeller, som giver øget adgang til forhandling, dog vil jeg indledende kort beskrive to modeller, som i yderligere grad i forhold til gældende ret begrænser adgangen til at føre dialog mellem udbudets parter.¹⁷

¹⁴ En fælleserklæring tilhører kategorien ikke-bindende retsakter, soft law. Sådanne akter »...kan ikke anses for at være ganske uden retsvirkninger«, jf. sag C-322/88, Grimaldi, præmis 18. Dette betyder, at der skal tages hensyn til akten ved fortolkning og udfyldning. Ifølge Morten Wegener kan der ved ikke-bindende retsakter højst være tale om fakultativ hensyntagen, og ikke en obligatorisk, jf. Juridisk metode, s. 236. Yderligere retningslinjer om fælleserklæringens retskraft kan findes i sag C-292/89, Antonissen, som også blev påberåbt af den danske regering under C-243/89, Storebælt-sagen. Uanset fælleserklæringens status som soft law tyder anvendelsen på, at både EF-domstolen (i det mindste generaladvokaterne) og Klagenævnet for udbud regner erklæringen for gældende ret.

¹⁵ EF Tidende 1994 L 111/114.

¹⁶ Om anvendelsen, se bygge- og anlægsdirektivets art. 7, stk. 2 og stk. 3, indkøbsdirektivets art. 6, stk. 2 og stk. 3, tjenesteydelsesdirektivets art. 11, stk. 2 og stk. 3.

¹⁷ UNICTRAL's Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services angiver et tilsyneladende absolut forhandlingsforbud, jf. art. 34: »(1) (a) The procuring entity may ask suppliers or contractors for clarifications of their tenders in order to assist in the examination, evaluation and comparison of tenders. No change in a matter of substance in the tender, including changes in prices and changes aimed at making an unresponsive tender responsive,

2.1. Restriktive modeller

En model til begrænsning af kommunikationen mellem ordregiver og tilbudsgiver tager sit udgangspunkt i etableringen af en såkaldt sikkerhedszone.¹⁸ En sikkerhedszone består i, at al kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiver som udgangspunkt betragtes som brud på forhandlingsforbudet, og dermed på ligebehandlingsprincippet. Det er med andre ord forbudt at kommunikere med den anden part i udbudet. Med denne sikkerhedszone følger en omvendt bevisbyrde, dvs. ordregiver bliver pålagt bevisbyrden¹⁹. Ordregiver har med dette udgangspunkt to alternativer; enten undgår man helt kontakt med tilbudsgiverne, eller også må man sikre sig det nødvendige bevis for, at ligebehandlingsprincippet ikke er overtrådt. Det første medfører, at selv små fejl ikke kan korrigeres samt, at der ikke er mulighed for at præcisere uklare momenter i tilbudet. Det andet alternativ medfører, at ordregiver i mange tilfælde er pålagt en bevisbyrde, som er umulig at løfte. Baggrunden for denne model er et ønske om optimering af konkurrencesituationen ved udbud.

Såfremt det forudsættes, at fælleserklæringen er udtryk for en konkretisering af ligebehandlingsprincippet, kan det diskuteres i hvor høj grad en sikkerhedszone er i overensstemmelse med grundtankerne bag forhandlingsforbudet, dvs. ligebehandlingsprincippet. Under denne forudsætning vil det være i overensstemmelse med forhandlingsforbudet (og dermed ligebehandlingsprincippet), at der er mulighed for en vis kontakt mellem parterne i udbudsfasen. Fælleserklæringens ordlyd åbner mulighed for kontakt mellem parterne når der er behov for præciseringer og suppleringer, og åbner muligvis for adgangen til at føre forhandlinger om ikke grundlæggende elementer. Derudover er det fastslået af EF-domstolen, at ordregiver i visse tilfælde har retten (men ikke pligten) til at rette henvendelse til en tilbudsgiver angående rettelse af fejl.²⁰ En sikkerhedszone vil umuliggøre den kontakt, som er en forudsætning for præciseringer, rettelse af fejl, m.v.

