

Konkurrencepræget dialog - en analyse af Udbudsdirektivet art. 29

The competitive dialogue - an analysis of art. 29 in the Public Sector Directive

af VIVIAN JACOBSEN

Indenfor Udbudsdirektivets anvendelsesområde gælder der som udgangspunkt et forbud mod forhandling, som har til formål at sikre, at konkurrenceforvridning ikke finder sted ved indgåelse af offentlige kontrakter. Forhandlingsforbuddet modificeres i det omfang, at en kontrakt er tilstrækkelig kompleks til, at udbudsformen, konkurrencepræget dialog, kan finde anvendelse. Udbudsdirektivet art. 29 er dog formuleret meget upræcist, hvilket har medført stor usikkerhed omkring dens fortolkning. Med udgangspunkt i dansk og europæisk retslitteratur samt relevante kendelser fra Klagenævnet for Udbud indeholder specialet en beskrivelse og analyse af anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog samt en behandling af væsentlige elementer vedrørende proceduren. Grundet usikkerheden omkring udbudsformen er Udbudsdirektivet art. 29 indtil nu blevet fortolket mere restriktiv, end det angiveligt har været hensigten ved dens indførelse i Udbudsdirektivet, hvorfor ordregivere har været tilbageholdende med at anvende den konkurrenceprægede dialog. Med henblik på at sikre en effektiv offentlig sektor har Europa Kommissionen foreslået en modernisering af udbudsprocedurerne, således at procedurerne bliver mere tilgængelige i praksis og bedre anvendelig som redskab i forhold til de udfordringer, som medlemsstaterne står overfor. Med de udmeldinger der kommer fra Europa Kommissionen kan det tyde på, at grænserne for dialog vil rykkes såvel som adgangen til den konkurrenceprægede dialog udvides.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	2
1.1. Problemformulering	4
2. Regelgrundlaget	4
2.1. Baggrunden for Udbudsdirektivet	4
2.2. Udbudsdirektivets anvendelsesområde	5
2.3. De generelle principper	5
3. Forhandlingsforbuddet	6
3.1. Fælleserklæringen	6
3.2. Adgangen til forhandling	7
4. Baggrunden for den konkurrenceprægede dialog	8
5. Anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog	9
5.1. Kravet om at de traditionelle udbudsprocedurer ikke kan benyttes	11
5.1.1. Kravspecifikationer	11
5.1.2. Muligheder for fleksibilitet under de almindelige udbudsprocedurer	12
5.2. Kravet om særlig komplekse kontrakter	15
5.2.1. Tekniske forhold	15

5.2.2. Juridisk og finansiel kompleksitet.....	17
5.2.3. Kravet om objektiv umulighed.....	19
6. Processen for den konkurrenceprægede dialog	28
6.1. Den konkurrenceprægede dialog 3 faser	28
6.2. Fortrolighed.....	29
6.3. Trinvis udskillelse af løsninger	31
6.4. Konkurrence i tilbudsfasen.....	34
6.5. Afklaring, præcisering og tilpasning i tilbudsfasen	36
7. Den konkurrenceprægede dialog 3 faser fremtidige rolle	40
8. Konklusion	42
9. Litteraturliste	43

1. Indledning

Europa-Kommissionen¹ udgav i januar 2011 en Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb.² Forslagene i Grønbogen skal bidrage til et mere velfungerende og effektiv europæisk marked for offentlige kontrakter, således at de mest optimale resultater opnås.

I lyset af at det eksisterende regelsæt betragtes som ufleksibel, kompliceret og administrativt byrdefuldt, har Kommissionen bekendtgjort³ at den senest i begyndelsen af 2012 vil fremsætte lovgivningsforslag med det formål at forenkle og modernisere EU-reglerne for offentlige indkøb for at gøre tildelingen af kontrakter mere smidige. Kommissionen har desuden åbnet op for mere forhandling mellem parterne for at imødekomme behovet for mere fleksibilitet i indkøbsprocessen.⁴

Regeringen støtter op om en udvidet adgang til dialog mellem den ordregivende myndighed og ansøger/tilbudsgiver vedrørende indholdet af deres ansøgninger/tilbud. Dette tilkendegiver de i deres høringssvar til Kommissionen,⁵ men har også i en tidligere udarbejdet strategiplan offentliggjort dette.⁶ Endvidere anbefaler regeringen en lettere adgang til at anvende den konkurrenceprægede dialog som udbudsprocedure.

Dette speciale sætter fokus på udbudsproceduren, ”konkurrencepræget dialog, idet der er uklarhed omkring udbudsprocedurens anvendelsesområde henholdsvis hvordan dialogfasen, der udgør en del af udbudsproceduren, skal gennemføres.

Særligt umulighedsvurderingen i Udbudsdirektivet⁷ (i det følgende benævnt UBD) art. 1, stk. 11, litra c sammenholdt med UBD 31. præambelbetragtning har skabt usikkerhed om den korrekte forståelse af udbudsformen.

Det har resulteret i, at udbudsformen ikke har været anvendt i det omfang, som har været lovgivers hensigt.

¹ I det følgende benævnt Kommissionen

² Grønbog 2011

³ KOM (2010) 608 endelig, forslag 17, s. 15

⁴ Grønbog 2011, afsnit 2.1.

⁵ Regeringens høringssvar til Kommissionens grønne bog om modernisering af EU's politik for offentlige kontrakter, s. 7f

⁶ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Da den konkurrenceprægede dialog blev indført i det seneste UBD var det netop med henblik på at skabe større fleksibilitet i procedurene, særligt i forhold til de alternative samarbejdsformer.⁸ Udbudsformen har som sagt ikke været anvendt i det omfang, den var tiltænkt, men med en udvidet adgang til at benytte den konkurrenceprægede dialog, som regeringen foreslår,⁹ vil denne udvikling angiveligt ændre sig.

Det lovgivningsmæssige grundlag for den konkurrenceprægede dialog bliver beskrevet. Med udgangspunkt i kendelser fra Klagenævnet for Udbud sammenholdt med Kommissionens Grønbøger og Kommissionens kommenterende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog samt øvrig retslitteratur bliver anvendelsesområdet for udbudsformen tillige beskrevet og analyseret.

Derudover bliver væsentlige elementer af udbudsproceduren nærmere behandlet.

Ved anvendelse af ovennævnte retskilder vil det blive analyseret, om ordregivers fravalg under dialogfasen af en tilbudt løsning på det udførte fører til, at den deltager, som har foreslået løsningen også udelukkes fra videre deltagelse i proceduren, herunder fra at afgive tilbud på den eller de af ordregiveren valgte løsninger.

Endelig vil pligten for konkurrence i tilbudsfasen blive vurderet, såvel som grænserne for afklaring, præcisering og tilpasning af et tilbud efter afgivelse af tilbud, men før udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive gennemgået.

Under hensyntagen til de ændringsforslag til UBD, som Kommissionen fremlægger i ovennævnte Grønbog, vil den konkurrenceprægede dialog fremtidige rolle afslutningsvis blive belyst, særligt i forhold til det offentlig-private samarbejde. En omfattende behandling af de forskellige offentlig-private samarbejdsformer vil ikke foretages i dette speciale.

Det skal bemærkes, at specialet koncentrerer sig om perioden efter offentliggørelse af et udbud men før kontraktstildeling, og afgrænser sig til offentlige kontrakter, hvis anslåede værdi eksklusiv moms svarer til eller overstiger de i UBD art. 7 anførte tærskelværdier.¹⁰

I henhold til UBD gælder der som udgangspunkt et forhandlingsforbud, som i en vis grad modificeres ved anvendelse af den konkurrenceprægede dialog. Forhandlingsforbuddet gælder dog ikke udenfor UBD anvendelsesområde, og parterne har ved indgåelse af kontrakter omfattet af Tilbudsloven¹¹ henholdsvis Forsyningsvirksomhedsdirektivet¹² derfor udvidet adgang til forhandling. Dette til trods for at Tilbudsloven og Forsyningsvirksomhedsdirektivet er bygget på de samme forhold og betragtninger som UBD, herunder ligebehandlingsprincippet. Disse regelsæt vil imidlertid ikke blive behandlet i det følgende, og en nærmere stillingtagen til denne forskel vil ikke foretages.

I et udbudsretligt perspektiv vil dialog henholdsvis forhandling som udgangspunkt ikke være tilladt og det skal afslutningsvist bemærkes, at begreberne, i dette speciale, vil blive anvendt som synonymmer for dette forbud.

⁸ Steinicke m.fl. 2008, s. 84

⁹ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011, s. 19

¹⁰ Tærskelværdierne for 2011 for varer- og tjenesteydelser ved regioner og kommuner er kr. 1.438.448 og kr. 931.698 ved staten. Bygge- og anlægsarbejder er kr. 36.110.270.

¹¹ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter

¹² Direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004

1.1. Problemformulering

I dette speciale vil grænserne for dialog mellem offentlige myndigheder og private virksomheder ved udbud af offentlige kontrakter blive belyst. Et særligt fokus vil være på udbudsformen, konkurrencepræget dialog, som har været genstand for omfattende diskussion. Således vil anvendelsesområdet blive nærmere undersøgt, såvel som væsentlige elementer ved processen vil forsøges afklaret.

Som led i undersøgelsen af anvendelsesområdet og processen vil jeg analysere relevant praksis. Hverken EU-Domstolen eller andre nationale retsinstanser i Europa har taget stilling til anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog henholdsvis andre aspekter af proceduren. Kun den administrative klageinstans i Danmark, Klagenævnet for Udbud, har afsagt kendelser om anvendelsesområdet, hvorfor analysen i høj grad vil være koncentreret omkring disse kendelser. Kendelserne vil blive suppleret af dansk og udenlandsk retslitteratur, der derimod er omfangsrig.

Det kunne være interessant at undersøge, hvordan udvalgte europæiske lande fortolker UBD art. 29, men grundet den sparsomme retspraksis, vil dette være svært at afdække. Dette speciale vil derfor behandle den konkurrenceprægede dialog ud fra et dansk perspektiv, men dog med inddragelse af også udenlandsk retslitteratur.

2. Regelgrundlaget

2.1. Baggrunden for Udbudsdirektivet

Med henblik på at gøre de grundlæggende bestemmelser om fri bevægelighed i TEUF¹³ (nugældende traktat) mere effektive blev det første Udbudsdirektiv vedtaget i 1970. Efterfølgende har Udbudsdirektivet ændret form flere gange, men den 31. marts 2004 blev UBD vedtaget. Dette er stadigvæk gældende.

Udbudsreglerne er led i det regelkompleks i form af traktatbestemmelser, direktiver og forordninger, der tilsammen skal bidrage til at skabe EU's indre marked for offentlige kontrakter, hvor der er reel fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, og hvor konkurrencen om offentlige kontrakter er effektiv.¹⁴

At UBD's primære formål er at gennemføre det indre marked, fremgår blandt andet af 2. præambelbetragtning til det nuværende UBD, hvori det angives, at direktivreguleringen sker dels med det formål at sikre de generelle princippers virkning, dels med det formål at garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter.

Nødvendigheden af at indføre særlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter baseres på den erkendelse, at staten – i modsætning til en virksomhed – ikke er disciplineret af markedets kræfter ved gennemførelsen af en anskaffelse. Midlet til at skabe et indre marked, som hindrer nationale virksomheder i at blive favoriseret, er ved opstillingen af en pligt til at anvende forud fastsatte procedurer ved indgåelse af offentlige kontrakter. UBD har opstillet en lang række krav og begræns-

¹³ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (i det følgende benævnt TEUF)

¹⁴ Hjelmberg m.fl., s. 23

ninger, som staten er forpligtet til at påse, hvorved risikoen for at offentlige ordregivere ved tildeling af kontrakter lader sig lede af andre end økonomiske og saglige hensyn elimineres.¹⁵

2.2. Udbudsdirektivets anvendelsesområde

UBD finder anvendelse på offentlige kontrakter. Hvad der skal forstås ved en offentlig kontrakt, er defineret i UBD art. 1, stk. 2, litra a:

”Ved ”offentlige kontrakter” forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.” (min fremhævelse)

Hvad der skal forstås ved begreberne ”økonomisk aktør” og ”ordregivende myndighed”, vil der ikke i specialet blive redegjort nærmere for, ligesom heller ikke den nærmere afgrænsning af hvilke typer af kontrakter, der er omfattet af UBD samt tærskelværdier vil være genstand for behandling. Specialets kerne er derimod spørgsmålet om, hvornår offentlige myndigheder, med de nugældende regler, kan indgå i dialog med økonomiske aktører med henblik på at drøfte mulige løsningsforslag. Fokus vil her være på den konkurrenceprægede dialog, som er hjemlet i UBD art. 29. I det følgende forudsættes det således, at UBD’s øvrige betingelser, som er opregnet i det ovenstående, er opfyldte.

