



# FÅ DET BEDSTE UD AF UDBUD MED FORHANDLING

Anvendelsesområdet for udbud med forhandling er udvidet betydeligt med udbudslovens ikrafttræden i 2016. Ændringerne åbner op for, at ordregiver fremadrettet kan udføre mere effektive og innovative udbud og derigennem indgå bedre aftaler. Flere og flere ordregivere anvender da også udbud med forhandling, men for mange er det stadig et ukendt format. Vi giver gode råd om, hvordan ordregiver får det bedste ud af et udbud med forhandling.

Udbud med forhandling indebærer i korte træk, at ordregiveren – på baggrund af et indledende tilbud – kan gå i dialog med tilbudsgiverne for at optimere tilbuddene og derved få bedre løsninger, oftest også til en lavere pris.

Er udbuddet omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, kan udbud med forhandling altid anvendes. Skal udbuddet derimod ske efter udbudslovens regler, kan forhandling kun ske, når betingelserne i udbudslovens § 61 er opfyldt. Disse betingelser er bl.a., at:

- Ordregivers behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger.
- Kontrakten omfatter design eller innovative løsninger.
- Kontrakten forudsætter forhandling på grund af dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici.

Det er efter vores opfattelse oplagt altid at vælge udbud med forhandling i de tilfælde, hvor det er muligt. Dialogen

med markedet (i dette tilfælde tilbudsgiverne) er afgørende for at opnå de bedste tilbud. Udbud med forhandling giver mulighed for, at ordregiver i udbudsprocessen kan tale med tilbudsgiverne og derigennem optimere ikke bare tilbuddene, men også udbudsgrundlaget. Det sker tit, at forhandlingerne afdækker uhensigtsmæssige usikkerheder i udbudsgrundlaget, som ordregiver kan fjerne, inden de endelige tilbud afgives.

Samtidig indebærer udbudsformen ikke nødvendigvis en længere proces. Der er således mulighed for, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen forbeholder sig at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. Derved ansøres tilbudsgiverne til at give et stærkt tilbud i "første hug", ligesom ordregiver får mulighed for at slutte processen efter de indledende tilbud, hvis disse er tilfredsstillende.

Endelig er det vigtigt at bemærke, at ordregiver har ganske frie rammer til at tilrettelægge en forhandlingsproces,

som afspejler det transaktionsniveau, kontrakten kan bære; i nogle udbud vil det være nødvendigt med flere forhandlingsrunder med fysiske møder – i andre udbud kan det være tilstrækkeligt med afgrænsede skriftlige forhandlinger om enkelte problemstillinger.

## HVAD MÅ DER FORHANDLES OM?

Forhandlingerne skal forstås i et udbudsretligt perspektiv og kan derfor ikke helt sidestilles med et traditionelt forhandlingsforløb mellem to private aktører. Som beskrevet ovenfor har forhandlingerne blandt andet til formål at sikre dialog mellem ordregiver og tilbudsgiverne, så uhensigtsmæssigheder og uklarheder i udbudsmaterialet reduceres. Derudover kan ordregiver med fordel bruge forhandlingerne til at give tilbudsgiverne feedback på deres tilbud – både på den tilbudte pris/økonomi og den tilbudte kvalitet.

Udbudsloven indeholder en negativ afgrænsning af forhandlingernes genstand. Der må ikke forhandles om (I) det endelige tilbud, eller (II) grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Forbuddet mod at forhandle om grundlæggende elementer skal ses i sammenhæng med, at en ordregiver ikke under processen må foretage

ændringer i udbudsgrundlagets grundlæggende elementer. Hvis ordregiver ønsker at ændre et grundlæggende element i udbudsmaterialet, må udbuddet annulleres, og kontrakten genudbydes.

Ifølge både forarbejderne til udbudsloven og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning er forbuddet mod at forhandle om grundlæggende elementer ikke til hinder for, at mindstekrav drøftes på forhandlingsmøderne – ordregiver må blot ikke ændre mindstekravene. Der er heller ikke noget til hinder for, at ordregiver indleder forhandlinger med en tilbudsgiver, som har taget forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke føre til en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, ligesom tilbudsgiveren skal have frafaldet alle forbehold over for grundlæggende elementer ved det endelige tilbud.