En anden reguleringsmodel, som ligger i forlængelse af etableringen af en sikkerhedszone, er at indføre en regel om formodning for, at ordregiver vil overholde udbudsreglerne. I det tilfælde ordregiver indleder forhandlinger med en tilbudsgiver, vil der således være en formodning for, at denne er blevet tildelt

shall be sought, offered or permitted« og art. 35:«no negotiations shall take place between the procuring entity and a supplier or contractor with respect to a tender submitted by the supplier or contractor«.

¹⁸ *Sune Troels Poulsen*: UfR 1998 B, 61.

¹⁹ Der tages udgangspunkt i den almindelige bevisbyrde-regel om, at klager (tilbudsgiver) som udgangspunkt har bevisbyrden. Der kan være vægtige grunde til at pålægge ordregiver bevisbyrden, jf. reglen om, at den, som bedst kan sikre sig beviset, også bærer bevisbyrden.

²⁰ Dom fra Retten i 1. instans, T-19/95, *Adia*.

kontrakten; ellers ville forhandlingerne være i strid med forhandlingsforbudet. Reglen eksisterer i Norge og er beskrevet af Lasse Simonsen:

»Det bakenforliggende resonnement i dommen, at det foreligger en faktisk presumsjon for at innbyder vil etterleve anbudsreglerne, vekker generelt til live en gammel debat - om forhandlinger er et (tilstrekkelig) signal til omverdenen om at anbudet er akseptert. Før kontrakt er sluttet er forhandlinger forbudt, mens partene etter kontraktsslutningen fritt kan utfylle eller legge om avtalen«.²¹

Metoden forudsætter, at forhandling efter tildelingen er tilladt; ellers vil der ikke være tale om en formodning for, at ordregiver følger udbudsreglerne. I kendelse af 23. november 1998, Marius Hansen A/S, udtalte Klagenævnet for udbud følgende:

»EU-udbudsreglerne om offentlige udbud, hvor tildelingskriteriet er »laveste pris«, indebærer ikke, at en udbyder fuldstændig er afskåret fra, efter at beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der skal indgås kontrakt med, er truffet, og efter at denne beslutning er meddelt den pågældende tilbudsgiver, at forhandle med den pågældende tilbudsgiver om fastsættelsen af kontraktsvilkårene i den kontrakt, der skal indgås. Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at forhandlingerne mellem indklagede og Kai Andersen A/S om ændring af kontraktsvilkåret vedrørende Entreprenørforeningens standardforbehold fandt sted i tiden efter, at indklagede havde besluttet, at der skulle indgås kontrakt med Kai Andersen A/S, og at indklagede havde meddelt Kai Andersen A/S denne beslutning«.

Det fremgår dels af kendelsen, at man ikke er fuldstændig afskåret fra at forhandle efter tildelingen og dels at tildelingskriteriet er »laveste pris«, samt at tildelingen skal være meddelt den pågældende tilbudsgiver inden forhandlingsstarten. Det fremgår ikke af kendelsen hvilke betragtninger Klagenævnet baserer sin afgørelse på, så kendelsen kan formentlig ikke antages at være udtryk for en formodningsregel som den nævnte.

Begrundelsen for en sådan bestemmelse kunne være at få ordregiver til at være mere tilbageholdende med at indlede forhandling, da dette ville betyde, at der var en formodning for at ordregiver havde accepteret tilbudet. Samtidig indeholder reglen den klare ulempe, at ordregiver blot ved at indlede forhandlinger med en tilbudsgiver, vil kunne tildele denne opgaven, uanset hvordan kriterierne ellers var opfyldt. Dette er kun en risiko ved tildelingskriteriet »økonomisk mest fordelagtige bud«, da tilbudene ikke vil være umiddelbart sammenlignelige på alle punkter, hvorved tildelingen bliver uigennemsigtig. Ved tildelingskriteriet »laveste pris« er den