2.3. De generelle principper

TEUF’s grundlæggende bestemmelser, herunder forbuddet mod national forskelsbehandling¹⁶, fri bevægelighed af varer¹⁷, tjenesteydelser¹⁸, arbejdstagere¹⁹, etablering²⁰ og kapital²¹ og endelig forbuddet mod begrænsning af konkurrencen²², gælder for alle offentlige kontrakter, uanset om kontrakten er omfattet af UBD’s detaljerede procedurebestemmelser eller ej. Offentlige kontrakter er tillige underlagt TEUFs grundlæggende principper, der kan udledes af de omtalte bestemmelser, hvorfor UBD skal fortolkes i overensstemmelse hermed.²³

Et delmål med UBD for at nå det overordnede mål er at overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handle på en gennemsigtig måde, hvilket udtrykkeligt følger af UBD art. 2.

Principperne søges opnået gennem direktivets detaljerede procedurebestemmelser, hvor der stilles krav om offentliggørelse af planlagte indkøb eller arbejder, såvel som krav om, at proceduren for udvælgelse og tildeling skal være de økonomiske aktører bekendt forud for deres deltagelse. Endelig ligger det i princippet om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, at alle tilbudsgivere skal underlægges de samme vilkår og betingelser i forbindelse med udbuddet.

¹⁵ Hjelmberg m.fl., s. 21

¹⁶ TEUF art. 18

¹⁷ TEUF art. 28-30 og art. 34-37

¹⁸ TEUF art. 56-62

¹⁹ TEUF art. 45-48

²⁰ TEUF art. 49-55

²¹ TEUF art. 63-65

²² EF-traktatens art. 101 og 102

²³ UBD’s 2. præambelbetragtning

3. Forhandlingsforbuddet

Indenfor UBD's anvendelsesområde gælder et forbud mod forhandling. Forhandlingsforbuddet er hovedsageligt baseret på det for udbudsretten essentielle ligebehandlingsprincip, der er nævnt eksplicit i UBD art. 2. En fri adgang til forhandling ville kunne bruges til at fremme usaglige hensyn, og en begrænsning i forhandlingsadgangen tilsigter derfor at skabe en gennemsigtig og formaliseret udbudsprocedure, hvis primære formål er at sikre ligebehandling af tilbudsgivere i udbudsforløbet samt sikre en mulighed for at kontrollere, at de udbudsretlige regler og principper overholdes.

3.1. Fælleserklæringen

Der findes ingen regler i UBD, som bestemmer, at forhandling i forbindelse med udbud ikke er tilladt. På samme måde findes der heller ingen regler, som angiver argumentationen for et sådan forhandlingsforbud. Baggrunden for forhandlingsforbuddet må være, at det er vanskeligt at kontrollere, at konkurrencebetingelserne overholdes, såfremt proceduren ikke er gennemsigtig, hvilket den ofte ikke vil være, hvis forhandlingerne tillades.²⁴

Ligebehandlingsprincippet, som forhandlingsforbuddet udledes af, angiver ikke afgørende retningslinjer for muligheden for drøftelser i forbindelse med offentligt og begrænset udbud.²⁵

Den manglende klarhed om forbuddets omfang har fået Rådet og Kommissionen i en fælleserklæring til at formulere forhandlingsforbuddet i mere detaljerede vendinger;

*"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."*²⁶

Erklæringens retlige værdi er imidlertid ikke klar. I henhold til TEUF art. 288 tillægges alene forordninger, direktiver og afgørelser bindende virkning under bestemte forudsætninger, hvorfor denne type erklæring vil kategoriseres som soft law. Alligevel fastslog EU-Domstolen²⁷ i Grimaldi-sagen,²⁸ at soft law ikke kunne anses for at være ganske uden retsvirkninger. Domstolen anførte, at to kommissionshenstillinger skulle tages i betragtning ved fortolkning af national ret, der implementerer EU-ret eller kompletterer denne og efter omstændighederne også i andre tilfælde.²⁹

Ifølge det i ovennævnte dom anførte, er det uomtvisteligt, at der ikke kan ses bort fra henstillinger i national ret. Hvorvidt fælleserklæringer, som ikke er positivt nævnt i TEUF art. 288 i modsætning til henstillinger, skal tillægges samme styrke som henstillinger, er dog mere usikkert. Generaladvokat Tesauros angiver i sit forslag til afgørelse i Storbælt-sagen,³⁰ at han ikke mener, at der er tale

²⁴ Steinicke m.fl. 2008, s. 355

²⁵ Steinicke m.fl. 2008, s. 356

²⁶ EF-tidende 1994 L111/114. Erklæringen knytter sig til art. 7, stk. 4 i det tidligere bygge- og anlægsgdirektiv og art. 20 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv.

²⁷ Med tiltrædelse af Lissabontraktaten pr. 1. december 2009 ændres EF-Domstolen til EU-Domstolen

²⁸ Sag C-322/88, præmis 18

²⁹ EU-ret, s. 206

³⁰ Sag C 243/89

om en erklæring uden retsvirkninger, men giver i øvrigt ikke nogen begrundelse for dette synspunkt. I dommen tages der dog ikke stilling til generaladvokat, Tesausros, betragtning.

Endvidere er fælleserklæringen af Klagenævnet for Udbud i flere tilfælde blevet lagt til grund uden forbehold. EU-Domstolen har ikke udtrykkeligt taget stilling til anvendelse af fælleserklæringen, men henset til generaladvokatens og Klagenævnet for Udbuds anvendelse af fælleserklæringen må det tale for en obligatorisk hensyntagen til soft law.³¹ Fælleserklæringen antages dog ikke at have samme retskildeværdi som selve direktivteksten, men har en betydning som fortolkningsbidrag ved anvendelse og fortolkning af UBD.

Fælleserklæringen udelukker som udgangspunkt forhandling. Erklæringen efterlader imidlertid det indtryk, at der i visse tilfælde, forudsat at ligebehandlingsprincippet ikke overtrædes, eksisterer en adgang til at føre lovlige forhandlinger.

Lovligheden af en eventuel forhandling afhænger af om genstanden for forhandling er af grundlæggende betydning for tilbuddet. Det er vanskeligt at definere, hvad der giver et element en grundlæggende betydning i forbindelse med et udbud. UBD har ikke fastlagt en definition og udgangspunktet for vurderingen må tages i den beskrivelse af kontraktgenstanden og de udbudsbetingelser, som er fastlagt af den ordregivende myndighed.³² Ethvert element i udbudsmaterialet kan i princippet være grundlæggende, men vil eksempelvis være, hvis det pågældende element ikke kan udelades fra opgaven uden, at opgaven ændres eller umuliggøres. Dog nævner fælleserklæringen udtrykkeligt, at forhandling om priser ikke er tilladt.

En nærmere vurderingen af hvad der giver et element en grundlæggende betydning, vil imidlertid ikke være genstand for behandling i nærværende speciale. Det beror som sagt på en konkret vurdering, og en stillingtagen til dette spørgsmål vil kræve en analyse af kendelserne fra Klagenævnet for Udbud henholdsvis EU-Domstolen.

3.2. Adgangen til forhandling

Selv om et forhandlingsforbud kan være velbegrundet af hensyn til at sikre ligheden mellem de bydende virksomheder, fjerner det den fleksibilitet ved kontraktindgåelsen, som ofte er nødvendig for at optimere kontraktydelsen/erhvervsen.³³

I udbud om indkøb af en standardvare er behovet for drøftelser mellem parterne ikke stort, da varen nemt kan prissættes og specificeres. Ved disse anskaffelser vil de ordinære udbudsprocedurer, herunder ”offentligt udbud” og ”begrænset udbud”, være velegnet, eftersom den ordregivende myndighed utvivlsomt vil være i stand til at udarbejde et tilstrækkeligt detaljeret udbudsmateriale.

Det generelle forhandlingsforbud gælder for de ordinære procedurer, hvorfor kontakt mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiverne forud for identifikationen af den vindende tilbudsgiver er begrænset til afklarende og præciserende formål. Særligt i forhold til store komplekse anskaffelser er forhandlingsforbuddet imidlertid blevet opfattet som en hindring for, at de ordregivende myndigheder kan opnå den bedste kvalitet for pengene, idet inddragelse af de økonomiske aktørers ekspertise i en række situationer kan være nødvendig for at opnå den bedste tekniske, økonomiske eller juridiske løsning på et konkret offentligt behov. Ofte har den ordregivende myndighed ikke

³¹ Steinicke m.fl. 2008, s. 357

³² Steinicke m.fl. 2008, s. 363f

³³ Hjelmberg m.fl., s. 30f og 225

tilstrækkeligt kendskab til markedet, herunder markedets løsninger, hvorfor den ordregivende myndighed ikke kan udarbejde en detaljeret kravspecifikation uden, at den ordregivende myndighed forinden har været i dialog med markedet herom. Dialog vil derfor i disse tilfælde være hensigtsmæssige.

Det nugældende UBD giver imidlertid adgang til forhandling ved anvendelse af udbudsprocedurerne udbud med forhandling med henholdsvis uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.³⁴ Karakteristisk for procedurerne er, at de ordregivende myndigheder henvender sig til økonomiske aktører, som de selv udvælger.³⁵ De forhandler herefter kontraktens vilkår med en eller flere af disse, enten efter – eller uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Brugen af de nævnte procedurer var også mulig forud for UBD's vedtagelse i 2004, men eftersom de alene kan anvendes, når hvis visse nærmere angivne betingelser er opfyldt, er procedurerne tiltænkt et snævert anvendelsesområde. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i UBD art. 30 og 31, kan udbud med forhandling med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse finde anvendelse i dag.³⁶

Procedurerne omtalt i UBD art. 30 og 31 er ikke omfattet af forhandlingsforbuddet, men skal stadig overholde ligebehandlingsprincippet. Kontraktindgåelse på grundlag af forudgående forhandling må dog anses for mindre gennemsigtig end anvendelse af procedurerne, offentligt udbud og begrænset udbud, hvorfor UBD's mål om konkurrence og markedsåbning derfor ikke kan forventes fremmet i samme omfang. På den anden side kan forhandlinger være hensigtsmæssig på andre områder.

Kommission beskriver, i Grønbogen om offentlige indkøb fra 1996, de foreløbige erfaringer med udbud efter forhandling således:

”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 egnet til at opfylde målsætningen om gennemsigtighed i kontrakterne.”³⁷

En nyskabelse i det seneste UBD var indførelsen af udbudsproceduren ”konkurrencepræget dialog”.³⁸ En nærmere redegørelse og analyse af denne udbudsprocedure vil være genstand for behandling i de følgende afsnit.