## FØR, UNDER OG EFTER FORHANDLINGERNE

Før udbuddet iværksættes, er der en række overvejelser, som ordregiver skal gøre sig. For det første skal ordregiver ved udarbejdelse af udbudsbekendtgørelsen tage stilling til, om ordregiver vil forbeholde sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af det indledende tilbud. Derudover skal ordregiver i udbudsbekendtgørelsen kort redegøre for, hvordan forhandlingsforløbet

forventes at forløbe. I den forbindelse skal ordregiver tage stilling til, om forhandlingerne skal forløbe i flere faser med henblik på at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles om (kaldet *shortlisting*). Afslutningsvis skal ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen tage stilling til, om der ydes vederlag til tilbudsgiverne i forhandlingerne.

Ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne kan det derudover være en fordel for ordregiver at beskrive forhandlingsforløbet grundigt, herunder beskrive eventuelle emner for forhandling. En grundig beskrivelse af forhandlingsforløbet giver tilbudsgiverne et indblik i, hvordan ordregiver ønsker, at forhandlingsprocessen skal forløbe – og hvorfor forhandlingerne ønskes afholdt. Derudover bør ordregiver – før offentliggørelse af udbuddet – grundigt overveje brugen af mindstekrav. Som nævnt har mindstekrav som klar hovedregel karakter af grundlæggende elementer, som ikke kan ændres under udbudsprocessen. Ordregiver kan derfor med fordel overveje, om den ønskede løsning kan beskrives ved funktionskrav. Ordregiver kan også udnytte mulighederne for markedsdialog for at få afdækket markedet og behovet for mindstekrav, inden udbuddet offentliggøres.

Det er vores erfaring, at ordregiver bør afsætte ressourcer til at forberede forhandlingsmøderne grundigt. Forud for forhandlingerne bør de indledende

tilbud gennemgås, og konkret feedback forberedes til hver enkelt tilbudsgiver, som udsendes på forhånd sammen med en dagsorden. Jo bedre forberedt ordregiver – og tilbudsgiver – er, jo mere kan begge parter få ud af forhandlingerne, hvilket i sidste ende resulterer i en bedre løsning for ordregiver.

Udbudsloven stiller krav om, at forhandlingsforløbet skal dokumenteres. Ordregiver bør derfor tage referat af alle forhandlingsmøder, ligesom det kan være en god idé at sende referatet til tilbudsgiveren efter mødet.

Efter forhandlingerne skal ordregiver overveje, om forhandlingerne har givet anledning til at ændre udbudsmaterialet. Hvis der foretages ændringer i udbudsmaterialet, skal alle tilbudsgivere underrettes herom samtidigt. Har ordregiver forbeholdt sig ret til at gennemføre flere forhandlingsrunder, skal ordregiver nu overveje, om det er nødvendigt at afholde yderligere forhandlingsrunder, eller om ordregiver kan anmode tilbudsgiverne om endelige tilbud ■

## GODE RÅD TIL UDBUD MED FORHANDLING

### INDEN UDBUDET/ UDBUDSGRUNDLAGET

- Hvad er formålet med forhandlingerne: Beskriv, hvilke elementer der kan forhandles om.
- Overvej brugen af mindstekrav, da disse ikke kan ændres undervejs i processen.
- Beskriv, hvilke forbehold ordregiver accepterer i henholdsvis de(t) indledende og endelige tilbud. Typisk accepteres alle forbehold frem til det endelige tilbud.
- Fastlæg datoerne for forhandlingsmøderne i udbuddets tidsplan.
- Overvej, om tilbudsgiverne skal honoreres for deres tilbudsafgivelse. Det kan skabe incitament til bedre tilbud.
- Beskriv forhandlingsprocessen i udbudsmaterialet og overvej, om der skal tages forbehold for at gennemføre flere forhandlingsfaser.

### UNDER UDBUDET

- Sæt ressourcer af til at forberede forhandlingsmøderne.
- Lav en dagsorden forud for hvert forhandlingsmøde.
- Overvej nøje, hvem der skal deltage på forhandlingsmøderne fra ordregivers side.
- Skriv referat af forhandlingsmødet undervejs på mødet.
- Afslut forhandlingsmøderne med at opsummere og orientere tilbudsgiverne om den fremadrettede proces.



Annelouise Dalgaard Pedersen  
Advokat, partner  
adp@horten.dk



Anne-Sophie Kämpf Svane  
Advokat  
ans@horten.dk



Simone Reinhardt Nielsen  
Advokatfuldmægtig  
srn@horten.dk