²¹ *Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar*, s. 642. Reglen blev fastslået i Rt. 1994.1222, Sjøendommen. Der eksisterer dog den modifikation, at såfremt ordregiver tager forbehold for, at forhandlingen skal fungere som accept, vil kontrakten ikke ses som indgået ved at indlede forhandlinger. Med denne modifikation vil reglen formentlig ikke påvirke ordregivers lyst til at indlede forhandlinger, og derved vil reglen miste sin relevans i denne sammenhæng. En forudsætning må derfor være, at formodningen for, at forhandling er udtryk for accept af et tilbud, ikke kan fraviges efter ordregivers ønske.

subjektive vurdering fjernet fra tildelingsfasen, og derfor vil man udelukkende kunne anvende formodningsreglen såfremt der blev forhandlet med lavestbydende. Fordelene ved en sådan bestemmelse opvejer efter min mening ikke ulemperne.

2.2. Modeller til øget dialog mellem parterne

Grundlæggende kan opstilles en række betingelser, som alle bør indgå i en forhandlingsbaseret udbudsprocedure. Betingelserne skal give størst mulig forhandlingsfrihed kombineret med overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Grundlæggende krav:

- det skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, at udbudet vil indeholde forhandling, således at potentielle tilbudsgivere, som ellers ville undlade at byde p.g.a. af de angivne specifikationer eller andre tekniske forhold, informeres om muligheden for at forhandle om disse tekniske elementer
- alt skal forhandles på plads i udbudsfasen, således at der er maksimal gennemsigtighed i forhandlingerne. Forhandlinger efter tildelingen skal undgås, da sådanne forhandlinger svækker gennemsigtigheden i udbudet
- det skal pålægges ordregiver at realitetsforhandle med alle tilbudsgivere
- forhandlingsrundens procedure skal fastlægges på forhånd og meddeles i udbudsbekendtgørelsen; selve proceduren kan enten være bestemt af ordregiver eller fastlagt i direktiverne. Det sidste vil naturligvis være optimalt
- alle bydende skal have mulighed for at afgive et endeligt bud.

Det optimale vil som sagt være, at alle disse betingelser opfyldes, men det primære må være, at der sikres ligebehandling og gennemsigtighed.

2.2.1. Fortolkning

En måde at udvide den eksisterende adgang til forhandling kunne være gennem fortolkning. Sue Arrowsmith taler for denne mulighed, da hun ikke mener EF-domstolen har afskåret muligheden for en bred fortolkning af forhandlingsforbudet.²² Arrowsmith argumenterer bl.a. for, at praksis ikke udelukker, at der forhandles for at opnå forbedrede tilbud, herunder forhandlinger om pris. Denne fortolkning er

²² *Sue Arrowsmith*: The problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives: The Current Law and the Case for Reform, *Public Procurement Law Review*, 1998, nr. 3, s. 65.

formentlig for vidtgående, både i lyset af EF-domstolens praksis,²³ såvel som i lyset af fælleserklæringen samt, for Danmarks vedkommende, den foreliggende praksis fra Klagenævnet for udbud. Såfremt man ønsker udvidelse af mulighederne for dialog mellem parterne, må dette derfor ske ad anden vej end gennem de eksisterende regler.

2.2.2. Ny udbudstype

En metode, hvorved der kunne skabes flere diskussionsmuligheder i udbudsfasen, kunne være at udvide anvendelsesmulighederne for udbud efter forhandling. Denne udbudstype kan i dag kun benyttes i undtagelsestilfælde, eller når der er tale om udbud inden for forsyningssektorerne. En sådan udvidelse kunne foretages ved at sidestille udbud efter forhandling med de to andre almindelige udbudsformer, offentligt udbud og begrænset udbud. Samtidig må det dog fremhæves, at når man fra Kommissionens side alligevel foretager en revision af mulighederne for dialog mellem parterne, vil det være hensigtsmæssigt også at foretage en revision af den eksisterende udbud efter forhandling, som i forhold til de omfattende risici for brud på ligebehandlingsprincippet, må siges at være underreguleret. Der findes i direktiverne bestemmelser for, *hvornår* man kan anvende udbud efter forhandling, men selve proceduren er ikke nærmere angivet end den korte beskrivelse, som er vist ovenfor. Dette til trods for, at den egentlige risiko for brud på de udbudsretlige principper ligger i selve forhandlingerne.