4. Baggrunden for den konkurrenceprægede dialog

Som omtalt i det ovenstående, blev der i 2004 gennemført væsentlige ændringer i EU's udbudsregler. Op gennem 1990'erne havde Kommissionen foretaget et løbende arbejde med henblik på at forbedre udbudsreglerne, og resultatet af dette arbejde blev blandt andet introduktionen af udbudsproceduren, konkurrencepræget dialog, der i forbindelse med udbud af særlig komplekse kontrakter gør det muligt for den ordregivende myndighed at indgå en tæt dialog med udvalgte markedsdeltagere under udbudsproceduren. Man havde taget den fremførte kritik af det nærmest absolutte for-

³⁴ UBD art. 30 og 31

³⁵ UBD art. 1, stk. 11, litra d

³⁶ UBD art. 28

³⁷ Grønbog 1996, pkt. 3.16

³⁸ UBD art. 29

handlingsforbud til sig, og med respekt for EF-traktaten³⁹ grundlæggende principper blev der arbejdet på at skabe større fleksibilitet i procedurene.⁴⁰

Baggrunden for den konkurrenceprægede dialog indførelse skal ses i lyset af den offentlige sektors stigende interesse for private virksomheders samarbejdsformer. Man vurderede, at der kunne være gunstige samfundsøkonomiske perspektiver i et styrket offentlig-privat samspil, som kunne bidrage til en øget beskæftigelse og en mere effektiv offentlig sektor, hvorfor interessen for at udbrede disse partnerskaber var stor.

I en juridisk sammenhæng påkalder etableringen af et partnerskab sig imidlertid interesse i forhold til udbudsreglerne, da etableringen af et partnerskab kræver et reelt udbudsforløb. Det er normalt ordregivers ønske, at de økonomiske aktører indgår i en dialog med ordregiver, således at der samarbejdes om at forme indholdet af projektet, både i relation til de tekniske ydelser og i relation til den juridiske og finansielle struktur. En sådan dialogfase var imidlertid svært foreneligt med forhandlingsforbuddet i de hidtidige EU-udbudsdirektiver,⁴¹ hvorfor det besværliggjorde processen.

Udbud med forhandling er dog en udbudsprocedure, som tillader forhandlinger. I forhold til dens anvendelsesområde har Kommissionen i Grønbogen anført, at det er meningen, at udbud med forhandling kun anvendes i særlige situationer, hvor der på forhånd er usikkerhed omkring arten eller omfanget af det arbejde, der skal udføres. Andre faktorer som eksempelvis fastsættelse af prisen på grund af komplekse juridiske eller finansielle strukturer kan ikke begrunde anvendelsen af udbud med forhandling.⁴² Den pågældende udbudsform vil derfor ikke være anvendelig i forhold til særligt komplekse kontrakter. Dette speciale har sit fokus på den konkurrenceprægede dialog, hvorfor udbud med forhandling ikke vil underlægges en dybdegående behandling.

Grundet den stigende interesse for de alternative samarbejdsformer udviklede der sig således et generelt ønske om at udvide mulighederne for drøftelser mellem ordregiver og tilbudsgivere. På baggrund af Grønbogen om offentlige indkøb i EU⁴³ modtog Kommissionen mange henvendelser omkring netop dette emne, og de måtte i KOM (98)143, punkt 2.1.2.2. konkludere, at der var behov for mere smidige udbudsprocedurer. Kommissionen havde erfaret, at indkøberne ved særligt komplekse indkøb kendte deres behov, men ikke på forhånd kendte den mest velegnede tekniske løsning, der kunne tilfredsstille behovene. I disse tilfælde var det derfor nødvendigt med en diskussion om kontrakten og en dialog mellem køber og leverandør. Resultatet af disse bestræbelser blev vedtagelsen af det gældende UBD, som indførte muligheden for anvendelse af den konkurrenceprægede dialog.

5. Anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog

Definitionen på den konkurrenceprægede dialog er nævnt i UBD art. 1, stk. 11, litra c:

”Ved ”konkurrencepræget dialog” forstås en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med henblik på at udvikle en eller flere

³⁹ Med Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 omdøbes EF-traktaten til TEUF

⁴⁰ Steinicke m.fl. 2008, s. 84

⁴¹ tjenesteydelsesdirektivet 92/50, indkøbsdirektivet 93/36 og bygge- og anlægsdirektivet 93/37

⁴² Grønbogen 2004, afsnit 2.1.1., pkt. 24

⁴³ Grønbogen 1996

løsninger, der kan opfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.”

I henhold til UBD art. 29, stk. 1, 1. led kan udbudsproceduren konkurrencepræget dialog alene finde anvendelse, hvis følgende to kumulative betingelser er opfyldt:

1. Aftalen skal vedrøre en særlig kompleks kontrakt, og
2. Udbudsprocedurerne offentligt eller begrænset udbud kan ikke anvendes ved indgåelse af kontrakten.

Ydermere er det et krav efter UBD art. 29, stk. 1, 2. pkt., at kontrakten tildeles på grundlag af tildelingskriteriet, det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette er i overensstemmelse med, at det alternative hovedtildelingskriterium, den laveste pris, anvendes, hvor enten den udbudte vare eller ydelse er af simpel karakter, eller hvor den udbudte vare, ydelse eller bygge- og anlægsopgave er endog meget vel beskrevet i udbudsmaterialet suppleret med en række minimumskrav og kontraktkrav.⁴⁴ Såfremt den ordregivende myndighed allerede ved offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen er bevidst om, at tildelingskriteriet, den laveste pris, er egnet til at identificere det bedste tilbud, må der fra starten være en sådan klarhed omkring udbudsmaterialet, at det forekommer usandsynligt, at udbudsformen konkurrencepræget dialog kan anvendes.

UBD art. 29, stk. 1, 1. led er formuleret meget overordnet og upræcist, hvilket har medført stor usikkerhed ved fortolkningen heraf. Det er i særdeleshed spørgsmålet om, hvornår en kontrakt er *særlig kompleks*, der har givet anledning til fortolkningsvanskeligheder. Endvidere er det uklart, hvilken grad af umulighed der skal foreligge for den ordregivende myndighed til i overensstemmelse med art. 23, stk. 3, litra b), c) eller d) objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål og/eller præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt.⁴⁵

Der foreligger ingen afgørelse fra EF-Domstolen omkring anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog. Så vidt forfatteren er bekendt, har ingen anden national retsinstans, med undtagelse af den administrative klageinstans i Danmark, Klagenævnet for Udbud, taget stilling til nærværende spørgsmål.⁴⁶

Grundet de kendelser vi har fra Klagenævnet for Udbud, er de danske erfaringer derfor af interesse i en europæisk kontekst. Dette skal desuden sammenholdes med, at vi i Danmark allerede har anvendt den konkurrenceprægede dialog ca. 50 gange⁴⁷, hvilke er relativt hyppigt størrelsen af det danske marked taget i betragtning.

Endelig skal interessen for de danske erfaringer ses i lyset af metoden, hvorpå UBD blev implementeret i Danmark. Grundet den særlige danske implementeringsmetode, som giver mulighed for en hurtig omsætning af EU-reglerne til national ret, kunne danske ordregivere som de første i EU nemlig tage de nye udbudsregler i brug ved årsskiftet 2004/2005.⁴⁸ Ved den danske implementeringsmetode er direktivteksten gennemført direkte ord for ord, og teksten er vedlagt som et bilag til den

⁴⁴ Hjelmberg m.fl., s. 315

⁴⁵ UBD art. 1, stk. 11, litra c

⁴⁶ Dette understøttes bl.a. af udtalelser fra Sue Arrowsmith fsva. England samt konkurrencemyndigheden i Norge hhv. Sverige, som efter henvendelse kan bekræfte, at der ikke, på tidspunktet for besvarelse af e-mail af 5. april 2011, 6. april 2011 og 7. april 2011, fandtes national praksis på området i de respektive lande.

⁴⁷ Treumer 2010, s. 2

⁴⁸ BEK nr. 937 af 16/09/2004 som er ændret ved BEK nr. 712 af 15/06/2011

gældende bekendtgørelse, hvormed den danske fortolkning af UBD er så tæt på de EU-retlige kilder, som det er muligt.⁴⁹

Afslutningsvist skal det bemærkes, at den danske implementering af UBD gennem en bekendtgørelse betyder, at direktivets regler anvendes direkte uden mulighed for at støtte sig til en autoritativ fortolkning fra Folketinget i lov og forarbejder. Anvendelsen af udbudsreglerne præges derfor i høj grad af den fortolkning, som Klagenævnet for Udbud anlægger ved konkrete tvister. På en række områder har det ført til en mindre fleksibel tilgang til UBD end det har været EU-lovgivers hensigt, og det har skabt usikkerhed om den korrekte forståelse af reglerne.

Med udgangspunkt i teori og kendelser fra Klagenævnet for Udbud vil der i det følgende foretages en analyse af anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog med henblik på at forsøge at fastlægge reststillingen.

5.1. Kravet om at de traditionelle udbudsprocedurer ikke kan benyttes

I forhold til den negative afgrænsning af UBD art. 29, stk. 1 stilles der krav om, at et offentligt eller begrænset udbud ikke kan anvendes. Med dette kriterium sikres det, at den konkurrenceprægede dialog alene kan benyttes, hvor de to konkurrencesikre udbudsprocedurer ikke finder anvendelse.

Anvendelse af offentligt og begrænset udbud forudsætter nemlig udarbejdelse af et komplet udbudsmateriale, hvilket som oftest ikke er muligt i forhold til komplekse kontrakter. I forhold til den negative afgrænsning af anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog er det derfor af betydning, hvilket niveau for gennemsigtighed der stilles til udbudsmaterialet. Området for anvendelsen af den konkurrenceprægede dialog udvides i takt med, at kravene til gennemsigtighed forhøjes, eftersom ordregiver i disse tilfælde skal have bedre markedskendskab og indsigt i egne behov for at udarbejde et fyldigt udbudsgrundlag.

Ved indgåelse af offentlige kontrakter skal de ordregivende myndigheder som udgangspunkt anvende offentligt eller begrænset udbud.⁵⁰ Grundet forhandlingsforbuddet tilvejebringer disse udbudsprocedurer tilstrækkelige garantier for ligebehandling og konkurrence, og er derfor tiltænkt at skulle anvendes ved de fleste offentlige indkøb. Visse anskaffelser kan imidlertid ikke lade sig beskrive objektivt og som det følgende vil nærmere belyse, kan kravene til udbudsmaterialet begrænse den ordregivende myndigheds mulighed for at anvende offentligt eller begrænset udbud.

5.1.1. Kravspecifikationer

Selve fundamentet for indgåelse af en offentlig kontrakt er udbudsgrundlaget, som blandt andet skal indeholde en beskrivelse af anskaffelsen og en specifikation af de med anskaffelsen forbundne tekniske, økonomiske og juridiske krav.

I forhold til beskrivelse af anskaffelsen anføres det afslutningsvist i 29. præambelbetragtning til UBD, at:

”De tekniske specifikationer bør være klart angivet, således at alle tilbudsgivere er klar over, hvad de krav, som de ordregivende myndigheder har stillet, omfatter.”

⁴⁹ Implementering af lovpakken i Danmark, s. 48

⁵⁰ UBD art. 28, 2. led

De nærmere regler om tekniske specifikationer følger af art. 23 i UBD, hvor det endvidere nævnes, at det høje krav til detaljering i udbudsgrundlaget skal ses i lyset af UBD's overordnede mål om ligebehandling og gennemsigtighed. De offentliggjorte kriterier skal give de økonomiske aktører lige muligheder og samtidig sikre, at de indkomne tilbud vurderes ud fra det samme grundlag, således at forskelsbehandling blandt de økonomiske aktører ikke finder sted.

For at tilvejebringe tilstrækkelige garantier for ligebehandling og konkurrence ved et EU-udbud gælder der ved offentligt og begrænset udbud et forbud mod forhandling mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiverne i perioden mellem afgivelse af tilbud og tildeling. Der stilles derfor høje krav til detaljeringsgraden i udbudsgrundlaget. Det har den betydning, at den ordregivende myndighed på forhånd skal bibringe tilstrækkelige præcise informationer om kontraktens tekniske, økonomiske og juridiske elementer, således at de økonomiske aktører ubesværet kan udarbejde et tilbud på grundlag af det i udbudsgrundlaget oplyste.⁵¹

Kravene til udbudsmaterialet vil ikke blive et problem i forhold til sædvanlige anskaffelser. Derimod vil indgåelse af særligt komplekse kontrakter⁵² begrænse den ordregivende myndigheds mulighed for at anvende offentlig og begrænset udbud, da manglende detailkendskab til, hvordan og i hvilken udstrækning markedet kan opfylde den ordregivende myndigheds behov alt andet lige medfører, at hverken udbudsbetingelsernes kravspecifikation eller kontraktudkast kan fastsættes med den fornødne detaljeringsgrad.⁵³

Høje krav til detaljering og specificering giver i øvrigt særlige problemer ved komplekse anskaffelser, hvor der ved udformning af kravspecifikationen begås fejl eller stilles uhensigtsmæssige krav. Kravene udformes for eksempel således, at den ordregivende myndigheds processer og forretningsgange ikke understøttes i tilstrækkeligt omfang, eller myndighedens eksisterende processer og teknologi i for høj grad bliver afspejlet i kravene, hvilket begrænser tilbudsgivernes muligheder for at udnytte deres markedskendskab og kreativitet til at tilbyde andre løsninger.

Ordregivende myndigheders mulighed for at skabe fleksibilitet under begrænsede udbud af komplekse kontrakter afhænger i betydelig grad af, i hvilken udstrækning den ordregivende myndighed kan anvende mere overordnede funktionskrav samt tilvejebringe adgang til at tage forbehold og afgive alternative tilbud.

5.1.2. Muligheder for fleksibilitet under de almindelige udbudsprocedurer

Det ovennævnte illustrerer, hvordan den ordregivende myndigheds manglende markedskendskab og indsigt i egne behov kan være en barriere ved udarbejdelse af kravspecifikation. Indenfor visse fastsatte rammer giver UBD dog mulighed for, at den ordregivende myndighed kan drage fordel af aktørernes kreativitet og markedskendskab uden forudgående dialog mellem parterne.

UBD art. 23 giver for eksempel ordregiver mulighed for at begrænse sig til at anføre kravene til funktionsdygtighed eller funktionelle krav.⁵⁴ Ved at begrænse sig til at angive kravene til kontraktgenstanden som funktionsdygtighed eller funktionelle krav, fokuseres der på anskaffelsens "output" frem for på detaljerne i denne, og det overlades i højere grad til kontraktpartneren at fastlægge, hvordan kontrakten skal opfyldes. Dette kan give forskellige løsningsmuligheder for det resultat,

⁵¹ Hjelmberg m.fl., s. 174f

⁵² Særligt komplekse kontrakter defineres i UBD art. 1, stk. 11, litra c

⁵³ Offersen og Frank 2009, s. 330

⁵⁴ UBD art. 23, stk. 3, litra b

som den ordregivende myndighed har fastsat rammerne for ved hjælp af en beskrivelse af anskaffelsens funktionelle krav eller funktionsdygtighed.

Anvendelsen af en sådan mere overordnet og udetaljeret beskrivelse af anskaffelsens funktionalitets og/eller funktionskrav, uden mulig for dialog eller forhandling, er dog ofte problematisk ved særligt komplekse kontrakter. Dels er overordnede funktionskrav ofte svære at identificere rent udbudsretligt, hvilket forøger risikoen for uklarhed og vilkårlighed i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Dels kan en kravspecifikation, der indeholder mere overordnede funktionskrav til anskaffelsen eller beskrivelse af hvilke processer og behov, som den ordregivende myndighed ønsker understøttet eller opfyldt ofte give anledning til efterfølgende usikkerhed og tvister.⁵⁵

En anden mulighed er adgangen til forbehold. Især i tidligere udbudsretlig praksis var det reglen ved udbud af komplekse anskaffelser, at tilbudsgivere i stort omfang fik adgang til og tog forbehold. Forbeholdene var affødt af overordnede beskrivelser og krav i udbudsmaterialet, der igen var nødvendiggjort af ydelsens kompleksitet og den ordregivende myndigheds manglende kendskab til, hvad markedet kunne levere til opfyldelse af det konkrete behov.⁵⁶

Forbehold over for grundlæggende elementer medfører, at den ordregivende myndighed har pligt til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Hvis forbeholdet ikke angår et grundlæggende element, har den ordregivende myndighed ret, men ikke pligt til at afvise tilbuddet, forudsat at den ordregivende myndighed kan foretage en saglig prissætning af forbeholdet.

Klagenævnet for Udbuds praksis på området for prissætning af forbehold er ganske restriktiv. Således har klagenævnet i kendelsen af 15. august 2003, Bravida Danmark A/S mod Statens Forsikrings- og Uddannelsesbygninger, med henvisning til ligebehandlingsprincippet udtalt:

”Udbyderens prissætning af et forbehold skal foretages sådan, at den tilbudsgiver, der har taget forbeholdet, ikke som følge af forbeholdet eller forbeholdene stilles bedre end tilbudsgivere, der ikke har taget forbehold. Hvis det ikke er muligt at foretage en sådan prissætning, skal udbyderen undlade at tage det tilbud, der indeholder forbehold, i betragtning. Heraf følger endvidere: Prissætning af et forbehold skal foretages sådan, at det arbejde, som forbeholdet angår, med sikkerhed kan udføres for det beløb, som forbeholdet ansættes til ved prissætningen. Hvis det ikke er muligt at foretage en sikker prissætning, skal udbyderen undlade at tage det tilbud, der indeholder forbehold, i betragtning.”

Tilsvarende betragtning findes i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. august 2003, Skanska Danmark A/S mod Vejle Kommune.

På baggrund af ovennævnte kendelser fra Klagenævnet for Udbud gør kravene til sikker prissætning af forbehold det vanskeligt at anvende forbehold i udbud af særligt komplekse anskaffelser. Forbehold over for detaljer af teknisk karakter i tekniske specifikationer kan sjældent prissættes på meningsfuld måde, sådan som det ofte er muligt ved forbehold under udbud af sædvanlige kontrakter.⁵⁷

Endelig kan den ordregivende myndighed i henhold til UBD art. 24 give de økonomiske aktører tilladelse til at præsentere alternative tilbud, såfremt den ordregivende myndighed i udbudsgrundlaget har fastlagt nærmere bestemte mindstekrav, som tilbuddene skal opfylde.

⁵⁵ Offersen og Frank 2009, s. 330

⁵⁶ Offersen og Frank 2009, s. 331

⁵⁷ Offersen og Frank 2009, s. 331

Dog stilles der i praksis betydelige krav til mindstekravenes indhold. Således udtalte Klagenævnet for Udbud i sin kendelse af 14. september 1998, Det Danske Handelskammer mod Danmarks Statistik:

”Angivelsen af mindstekrav skal have et sådant indhold og være så præcis, at tilbudsgiverne kan konstatere mindstekravenes indhold med fornøden sikkerhed i forbindelse med udarbejdelsen af tilbud, at tilbudsgiverne endvidere har mulighed for at afgive alternative tilbud, der er ligeså dækkende for den udbudte ydelse som tilbud, der opfylder samtlige udbudsbetingelser, samt at udbyderen har mulighed for i overensstemmelse med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at foretage en saglig vurdering af de modtagne tilbud, uanset om de opfylder samtlige udbudsbetingelser eller alene mindstekravene.”

Det afgørende for, om den ordregivende myndighed i direktivets forstand kan præcisere sine behov gennem funktionskrav under et begrænset udbud er, om den ordregivende myndighed uden dialog med tilbudsgiverne kan formulere mindstekrav, der er tilstrækkeligt præcise til at opfylde Klagenævnet for Udbuds praksis udviklet efter principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Idet komplekse kontrakter netop er kendetegnende ved, at ordregiver har svært ved objektivt at præcisere de tekniske, finansielle og juridiske forhold i forbindelse med et projekt, eftersom denne ikke har det fornødne markedskendskab eller indsigt i, hvordan den ønskede løsning opnås, antages alternative tilbud ikke at være egnede i forhold til komplekse kontrakter, da præcise mindstekrav forekommer vanskelige at opstille.

På baggrund af det ovenstående kan det konkluderes, at i forhold til særligt komplekse kontrakter⁵⁸ vil det ikke kunne forventes, at den ordregivende myndighed er i stand til at fastsætte detaljerede tekniske, retlige og finansielle specifikationer for anskaffelsen i udbudsgrundlaget. De muligheder som UBD giver for at drage nytte af aktørenes kreativitet og markedskendskab under et offentligt eller begrænset udbud, antages heller ikke at være anbefalelsesværdigt ved særlig komplekse kontrakter. Under hensyntagen til at ordregiver skal sikre et vist minimum af gennemsigtighed og en ligelig behandling af de bydende, skal alle økonomiske aktører have adgang til et ens og entydigt konkurrencegrundlag ud fra forud fastsatte tekniske, juridiske eller finansielle forhold. Ved særlig komplekse kontrakter vil ordregiver dog have svært ved at opfylde de kriterier, der er omtalt i det ovenstående, hvilket nødvendiggør en tættere kontakt mellem myndigheden og de økonomiske aktører, som alene kan ske under de i UBD art. 29, 30 og 31 fastlagte omstændigheder. De omtalte bestemmelser sikrer dog ikke i samme grad overholdelse af TEUF's grundlæggende rettigheder som de almindelige udbudsprocedurer gør, hvorfor den negative afgrænsning i UBD art. 29, stk. 1 er indsat som betingelse for brug af den konkurrenceprægede dialog.

Afslutningsvist skal det dog bemærkes, at alternativet til dialog med de økonomiske aktører er, at ordregiver vil være nødt til at opstille krav til ydelsen, som de mener, vil give den bedste og billigste løsning i forhold til det behov, de søger dækket. Grundet manglende markedskendskab vil der være en stor risiko for, at dette ikke er korrekt. Det gælder således om at finde en balance mellem hensynet til ligebehandling og gennemsigtig overfor hensynet til dialog. Med den konkurrenceprægede dialog har man forsøgt at imødekomme begge behov. Alligevel har retspraksis fra Klagenævnet for Udbud vist en tendens til at lægge for meget vægt på hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed, og hvis dette bliver den gængse holdning, vil proceduren miste sin betydning. I det følgende vil denne problematik blive nærmere behandlet.

⁵⁸ Definitionen er nævnt i UBD art. 1, stk. 11, litra c

5.2. Kravet om særlig komplekse kontrakter

Med henvisning til ordlyden i UBD art. 29, stk. 1 stilles der et positivt krav om, at alene ved særligt komplekse kontrakter kan den konkurrenceprægede dialog anvendes.

Ifølge UBD art. 1, stk. 11, litra c anses en offentlig kontrakt for at være ”særligt kompleks”, når den ordregivende myndighed;

- ikke er i stand til i overensstemmelse med art. 23, stk. 3, litra b), c) eller d) objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål, og/eller
- ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt.

De nærmere retningslinjer for anvendelse af konkurrencepræget dialog er beskrevet i 31. præambelbetragtning til UBD, som ligeledes er af vigtig betydning ved fortolkning af anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog.

UBD indeholder ikke en positivliste over de situationer, hvor anvendelse af konkurrencepræget dialog er berettiget. I 31. præambelbetragtning nævnes nogle af de situationer, hvor det kan være svært på forhånd at have fuldstændig klarhed over, hvad markedet kan tilbyde, og hvor der kan være behov for sparring med den økonomiske aktør. Dette kan eksempelvis være ved indkøb af nyt IT-system og ved gennemførelse af et kompliceret transportinfrastrukturprojekt. Konkurrencestyrelsen nævner ligeledes i sin vejledning områder, hvor den teknologiske udvikling går stærkt.⁵⁹ Derudover kan den konkurrenceprægede dialog anvendes i tilfælde, hvor udførelsen af et projekt indebærer kompleks, struktureret finansiering, og hvor de finansielle og de juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen.