Efter Grønbogen om offentlige indkøb og dennes henstillinger om indskrænkning i anvendelsen af udbud efter forhandling har Kommissionen fået mange henvendelser om behovet for mere fleksible regler om forhandling. I KOM(98) 143 skriver Kommissionen således:

»Især i forbindelse med særligt komplekse indkøb på områder, der er i konstant udvikling, såsom højteknologi, har adskillige indlæg bekræftet Kommissionen i den konstatering, at indkøberne kender deres behov, men ikke på forhånd kender den mest velegnede tekniske løsning, der kan tilfredsstille behovene. I sådanne tilfælde er det derfor nødvendigt med en diskussion om kontrakten og en dialog mellem køber og leverandør. Imidlertid giver de almindelige udbudsprocedurer i de »klassiske« direktiver kun ringe spillerum for en diskussion om forløbet af kontrakttildelingen, og de betragtes derfor som utilstrækkeligt fleksible i sådanne situationer.

Kommissionen vil derfor foreslå, at teksten til de gældende direktiver ændres, så udbudsprocedurerne tilføres mere smidighed, og en dialog i løbet af en udbudsprocedure ikke længere hører til undtagelserne. Den vil foreslå en ny ordinær udbudsprocedure, »konkurrencepræget dialog«, der vil blive tilføjet til procedurerne »offentligt udbud« og »begrænset udbud« og erstatte den nuværende procedure »udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse«. Især under hensyntagen til principperne om åbenhed og ligebehandling må det præciseres, under hvilke betingelser og på hvilken måde, de ordregivende myndigheder vil have adgang til denne procedure og hvorledes den afvikles. Der henstår herefter kun én særlig procedure, »underhånd-

²³ Se sagerne C-243/89, Kommissionen mod Danmark, C-87/94, Kommissionen mod Belgien samt T-19/95, Adia Interim.

sproceduren«, for hvilken betingelserne for anvendelse skal fortolkes restriktivt i overensstemmelse med Domstolens retspraksis«. ²⁴

Det angives yderligere, at formålet med initiativet ikke er ».. at indføre nye restriktive regler, men derimod at forenkle og smidiggøre procedurerne, som det er ønsket af alle de aktører, der har deltaget i grønboogsdebatten, såvel fra de offentlige institutioner som fra den private sektor. Initiativet vil give aktørerne større handlefrihed og dermed have en gavnlig indflydelse på de offentlige indkøbs kvalitet og effektivitet«.

Som det ses af citatet, vil der stadig være begrænsninger i mulighederne for dialog under udbudet, idet den nye udbudsform ikke vil være frit tilgængelig. Man må dog formode, at adgangen til at anvende denne udbudstype vil være udvidet i forhold til den eksisterende adgang til udbud efter forhandling, idet det ellers ville savne formål at indføre en ny procedure.

Umiddelbart vil rådgivning før udbudet kunne dække en stor del af behovet for tekniske råd og vejledning om en hensigtsmæssig løsning på ordregivers opgave. Spørgsmålet er, hvorvidt der er behov for kommunikation omkring kontraktens elementer, såfremt ordregiver har kvalificeret rådgivning? Med andre ord; hvilket behov kan en forhandling i udbudsfasen dække, som ikke kan dækkes af kvalificeret rådgivning. Den pågældende rådgiver vil altid til en vis grad forme specifikationerne efter egne standarder og arbejdsmetoder m.v., og forhandling i udbudsfasen vil kunne bibringe andre løsningsmuligheder og eventuelle alternative løsningsforslag. Spørgsmålet er, om dette ikke kan opnås ved, at ordregiver giver adgang for alternative bud i udbudsbekendtgørelsen. Uanset disse betragtninger vil en procedure baseret på konkurrencepræget dialog formentlig forbedre gennemsigtigheden i udbudene.