I det følgende vil det blive vurderet, hvornår der foreligger den fornødne tekniske, juridiske og finansielle kompleksitet til at opfylde anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog. Endvidere vil kravet om ”objektiv umulighed” blive behandlet, herunder hvilken grad af umulighed der skal være til stede til at præcisere forholdene førend kravene i UBD art. 1, stk. 11, litra c er opfyldt.

5.2.1. Tekniske forhold

Kommissionen nævner to tilfælde, i deres forklarende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog, hvor der kan foreligge den fornødne tekniske kompleksitet.⁶⁰ Det vil dels være i de tilfælde, hvor den ordregivende myndighed kan fastsætte den ønskede løsning, men ikke teknisk præcisere løsningens gennemførelse, dels tilfælde hvor den ordregivende myndighed fastlægger den overordnede funktion, men ikke kan bedømme, hvilken af flere mulige løsninger der bedst sikrer funktionen.

Sidstnævnte fortolkning kan udledes af UBD 31. præambelbetragtning, hvor der står følgende: ”.. eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger.” Også UBD art. 29, stk. 3 støtter denne fortolkning, idet det angives, at: ”..en dialog, hvis formål er at indkredse og fastslå, hvorledes deres behov bedst kan opfyldes.” Med 31. præambelbetragtning

⁵⁹ KS vejl. pkt. 6.1.3., afsnit II

⁶⁰ Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.2.

henholdsvis UBD art. 29, stk. 3 gives der adgang til en videre fortolkning af anvendelsesområdet, idet der i forhold til ordlyden, ikke alene sigtes til anskaffelser, hvor det er ”umuligt objektivt” at præcisere de tekniske, finansielle og/eller juridiske vilkår, men også til anskaffelser hvor den offentlige eller begrænsede procedure ikke kan anvendes til at finde den bedste løsning. Henset til at den konkurrenceprægede dialog blev introduceret med henblik på at gøre det muligt at anvende en mere fleksibel procedure på områder, hvor udbud med forhandling ikke kunne benyttes, støtter Sue Arrowsmith ligeledes en bredere fortolkning af anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog, da en for strikt opfattelse ikke vil leve op til formålet med proceduren.⁶¹

Kommissionen udtaler i forlængelse af ovenstående, at kravet om den fornødne kompleksitet oftest er opfyldt i disse situationer.⁶² Med denne udtalelse signalerer Kommissionen vigtigheden af innovation og forøget konkurrence, som tilgodeses ved, at den ordregivende myndighed ikke notorisk vælger den kendte løsning som grundlag for sin kravspecifikation.

I forhold til førstnævnte tilfælde af kompleksitet i Kommissionens forklarende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog, hvor det er objektivt umuligt at fastlægge de tekniske krav, må det ved vurderingen tages i betragtning, at UBD udtrykkeligt henviser til muligheden for at fastlægge disse gennem funktionskrav eller angivelse af funktionsdygtighed, jf. art. 23, stk. 3, litra b.

Det afgørende for, om den ordregivende myndighed i direktivets forstand kan præcisere sine behov gennem funktionskrav under et begrænset eller offentligt udbud er, om den ordregivende myndighed uden dialog med tilbudsgiverne kan formulere funktionskrav, herunder mindstekrav til alternative tilbud, der er tilstrækkeligt præcise til at opfylde Klagenævnet for Udbuds praksis udviklet efter principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Med henvisning til UBD art. 1, stk. 11, litra c ligger en indikation af, at en konkurrencepræget dialog også kan anvendes, hvis vilkårene og forholdene kan fastlægges i nogen grad men ikke i tilstrækkeligt omfang til at kunne danne grundlag for tilbud.⁶³ Hvis funktionskravene derfor ikke kan formuleres, er der rimelig sikkerhed for, at den ordregivende myndighed, ud fra en konkurrence-mæssig bedømmelse, vil modtage for mange tilbud med ikke-konditionsmæssige forbehold, hvilket vil kunne begrunde anvendelse af den konkurrenceprægede dialog. Det samme er tilfældet, hvis der foreligger risiko for, at funktionskravene efterlader sådan spillerum, at der aftaleretlig vil kunne rejses begrundet tvivl om det præcise indhold af den valgte tilbudsgivers forpligtelser.

Fortilfælde vil være et element af væsentlig betydning for, om ordregiveren kan anses for objektivt ikke at kunne fastsætte de tekniske vilkår.⁶⁴ I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune, blev en kontrakt om ændring/fornyelse af parkeringsautomaterne i Aalborg Kommune udbudt som konkurrencepræget dialog i henhold til UBD. På samme tidspunkt havde Aarhus Kommune udbudt en i art og omfang identisk opgave i offentligt udbud, hvilket talte imod at antage, at Aalborg Kommune havde været ude af stand til objektivt at præcisere kontraktvilkårene for så vidt angår de tekniske, retlige og/eller finansielle forhold. Klagenævnet fandt på den baggrund, at Aalborg Kommune ikke havde bevist, at betingelserne for anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog var opfyldt.

Kendelsen er i overensstemmelse med Michael Steinicke og Lise Groesmeyers synspunkt, idet de udtaler, at i tilfælde, hvor to ordregivende myndigheder uafhængigt af hinanden udbyder ensartede

⁶¹ Arrowsmith 2005, s. 634

⁶² Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.2.

⁶³ Steinicke m.fl. 2008, s. 334

⁶⁴ Steinicke m.fl. 2008 s. 334

varer eller tjenesteydelser til opfyldelse af samme behov, er den ordregivende myndighed ikke berettiget til at anvende konkurrencepræget dialog uden at have forsøgt at skaffe sig den fornødne information om de tekniske vilkår fra enten rådgivere eller fra den anden offentlige myndighed.⁶⁵ Er der derimod ingen tekniske rådgivere, der kan rådgive ordregiveren tilstrækkeligt om den nødvendige tekniske præcisering, indikerer dette, at kontrakten er særligt kompleks i og med det i teknisk henseende forudsætter inddragelse af leverandørmarkedet. Hvis risikoen for inhabilitet under udbuddet hindrer den ordregivende myndighed i at få den nødvendige kvalificerede professionelle bistand til udformning af de tekniske specifikationer, er det således en indikation på, at konkurrencepræget dialog kan anvendes.⁶⁶ Steinicke og Groesmeyer udtaler videre, at ordregiver ikke er forpligtet til at søge information hos de mulige leverandører, da dette medfører risiko for forskelsbehandling som følge af teknisk dialog, hvis leverandørerne senere deltager i et udbud.⁶⁷

Som det senere vil blive belyst, kommer Klagenævnet for Udbud ikke med en nærmere afgrænsning af anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog. Det skal dog her bemærkes, at klagenævnet, i kendelse af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area mod Københavns Bymuseum, kvalificerede en kontrakt om anskaffelse af en interaktiv multimedievæg til anvendelse af udbudsformen uanset en relativ beskedent økonomi, hvilke vidner om, at Klagenævnet ikke anser konkurrencepræget dialog for reserveret til de få helt store, bekostelige projekter.⁶⁸

5.2.2. Juridisk og finansiel kompleksitet

Den del som angår fastlæggelse af finansielle og juridiske forhold tager sigte på projekter med offentligt private partnerskaber (i det følgende benævnt OPP) eller andre typer projekter, hvor der sker en opgave- eller risikodeling mellem den offentlige sektor og den private sektor, som adskiller sig fra et sædvanligt mere traditionelt leveranceforhold.⁶⁹

Kendetegnende for OPP projekter er, at finansiering, design, etablering og drift sammentænkes i udbuddet af projektet, og at den private operatør over en langvarig periode på op til 20-30 år forestår finansieringen af drift og anlæg af offentlige interesser, som typisk etableres i tilknytning til indgåelse af kontrakten om OPP-projektet.⁷⁰ OPP's helt særlige karakteristika – den private finansiering – er forankret i risikodelingen mellem den ordregivende myndighed og OPP-selskabet, og det helt centrale for denne kontraktform er dermed, hvordan de risici, som over kontraktperioden er forbundet med projektet, fordeles præcist mellem ordregiveren og operatøren.

Selvom der måske flere gange tidligere er gennemført et tilsvarende OPP-projekt og derved opnået relevant erfaring om en række af de grundlæggende finansielle og juridiske forhold, angår kontrakter om OPP-projekter sådanne komplicerede finansielle og juridiske forhold, at de ofte vil kunne anses for særligt komplekse.⁷¹

Kommissionens holdning synes da også at være, at OPP-projekter normalt kan udbydes ved konkurrencepræget dialog. Således har Kommissionen anført i sine forklarende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog,⁷² at det meget, meget ofte vil forekomme ved OPP-projekter, at de

⁶⁵ Steinicke m.fl. 2008, s. 334

⁶⁶ Steinicke m.fl. 2008, s. 333, note 420

⁶⁷ Steinicke m.fl. 2008, s. 334

⁶⁸ Offersen og Frank, 2009, s. 336

⁶⁹ Steinicke m.fl. 2008, s. 335

⁷⁰ Handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP), januar 2004, s. 10

⁷¹ Steinicke m.fl. 2008, s. 335

⁷² Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.3

retlige og/eller finansielle forhold ikke kan præciseres, samt at betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog som oftest vil være opfyldt ved sådanne projekter⁷³

Dog bemærker Kommissionen, at den enkelte kontrakt fortsat er underlagt en konkret vurdering, hvorfor OPP-projekter ikke automatisk betragtes som juridisk og finansielt komplekse.⁷⁴

Kommissionen anfører videre i Grønbogen at konkurrencepræget dialog er særligt velegnet ved indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med etableringen af et kontraktuel OPP.⁷⁵

Med henvisning til Kommissionens Grønbog fra 2004 sammenholdt med det anførte i Kommissionen forklarende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog, indikerer dette et videre anvendelsesområde for den konkurrenceprægede dialog, end hvad der kan udledes af ordlyden i UBD.⁷⁶

Desuden er den konkurrenceprægede dialog også mere anbefalelsesværdig ved indgåelse af OPP-projekter i modsætning til de traditionelle udbudsprocedurer. Grundet behovet for en forholdsvis omfattende og kompleks aftalemæssig regulering af OPP-projekter, har ordregiver ofte en interesse i at indgå i en dialog med de økonomiske aktører med henblik på at samarbejde om at forme indholdet af projektet både i relation til de tekniske ydelser og i relation til den juridiske og finansielle struktur. I betragtning af projekterne økonomiske størrelse vil ordregiver typisk være forpligtet til at foretage offentligt udbud efter UBD af et OPP-projekt. Dialogfasen, som kendes fra den konkurrenceprægede dialog, vil derfor være svært forenelig med forhandlingsforbuddet i de traditionelle udbudsprocedurer.

Også i andre sammenhænge end OPP-projekter kan der være usikkerhed om, hvilke retlige eller finansielle vilkår der kan accepteres af de økonomiske aktører. Kommissionen fremhæver blandt andet i sine forklarende bemærkninger,⁷⁷ at anvendelse af konkurrencepræget dialog er særligt hensigtsmæssig ved udbud af kontrakter, hvor der er usikkerhed om, hvorvidt der sker en tilstrækkelig risikoovertagelse til den økonomiske aktør, således at der er tale om en koncessionskontrakt. Anvendes konkurrencepræget dialog får ordregiveren dels en fleksibel mulighed for at drøfte risikofordelingen og –håndteringen med de relevante markedsaktører, dels sikkerhed for at have opfyldt pligt til EU-udbud, hvis resultatet bliver, at der ikke foreligger en koncessionskontrakt.⁷⁸

I de seneste år har der været en stadig større interesse for offentlig-privat innovationssamarbejde (i det følgende benævnt OPI), som er et tæt og gensidigt samarbejde mellem offentlige og private virksomheder med henblik på nytænkning og udvikling af offentlige løsninger. Det særegne ved OPI-samarbejdet, sammenlignet med andre former for offentlig-privat samarbejde, er, at relationen mellem deltagerne ikke kan karakteriseres som et aftager/leverandør-forhold med henblik på levering af en kendt løsning. Deltagerne er derimod udviklingspartnere, der sammen udforsker nye innovative løsninger på fælles definerede problemer.

I de fleste tilfælde medfinansierer begge parter i samarbejdet om udviklingen af løsningen og påtager sig således hver især en økonomisk risiko. Hvordan de risici, som over kontraktperioden er forbundet med projektet, skal fordeles mellem ordregiver og den økonomiske aktør er retlige og finansielle forhold, som ud fra det ovennævnte ofte vil kunne anses for særligt komplekse.

⁷³ Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.3.

⁷⁴ Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.3., note 5

⁷⁵ Grønbog 2004, afsnit 2.1.1., s. 11

⁷⁶ Ruback 2005, s. 71 og Treumer 2006, s. 5

⁷⁷ Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.3.

⁷⁸ Steinicke m.fl. 2008, s. 336, note 425

Derudover skal det bemærkes, at forløbet i et OPI-samarbejde, som typisk opstår ved, at der identificeres et problem i den offentlige sektor, hvorefter der udvikles ideer og koncepter til løsning af de identificerede problemer i et samarbejde mellem offentlige og private virksomheder, tillige vil kunne begrunde teknisk kompleksitet. Som Kommissionen har anført i sine forklarende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog,⁷⁹ og som det nærmere er redegjort for i det tidligere afsnit, kan den fornødne tekniske kompleksitet foreligge i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed kan fastsætte den ønskede løsning, men ikke teknisk præcisere løsningens gennemførelse. Da OPI-samarbejdet skal give plads til uforløste erhvervsøkonomiske og velfærdsmæssige potentialer, vil den ordregivende myndighed ikke være i stand til at præcisere sine behov gennem funktionskrav. Forsøget på at formulere tilstrækkelige præcise funktionskrav vil derimod medføre, at formålet med samarbejdsformen forspildes, idet der ikke gives parterne plads til at udvikle innovative løsninger til et givent offentligt problem.

Grundet det langvarige samarbejde mellem parterne er der flere elementer af kontrakten, der skal fastlægges. Muligheden for at drøfte disse forhold efter offentliggørelse af udbuddet vil derfor være en fordel, hvorfor anvendelse af den konkurrenceprægede dialog vil være at anbefale.

En nærmere analyse af den konkurrenceprægede dialog i forhold til anvendelsen af de offentlig-privat samarbejdsformer, herunder hvilken fremtidig rolle udbudsproceduren vil spille, vil blive belyst i et senere afsnit, og vil derfor ikke være genstand for behandling i det følgende.

5.2.3. Kravet om objektiv umulighed

Ordlyden i UBD art. 29, stk. 1 giver det indtryk, at der efterlades den ordregivende myndighed et vidt skøn i forhold til at vurdere, hvornår kontrakter er særligt komplekse. Dette er imidlertid ikke korrekt, idet betingelserne for særligt komplekse kontrakter nærmere er defineret i UBD art. 1, stk. 11, litra c. Dog efterlader bestemmelsen en betydelig usikkerhed omkring anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog. Hvor ordregiveren, i henhold til UBD art. 1, stk. 11, litra c, skal være *ude af stand til objektivt* at præcisere forholdene, følger det derimod af direktivets 31. præambelbetragtning, at det skal være *objektivt umuligt* for ordregiver at fastlægge forholdene. Det er således uklart, hvilken betydning der skal tillægges ordet *objektivt*, samt hvilken grad af umulighed, der skal foreligge i forhold til fastlæggelse af tekniske, finansielle og juridiske forhold, før en kontrakt anses for særligt kompleks.

UBD's 31. præambelbetragtning angiver ydermere, at forholdet ikke må bero på den ordregivende myndigheds egen skyld, hvilket synes at indikere et mindre strikt udgangspunkt end den fuldstændige umulighed. Fortolkningen bekræftes endvidere af Kommissionen, som i deres bemærkninger til UBD henviser til første del af 31. præambelbetragtning og anfører, at betingelsen om umulighed ikke er et abstrakt begreb, men skal vurderes i den konkrete sammenhæng og blødes op af henvisningen i 31. præambelbetragtning til, at den enkelte ordregiver ikke selv må være skyld i, at han ikke kan præcisere de tekniske, finansielle eller juridiske forhold.⁸⁰

En mulig afklaring på formulering "uden egen skyld" nævnt i UBD's 31. præambelbetragtning og en nærmere vurdering af umulighedskravet omtalt i UBD art. 1, stk. 11, litra c vil i det følgende blive behandlet med inddragelse af synspunkter fra retslitteraturen og retspraksis fra Klagenævnet for Udbud.

⁷⁹ Kommissionens Explanatory note, afsnit 2.2.

⁸⁰ Kommissionens Explanatory Note, afsnit 2.1.

5.2.3.1. *Konkurrencepræget dialog som en undtagelsesprocedure?*

I henhold til UBD art. 28, 2. led fremgår det, at offentlige og begrænsede udbud almindeligvis skal anvendes ved indgåelse af offentlige kontrakter. Alene under de særlige betingelser og omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i UBD art. 29, 30 og 31, kan procedurerne, hjemlet i førnævnte bestemmelser, finde anvendelse.

Den konkurrenceprægede dialogs betydning i forhold til de øvrige udbudsprocedurer, herunder hvorvidt den skal betragtes som en undtagelsesprocedure med et yderst begrænset anvendelsesområde, er uklar og retslitteraturen er heller ikke klar på dette punkt. Forholdet vil få en vis betydning i forhold til den efterfølgende analyse af kontraktens kompleksitet.

I Grønbogen fra 1996⁸¹ er det anført, at udbud med forhandling, specielt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, er en udbudsprocedure, der kun må benyttes i undtagelsestilfælde og kun i de tilfælde, der er udtømmende opregnet i direktiverne. Bestemmelserne vedrørende denne procedure skal fortolkes restriktivt, og den, der agter at gøre brug af den, skal bevise, at de ekstraordinære omstændigheder, der begrundet fravigelsen af de normale procedurer, rent faktisk foreligger.

Det er utvivlsomt, at proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse ikke opfylder målene om markedsåbning og konkurrence, og samtidig gør proceduren ugennemsigtig. Som det ligeledes er nævnt i UBD art. 28, 2. led, kan proceduren derfor kun anvendes under de omstændigheder omtalt i UBD art. 31. For så vidt angår udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse nævner Grønbogen ikke udtrykkeligt, at denne procedure er underlagt de samme restriktive regler som udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Med henvisning til ordlyden i UBD art. 28, 2. led kan man få den opfattelse, at udbudsprocedurerne i UBD art. 29, 30 og 31 alle kun skal anvendes undtagelsesvist. Sue Arrowsmith giver imidlertid udtryk for, at det vil være bedst, hvis dette ikke var tilfældet for så vidt angår den konkurrenceprægede dialog. I sin argumentation for dette standpunkt nævner hun, at man ikke nødvendigvis kan drage paralleller mellem de omdiskuterede udbudsprocedurer. Dels bliver princippet om gennemsigtighed og konkurrence tilgodeset ved den konkurrenceprægede dialog, dels er UBD art. 28 formuleret på en sådan måde, at det indikerer en vis forskel mellem UBD art. 29 på den ene side og UBD art. 30 og 31 på den anden side.⁸²

Tilsvarende har flere i retslitteraturen anbefalet,⁸³ at myndighederne skal fortolke betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog mindre restriktivt, end ordlyden ligger op til, for på den måde at imødekomme den omfattende kritik om manglende fleksibilitet ved kontraktindgåelsen, som var genstand for udbudsformens indførelse ved vedtagelsen af det seneste UBD.⁸⁴ Selvom der med ordlyden i UBD art. 29 er lagt op til et nærmere afgrænset anvendelsesområde for den konkurrenceprægede dialog, finder de ikke, at det skal være nærmest umuligt at anvende udbudsformen. Med en for restriktiv fortolkning vil alene et fåtal af opgaver opfylde kriterierne, og udbudsformen vil miste betydning.

⁸¹ Grønbog 1996, pkt. 3.15

⁸² Arrowsmith 2005, s. 632

⁸³ Steinicke m.fl. 2008, s. 332 og Treumer 2004, s. 179, Brandt 2005, s. 56

⁸⁴ Direktiv 2004/18EF

Michael Burnett mener også, at der kan findes støtte i dette synspunkt i Kommissionens kommenterende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog. Med henvisning til Kommissionens bemærkninger anfører Burnett: ”At section 2.1. it describes the procedure as a ”special procedure, whose use is regulated” and not, as is the case with the negotiated procedure, an exceptional procedure.” Dette sammenholdt med, at Kommissionen ydermere bemærker, at ”the competitive dialogue is a procedure which can only be used in the specific circumstances expressly provided for in Article 29”⁸⁵ giver Kommissionen, ifølge Michael Burnett, udtryk for, at anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog ikke er så begrænset som udbud efter forhandling og derfor ikke skal betragtes som en undtagelsesprocedure, men at anvendelsesområdet snarere skal begrundes konkret.⁸⁶

I overensstemmelse med ovennævnte synspunkter, er det også forfatterens umiddelbare holdning, at det vil være bedst foreneligt med den konkurrenceprægede dialogs funktion og formål, hvis der i praksis skabes videregående adgang til denne udbudsprocedure sammenlignet med udbud med forhandling.

Under hensyntagen til baggrunden for den konkurrenceprægede dialogs indførelse kan det ikke anbefales at indsnævre anvendelsesområdet for meget, da man med reglerne netop har forsøgt at imødekomme det behov for dialog mellem parterne, som kan være nødvendigt ved særligt komplekse kontrakter, hvor ordregiver kan have svært ved at specificere kontraktkravene. Hvis man benytter en for restriktiv fortolkning af UBD art. 29, vil den konkurrenceprægede dialog blive nærmest overflødig, og et oplagt alternativ til UBD art. 29 kunne have været at indføre et litra e) i artikel 30 om udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse.

Endvidere skal det bemærkes, at selvom UBD art. 29 henholdsvis UBD art. 30 omtaler pligten for den ordregivende myndighed til at sikre ligebehandling af alle tilbudsgivere under forhandlingerne,⁸⁷ frembyder den konkurrenceprægede dialog lavest risiko for forskelsbehandling sammenlignet med udbud med forhandling. Med den udtrykkelige regulering af forhandlingsproceduren i UBD art. 29, som ikke viser sig i samme omfang under UBD art. 30, tilgodeser den konkurrenceprægede dialog konkurrence blandt de økonomiske aktører samt gennemsigtighed. Selve proceduren for den konkurrenceprægede dialog vil blive nærmere behandlet i et senere hovedafsnit, men det kan kort nævnes, at proceduren indledes med, at en udbudsbekendtgørelse bliver offentliggjort, hvori det meddeles, hvilke behov og krav ordregiver har i forhold til den konkrete opgave. Alle interesserede økonomiske aktører har herefter mulighed for at vise deres interesse for udbuddet. Udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse forløber derimod som et begrænset udbud frem til og med afgivelse af tilbud. Alene de indkomne tilbud kan danne grundlag for drøftelser mellem parterne med henblik på at finde den bedste løsning. Øvrige potentielle aktører får således ikke adgang til udbuddet, trods de efterfølgende ændrede forudsætninger for kontraktens indgåelse, hvilket resulterer i en mindre gennemsigtig procedure.

Som flere i retslitteraturen har anbefalet, og som der ligeledes er argumenteret for i det ovenstående, bør der anlægges mindre strenge krav ved fortolkningen af anvendelsesområdet for UBD art. 29 end ved fortolkningen af UBD art. 30. Dette synspunkt på den konkurrenceprægede dialog vil afspejle sig i den efterfølgende fortolkning af den for kontrakten fornødne kompleksitet, som er en forudsætning for udbudsprocedurens anvendelsesområde.