2.2.3. *Licitationsloven og GPA-aftalen*

Den danske licitationslov indeholder i § 3, stk. 3 en bestemmelse om begrænset adgang til forhandling:

»Ved en licitation må et bud, som er højere end et andet ved licitationen afgivet bud, ikke nedsættes«. ²⁵

Selv om bestemmelsen ikke umiddelbart nævner forhandling eller lignende udtryk, fremgår det, at det er tilladt for ordregiver at forhandle med tilbudsgiveren med det laveste bud. Der er dog to umiddelbare ulemper ved denne model. For det første vil det være i bedst overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, at der forhandles med alle bydende. For det andet giver bestemmelsen kun mulighed for at forhandle om at nedsætte prisen, jf. ordlyden. Det reelle behov, som det også fremgår af

²⁴ KOM(98) 143, Offentlige indkøb i den europæiske union, punkt 2.1.2.2.

²⁵ Bestemmelsen omfatter ikke længere det offentliges udbud, jf. bekg. 201/1995, § 4, stk.2.

KOM(98) 143, er at kunne føre dialog over de (tekniske) elementer i kontrakten, som ordregiver ofte ikke har forudsætningerne til at kunne vurdere.

De fælleseuropæiske udbudsregler er harmoniseret med World Trade Organizations regler om udbud, Government Procurement Agreement. Sidstnævnte regler indeholder i art. XIV følgende regler om forhandling i udbud:

»1. A Party may provide for entities to conduct negotiations:

(a) in the context of procurement in which they have indicated such intent, namely in the notice referred to in paragraph 2 of Article IX (the invitation to suppliers to participate in the procedure for the proposed procurement); or

(b) when it appears from evaluation that no one tender is obviously the most advantageous in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notice or tender documentation.

2. Negotiations shall primarily be used to identify the strengths and weaknesses in tenders.

3. Entities shall treat tenders in confidence. In particular, they shall not provide information intended to assist particular participants to bring their tenders up to level of other participants.

4. Entities shall not, in the course of negotiations, discriminate between different suppliers. In particular, they shall ensure that:

(a) any elimination of participants is carried out in accordance with the criteria set forth in the notice and tender documentation;

(b) all modifications to the criteria and to the technical requirements are transmitted in writing to all remaining participants in the negotiations;

(c) all remaining participants are afforded an opportunity to submit new or amended submissions on the basis of the revised requirements; and

(d) when negotiations are concluded, all participants remaining in the negotiations shall be permitted to submit final tenders in accordance with a common deadline«.

Bestemmelserne i GPA-aftalen forekommer umiddelbart hensigtsmæssige, og disse vil da også grundlæggende være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Forhandling i GPA-regi, vil, som det er angivet, primært være fokuseret omkring en konkurrencemæssig sammenligning, men disse forhandlinger vil også medføre kvalitative forbedringer i tilbudsgivernes tilbud. Det må konstateres, at denne regel byder på en højere grad af fleksibilitet end udbudsdirektiverne. Bestemmelsen blev

ikke taget med i EU's udbudsdirektiver i forbindelse med direktivændringerne efter Uruguay-runden i WTO²⁶.

2.2.4. »Two-stage«-systemet

Den sidste mulighed for at integrere en øget mulighed for dialog mellem parterne er gennem indførelse af en to-delt udbudsprocedure. Eksempler på en sådan procedure findes i UNCITRAL's Model Law on the Procurement of Goods, Services and Construction. Kapitel V har overskriften »Procedures for Alternative Methods of Procurement«, og indeholder bl.a. two-stage-tendering (art. 46), request for proposal (art. 48) samt competitive negotiation (art. 49). Two-stage-tendering-proceduren foregår ved, at der først udbydes med et givent sæt specifikationer, hvorefter tilbudsgiverne afgiver et bud uden pris. Dette bud danner herefter grundlag for forhandlinger, hvori alle kontraktens elementer kan forhandles. Efter forhandlingsrunden afgiver de bydende endelige bud på baggrund af de ændringer i specifikationer m.v. ordregiver har foretaget. Disse bud er med pris angivet og kan ikke forhandles. Afsluttende vælger ordregiver det bud, som i største omfang opfylder kravene til det endelige sæt af specifikationer og krav. Den grundlæggende forskel på two-stage-tendering og request for proposal er, at sidstnævnte ikke kræver, at ordregiver skal angive et sæt specifikationer, før de endelige afgives. For at imødekomme den usikkerhed, som opstår som resultat af manglende specifikationer, stilles der særlige krav om evalueringskriterier og evalueringsprocedure i forbindelse med request for proposal.