⁸⁵ Explanatory Note, afsnit 1

⁸⁶ Burnett 2009, s. 27, note 57

⁸⁷ UBD art. 29, stk. 3, 2. led og art. 30, stk. 3

5.2.3.2. Relativ eller absolut umulighedsvurdering

Ifølge ordlyden i UBD art. 1, stk. 11, litra c skal den ordregivende myndighed være ude af stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål og/eller præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt. UBD's 31. præambelbetragtning anfører derimod, at det skal være objektivt umuligt for den ordregivende myndighed at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, og at umuligheden, i forhold til at fastlægge vilkår mv., ikke skyldes ordregivers egne forhold.

En mulig afklaring af begrebet, "uden egen skyld", som nævnes i UBD's 31. præambelbetragtning samt en bedre forståelse af "umulighedsbegrebet" kan findes i de forklarende bemærkninger til artikel 29 i direktivforslaget fra maj 2000. Her står der blandt andet følgende:

*"The complexity must be established and able to be objectively justified by the contracting authority. This does not therefore concern subjective impossibility, i.e. due to deficiencies on the part of the contracting authority itself. The authority may not simply affirm that it is unable to provide a definition or an evaluation. On the contrary, the contracting authority must prove that this is objectively impossible, given the nature of this specific contract. Depending on the case this might mean that the contracting authority would be required to prove that there are no precedents for the project or that disproportionate time or money would be required to acquire the necessary knowledge."*⁸⁸

Afhængigt af det enkelte tilfælde kan dette ifølge direktivforslaget betyde, at myndigheden skal påvise, at der ikke er fortilfælde, eller at det ville have været nødvendigt at investere uforholdsmæssigt mange penge eller bruge uforholdsmæssigt megen tid på at erhverve den nødvendige viden. Denne fortolkning efterlader et meget snævert anvendelsesområde for den konkurrenceprægede dialog, som angiveligt ikke har været hensigten ved indførelsen af den nyere udbudsprocedure.

Direktivforslaget blev imidlertid ikke vedtaget og flere i retslitteraturen argumenterer i stedet for en relativ fortolkning af umulighedsbegrebet frem for et absolut umulighedsbegreb, som forslaget lagde op til.

Således udtaler Anne Rubach-Larsen blandt andet, at hvis direktivforslagets fortolkning følges, vil ét af hovedformålene med den konkurrenceprægede dialog ikke blive imødekommet. Adgangen til at inddrage de økonomiske aktørers ekspertise i forbindelse med præcisering af ordregiverens behov, uden at den økonomiske aktør efterfølgende vil blive udelukket fra at afgive tilbud, har været ét af målene med den nye udbudsform. De situationer, som den konkurrenceprægede dialog blev indført for at undgå, vil forekomme, såfremt omtalte fortolkning følges, idet direktivforslaget ligger op til, at alene i de tilfælde hvor involveringen af potentielle bydere, inden tilbudsafgivelse, vil blive uforholdsmæssigt dyrt eller tidskrævende, kan konkurrencepræget dialog anvendes.⁸⁹ I de øvrige tilfælde, hvor den konkurrenceprægede dialog ikke finder anvendelse, gælder forhandlingsforbuddet fuldt ud, hvorefter egentlig forhandling og kontakt mellem parterne er udelukket.

Under henvisning til de argumenter omtalt under det tidligere delafsnit, er det den overvejende holdning i retslitteraturen,⁹⁰ at myndighederne skal fortolke betingelserne for anvendelse af den konkurrenceprægede dialog mindre restriktiv, end hvad UBD foreskriver. Der er således deres opfattelse, at den "umulighed" direktivet henviser til, ikke skal forstås som et absolut begreb.

⁸⁸ Commission's Proposal, COM (2000) 275 final, Part III, concerning Chapter 4, Article 29

⁸⁹ Rubach 2005, s. 71f

⁹⁰ Steinicke m.fl. 2008, s. 332, Treumer 2004, s. 179, Brandt 2005, s. 56 og Offersen og Frank 2009, s. 337

Konkurrencestyrelsen deler derimod ikke den gængse opfattelse, idet umulighedsbegrebet, ifølge dem, skal fortolkes som et absolut begreb. Ifølge konkurrencestyrelsens vejledning⁹¹ er det ikke tilstrækkeligt, at den konkrete ordregiver har vanskeligt ved at opstille kravene, fordi vedkommende for eksempel ikke er vant til at gennemføre udbud. Der må derimod være tale om, at typen af opgave generelt vanskeligt lader sig beskrive. I den forbindelse må der tages hensyn til, om ordregiver nemt kan skaffe sig hjælp til beskrivelsen hos professionelle.

Den for Konkurrencestyrelsen udtrykte holdning er angiveligt præget af den fortolkning, som Klagenævnet for Udbud anlægger i konkrete tvister. Som det tidligere er nævnt, er udbudsreglerne i Danmark implementeret gennem en bekendtgørelse, hvorfor reglerne anvendes direkte uden mulighed for at støtte sig til en autoritativ fortolkning fra Folketinget i lov og forarbejder. Da der ikke foreligger afgørelser fra EU-Domstolen, der kan bidrage med egentlig afklaring af, hvornår den konkurrenceprægede dialog kan anvendes, præges anvendelsen af udbudsreglerne i høj grad af den fortolkning, som Klagenævnet for Udbud har anlagt.

Men heller ikke Klagenævnet for Udbuds holdning og dermed retstilstanden i Danmark med hensyn til betingelserne for den konkurrenceprægede dialog synes på sin side ganske afklaret. Dette endda til trods for, at Klagenævnet for Udbud har taget stilling til spørgsmålet i flere kendelser.

Første gang Klagenævnet for Udbud havde lejlighed til at behandle den konkurrenceprægede dialog var ved kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S.

Ørestadsparkering A/S havde ved konkurrencepræget dialog udbudt en kontrakt om ”design and execution of automatic parking facilities”. Klager gjorde gældende, at indklagede ikke i forbindelse med iværksættelse af udbuddet havde befundet sig i en situation, der kunne begrunde anvendelsen af konkurrencepræget dialog. Til støtte for sin påstand anførte klager, at denne flere gange havde installeret automatiske parkeringsanlæg uden brug af konkurrencepræget dialog og fandt derfor ikke, at det var en opgave, der vanskeligt lod sig beskrive. Desuden havde indklagede lavet forundersøgelser af markedet for automatiske parkeringssystemer og var i øvrigt assisteret af en bygherrerådgiver med betydelig ekspertise indenfor det udbudte område. Klager henviste således til kravet om den absolutte umulighed, nævnt i UBD’s 31. præambelbetragtning, og anførte, at det ikke havde været umuligt for indklagede i samråd med sine rådgivere at udforme de tekniske vilkår, der ville opfylde indklagedes behov og dermed ikke objektivt umuligt at gennemføre et offentligt eller begrænset udbud.

Indklagede bestred ikke, at der andre steder i verden fandtes automatiske parkeringsanlæg. På de foretagne besigtigelsesrejser konstaterede indklagede imidlertid, at der ikke fandtes anlæg med en kapacitet som ønsket og som samtidig var offentligt tilgængelig i et tæt bebygget byområde og som havde en designmæssig udformning, som modsvarede indklagedes krav og ønsker. Ingen af de besigtigede anlæg gav svar på de tekniske og designmæssige spørgsmål, som anlægget i Ørestaden havde rejst, hvorfor det var forhold som måtte drøftes med tilbudsgiverne. Endvidere anførte indklagede, at disse forhold ikke kunne have været afklaret ved at have tilkøbt sig ekspertise på området, da ekspertisen ikke fandtes på det danske marked, og da udenlandske rådgivere ikke kunne rådgive om danske myndighedsmæssige forhold.

⁹¹ KS vejl. pkt. 6.1.3, afsnit II

Klagenævnet for Udbud fandt, i overensstemmelse med den gængse teoretiske opfattelse, at den ”umulighed”, som direktivet henviser til, ikke skal forstås som et absolut begreb, og at den ordregivende myndighed således havde været berettiget til at benytte den konkurrenceprægede dialog som udbudsform.

Vedrørende anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog udtalte Klagenævnet i den forbindelse følgende:

“Uanset præambelens ordlyd i 31. betragtning er der imidlertid ikke grundlag for at antage, at muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er begrænset til tilfælde af »absolut umulighed« for anvendelse af de traditionelle udbudsformer som af klageren påstået. Klagenævnet henviser herved til EF- domstolens dom i sag C-215/88, Casa Fleischhandels GmbH, præmis 31, hvorefter en betragtning [i en præambel] kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men ikke i sig selv kan være en retsregel.

Der fremgår af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, at de ordregivende myndigheder »i den udstrækning de mener [engelsk: consider], at anvendelsen af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan [engelsk: may] gøre brug af konkurrencepræget dialog... «

Der er herefter efter direktivets ordlyd overladt de ordregivende myndigheder et vist – ganske vist begrænset skøn – ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt.”

Ved Klagenævnets vurdering af, om indklagede havde været berettiget til at anvende den konkurrenceprægede dialog, lagde Klagenævnet til grund, at der ikke tidligere havde været opført automatiske parkeringsanlæg i Danmark. Selvom de deltagende tilbudsgivere tidligere havde produceret sådanne anlæg, havde det ikke været muligt for dem at opfylde indklagedes krav til arkitektur og brugermønster. Efter en samlet vurdering fandt Klagenævnet, at den omhandlede kontrakt måtte anses for at være særligt kompleks i den betydning dette udtryk findes i UBD.

I modsætning til ovenstående kendelse fra 2008 kom Klagenævnet for Udbud ved kendelse af 27. april 2010, Damm Cellular System A/S mod Økonomistyrelsen, med dissens frem til, at den ”umulighed”, der skal være tilstede for, at den konkurrenceprægede dialog kan finde anvendelse, skal forstås som et absolut begreb.

Klager gjorde i sagen gældende, at de forhold som indklagede havde fremdraget som begrundelse for, at det ikke på forhånd var muligt objektivt at præcisere de tekniske, juridiske og finansielle forhold vedrørende ydelsen ikke udgør et tilstrækkeligt grundlag for at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog.

I forhold til anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog udtalte de to tekniske dommere således følgende:

”Anvendelse af denne udbudsform kræver, at der er tale om særligt komplekse kontrakter, og af de i Udbudsdirektivets præambel, betragtning 31 viste eksempler fremgår, at der stilles store krav for, at en kontrakt med rette kan anses for særlig kompleks.

Hertil kommer, at den ordregivende myndighed, jf. Udbudsdirektivet artikel 1, stk. 11, litra c, for at anvende nærværende udbudsform skal være ude af stand til objektivt at præcisere kontraktvilkårene for så vidt angår de tekniske, de retlige og/eller finansielle forhold.

Ordregiveren har bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldt.

Vi finder det afgørende, at den offentlige ordregivers subjektive forhold ikke tillægges betydning ved bedømmelse af udbuddets lovlighed.”

På baggrund af ovennævnte udtalelse fra Klagenævnet, var det deres opfattelse, at hvis en opgave kunne beskrives med hjælp af rådgivere, ville udbudsformen konkurrencepræget dialog ikke kunne anvendes. De to tekniske dommere fandt ikke, at indklagede havde godtgjort, at det var objektivt umuligt at beskrive de tekniske, retlige og finansielle forhold, der kræves for opfyldelse af kontrakten, hvorfor den konkurrenceprægede dialog ikke kunne anvendes i det pågældende udbud.

Det er vigtigt at bemærke, at den juridiske dommer i den pågældende sag dissenterede og således fandt, at Økonomistyrelsen havde været berettiget til at anvende den konkurrenceprægede dialog. Den juridiske dommer begrundede dette med, at der var betydelige forskelligheder i tilbudsgivernes tekniske udgangspunkt, og at Økonomistyrelsen havde behov for at vurdere økonomien i forhold til opfyldelsen af Økonomistyrelsens krav. Den juridiske dommer begrundede desuden resultatet i, at de retlige forhold omkring risikodeling mv. ikke lod sig beskrive objektivt.