Competitive negotiations består grundlæggende i, at ordregiver inviterer et antal tilbudsgivere (nok til at sikre effektiv konkurrence) til at byde med efterfølgende forhandlingsrunde. Der stilles ikke specielle krav til tildelingen af kontrakten.

Som udgangspunkt vil two-stage-tendering og request for proposal være at foretrække ud fra gennemsigtigheds- og ligebehandlingshensyn, mens competitive negotiation ikke giver en velafbalanceret afvejning mellem disse hensyn og mulighederne for dialog. Hvilken af de to (two-stage-tendering og request for proposal) der foretrækkes, vil afhænge af opgavens kompleksitet. Jo mere kompleks, jo mere vil specifikationer stå i vejen for muligheden for en hensigtsmæssig løsning, og jo større vil fordelene være ved at anvende request for proposal.

De ulemper der måtte være forbundet med sådanne procedurer er, at de er meget tids- og ressourcekrævende, og de vil derfor have deres største fordele ved store og komplicerede projekter som eksempelvis totalentreprise.

3. Sammenfatning

²⁶ Uruguay-runden varede fra 1986 til 1994. De tre klassiske udbudsdirektiver i EU-regi (indkøb, bygge- og anlæg samt tjenesteydelser) er ændret ved 97/52/EF, mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er ændret ved 98/4/EF.

Udbudsreglerne fremstår på nogle områder som ufleksible og uhensigtsmæssige. Et af disse områder er omkring muligheden for diskussion i forbindelse med udbudet. Ligebehandlingsprincippet udelukker som hovedregel forhandling i forbindelse med udbud, samtidig med, at der i praksis eksisterer et stort behov for diskussioner. Kommissionen har med KOM (98) 143 lagt det nødvendige fundament til en revision af bestemmelserne for forhandling i udbud.

I det foregående er flere forskellige varianter af udbudsreglernes forhandlingsforbud blevet præsenteret. En mulig ændring af udbudsreglerne kunne tage udgangspunkt i § 3, stk. 3 i licitationsloven, der åbner for en mulighed for at forhandle om prisen med den tilbudsgiver med det laveste bud. Min mening er, at reglen har en begrænset indflydelse på den konkurrencemæssige situation, og at den ud fra den betragtning godt kunne accepteres. Mine forbehold overfor denne regel går på, at der udelukkende er mulighed for at ændre på prisen, mens det virkelige behov nærmere består i, at kunne tilpasse tilbudet til ordregivers forventninger og krav. Derudover forhandles udelukkende med én tilbudsgiver.

En anden mulighed er etableringen af en sikkerhedszone. Denne løsning vil som nævnt give en optimal konkurrencesituation, men modsat vil den forværre muligheden for at kunne afklare og tilpasse tilbudene til ordregivers krav. Det vigtige spørgsmål i denne sammenhæng er, hvordan afvejningen mellem konkurrencehensynene og afklaringsmulighederne skal prioriteres. Jeg mener, at der ikke i overvejende grad er behov for en sådan sikkerhedszone, da forhandlingsforbudet i sig selv ville kunne imødekomme konkurrencehensynene, hvis forbudet blev støttet af en effektiv håndhævelse. Jeg kan ikke støtte ændringer i forhandlingsforbudet i retning af det skitserede.

Jeg mener, at der kan hentes inspiration dels i GPA-reglerne om forhandling og dels i UNCITRAL's regelsæt om todelte procedurer uden priser i den første runde. Om en af disse modeller kommer til at danne grundlag for den kommende udbudstype »konkurrencepræget dialog«, vil tiden vise.