Senest har Klagenævnet for Udbud i kendelse af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune, udtalt, at betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog ikke var opfyldt. Afgørelsen skal imidlertid ses på baggrund af, at en anden ordregivende myndighed havde gennemført et tilsvarende udbud uden brug af konkurrencepræget dialog. Det interessante ved denne kendelse er dog, at der, i overensstemmelse med klagenævnets kendelse af 8. januar 2008 blev anført, at der uanset ordlyden i præambelbetragtning 31 ikke er grundlag for at antage, at muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er begrænset til tilfælde af ”absolut umulighed” for anvendelse af de traditionelle udbudsformer.

Der er fortsat behov for et par yderligere afgørelser fra Klagenævnet for Udbud omhandlende betingelserne for anvendelse af den konkurrenceprægede dialog for at kunne udtale sig om klagenævnets stillingstagen til emnet. Alligevel kan man med sidstnævnte kendelse, med en vis forsigtighed, anføre, at klagenævnet anbefaler en relativ vurdering af umulighedsbegrebet, således at der overlades de ordregivende myndigheder et begrænset skøn ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget er opfyldt. Endelig skal man bemærke, at den juridiske dommer i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. april 2010 gav udtryk for tilsvarende holdning, hvorfor klagenævnets linje i forhold til anvendelsesområdet for den konkurrenceprægede dialog er ved at tegne sig, men at det endnu er for tidligt at ligge noget fast.

I kendelsen af 8. januar 2008 fra Klagenævnet for Udbud, omtaler klagenævnet to interessante punkter, der er afgørende i forhold til fortolkningen af umulighedsbegrebet; dels præambelens retskildeværdi dels ordregivers vurdering af, hvorvidt en kontrakt kan indgå på baggrund af et offentligt eller begrænset udbud.

Grundet uoverensstemmelse mellem ordlyden i 31. præambelbetragtning til UBD og UBD art. 1, stk. 11, litra c, må det være sidstnævnte, der har forrang, idet præambelbestemmelser alene har en

betydning som fortolkningsbidrag ved anvendelse og fortolkning af direktivernes bestemmelser, men ikke samme retskildeværdi.

I henhold til UBD art. 1, stk. 11, litra c anses en kontrakt for at være ”særligt kompleks” når den ordregivende myndighed ”ikke er i stand til objektivt at præcisere..” I ordet *objektivt* ligger, at det ikke er den enkelte ordregivers viden og indsigt som afgør, om en kontrakt er særligt kompleks. Bedømmelsen skal derimod ske på et generelt grundlag, hvilket indebærer, at ordregiveren skal sikre sig relevant og kompetent viden enten internt eller ved ekstern bistand, hvis en sådan viden er tilgængelig. Ordregiveren har således en undersøgelsespligt med henblik på at muliggøre tilstrækkelig præcisering af de relevante forhold.

Kommissionen har i sine kommenterende bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog udtalt sig om omfanget af undersøgelsespligten, idet de anfører, at betingelsen om umulighed ikke er et abstrakt begreb, men skal vurderes i den konkrete sammenhæng og blødes op af henvisningen i 31. præambelbetragtning til, at den enkelte ordregiver ikke selv må være skyld i, at han ikke kan præcisere de tekniske, finansielle eller juridiske forhold.⁹²

Med henvisning til ordlyden i UBD, hvor der står, at de ordregivende myndigheder ”i den udstrækning de mener, at anvendelsen af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog..”, må det umiddelbart antages, at der overlades de ordregivende myndigheder et begrænset skøn ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelse af den konkurrenceprægede dialog er opfyldte. Hvor ordregiver finder, at en fuldstændig beskrivelse af opgaven kun lader sig gøre gennem afholdelse af uforholdsmæssige store omkostninger og ressourcer, kan ordregiver gøre brug af den konkurrenceprægede dialog. En ydelses kompleksitet vil derfor bero på en konkret vurdering, der i et vist omfang afhænger af ordregiverens erfaringer, da manglende sagkundskab til at definere den ydelse, der skal dække deres behov og målsætninger, ofte vil foreligge hos små myndigheder. I større forvaltninger, med adgang til de fornødne kompetencer og ressourcer, vil betingelsen om kontraktens kompleksitet derimod udgøre en hindring for anvendelse af den konkurrenceprægede dialog, idet koncentrationen af den specialiserede viden oftest gør det muligt for ordregiver at definere midlerne til opfyldelse af behov og målsætninger samt de juridiske og finansielle rammer for kontrakten.

På baggrund af Kommissionens bemærkninger sammenholdt med ordlyden i UBD og dennes præambelbetragtninger antages det, at der påhviler ordregiver en undersøgelsespligt, men at der er grænser for de anstrengelser, som pålægges ordregiveren derved. Således har de ordregivende myndigheder pligt til at forsøge at tilegne sig den fornødne viden og som en betingelse for anvendelse af udbudsproceduren antages det, at dette er mislykkedes. Anvendelse af den konkurrenceprægede dialog betinges derfor ikke af, at der forud for udbuddet ikke kan indhentes kvalificeret rådgivning til beskrivelse af kontraktgenstanden, som ellers var en del af indholdet i Kommissionens direktivforslag. I stedet må der tages udgangspunkt i, hvad en ordregivende myndighed, der råder over sædvanlige kompetencer i relation til projekter som det omhandlende, vil kunne fastlægge.⁹³

I forhold til den positive afgrænsning af UBD art. 29, stk. 1 afspejler den omtalte teori og praksis en generel usikkerhed omkring fortolkningen af UBD's umulighedsbegreb. På baggrund af det ovennævnte tiltræder forfatteren de argumenter, som anføres i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 2008 og vurderer, at den umulighed direktivet henviser til angiveligt skal forstås relativt.

⁹² Kommissionens Explanatory Note, afsnit 2.1.

⁹³ Steinicke m.fl. 2008, s. 332

Idet retspraksis på området er meget sparsomt, og den praksis der foreligger er ikke entydig, er det forfatterens holdning, at man ved fortolkning af umulighedsbegrebet bør have en mere pragmatisk tilgang til reglerne under hensyntagen til udbudsformens formål og funktion. Således vil en relativ umulighedsvurdering være bedst forenelig med det i ovennævnte delafsnit 5.2.3.1. anførte, hvor der netop argumenteres for mindre restriktive betingelse for anvendelse af den konkurrenceprægede dialog med henblik på at gøre udbudsformen mere tilgængelig i praksis. Den seneste udvikling viser, at flere deler dette synspunkt.

Dansk retspraksis har tradition for at forholde sig tro mod EU-retlige kilder, herunder TEUFs grundlæggende principper, hvilket har ført til en mindre fleksibel tilgang til UBD, end det har været EU-lovgivers hensigt. Med henblik på at øge konkurrencen af offentlige opgaver har regeringen indset nødvendigheden i at ændre denne udvikling, og regeringen har i sin strategiplan⁹⁴ foreslået smidigere udbudsregler til fremme af en mere fleksibel udbudsproces.

Resultat af strategiplanen viser sig blandt andet ved en ændring af den bekendtgørelse, der implementerede UBD.⁹⁵ Den ændrede bekendtgørelse indeholder både nye tiltag og præciseringer af, hvad der allerede følger af UBD. Blandt andet kan nævnes § 12 i udbudsbekendtgørelsen, der giver ordregiver mulighed for at tage ansøgninger/tilbud i betragtning, selvom de indeholder formelle fejl og mangler, forudsat at ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet overholdes. Bestemmelsen har til formål at undgå situationer, hvor ordregiver er forpligtet til at afvise ansøgninger/tilbud med mindre fejl mv.

Den nye tilgang til udbudsreglerne, som regeringen fremlægger, illustrerer, at lovgiver har indset de samfundsmæssige konsekvenser, som det kan have, når parterne i et udbud opfatter reglerne så besværlige og ressourcekrævende, at økonomiske aktører undlader deltagelse, og ordregivere fravælger ellers mulige løsninger for at være på den sikre side. Ændringerne er dog af mindre karakter, men frem for at lægge hovedvægten på hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed, som har kendetegnet dansk udbudsret indtil nu, kan man med en vis forsigtighed sige, at lovgiver bevæger sig over mod en mere pragmatisk tilgang til udbudsreglerne. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed skal stadigvæk respekteres, men en nærmere klarlægning af udbudsreglerne bør ske ud fra disses funktion og formål.

Præciseringer og ændringer i forhold til den konkurrenceprægede dialog nævnes dog ikke i bekendtgørelse, men den nye linje, som lovgiver ønsker at lægge, må indirekte antages at smitte af på fortolkningen af bestemmelserne vedrørende den konkurrenceprægede dialog.

Den nuværende regering har da også foreslået, at adgangen til at benytte den konkurrenceprægede dialog gøres lettere,⁹⁶ såvel som Kommissionen har anbefalet en modernisering af udbudsprocedurerne med henblik på at sikre effektiv brug af de offentlige midler.⁹⁷ Der vil ikke blive redegjort for disse udtalelser i det følgende, idet de er genstand for behandling i afsnit 7. Alligevel er udtalelserne interessante, eftersom de viser en holdningsændring imod mere fleksible løsninger vedrørende de udbudsretlige regler.

⁹⁴ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011

⁹⁵ Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011

⁹⁶ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011, s. 19

⁹⁷ Grønbog 2011, afsnit 2.1.

6. Processen for den konkurrenceprægede dialog

UBD art. 1, stk. 11, litra c definerer konkurrencepræget dialog således:

”...en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde det behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.”

Den konkurrenceprægede dialog er en hybrid mellem udbud efter forhandling og et traditionelt udbudsforløb. Det særlige ved proceduren er, at der imellem udvælgelsesfasen og tilbudsfasen indskydes et ekstra led i kontraktindgåelsen, hvor en ordregivende myndighed kan drøfte alle aspekter af kontrakten med en udvalgt kreds af interesserede ansøgere. Muligheden for dialog mellem ordregiver og ansøgere inden afgivelse af tilbud er speciel i den forstand, at den delvist tilsidesætter forhandlingsforbuddet, som under de ordinære udbudsprocedurer har til formål at sørge for at konkurrencebetingelsernes overholdes. Den øgede risiko for iagttagelse af usaglige hensyn ved brugen af dialog har betydet, at der stilles højere krav til procedurens gennemførelse.

De restriktive krav sammenholdt med en uklar formulering af proceduren i UBD har givet anledning til usikkerhed omkring væsentlige elementer af proceduren. Således er det i retslitteraturen omdiskuteret, om et fravalg af en foreslået løsning under dialogen fører til, at den deltager som har foreslået løsningen, også udelukkes fra videre deltagelse i proceduren, herunder fra at afgive tilbud på den eller de af ordregiveren valgte løsninger. Endvidere afføder UBD spørgsmål om, hvor meget et tilbud kan afklares, præciseres og tilpasses efter afgivelse af tilbud men før udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og endelig er der uenighed om, hvorvidt der foreligger en pligt for ordregiver til at sikre konkurrencen i tilbudsfasen.

Efter en kort redegørelse af de tre faser i den konkurrenceprægede dialog, vil der blive foretaget en analyse af de omtvistede emner.

6.1. Den konkurrenceprægede dialogs 3 faser

Udbudsproceduren indledes med, at de ordregivende myndigheder offentliggør en udbudsbekendtgørelse,⁹⁸ hvori det meddeles, hvilke behov og krav de har i forhold til den konkrete opgave. Disse behov skal videre defineres i udbudsbekendtgørelsen og/eller i et beskrivende dokument, jf. UBD art. 29, stk. 2. Henset til formålet med den konkurrenceprægede dialog bør der ikke stilles for strenge krav til detaljeringsgraden i den beskrivelse, som gives af den udbudte kontrakt i udbudsbekendtgørelsen, da detaljerne må forventes drøftet og fastlagt i dialogfasen. Alligevel er ordregiver dog pligtig at meddele visse oplysninger i udbudsbekendtgørelsen henholdsvis det beskrivende dokument inden afsendelse af opfordring til at deltage i dialogfasen. Det drejer sig blandt andet om tildelingskriteriet, som i henhold til UBD art. 29, stk. 1 skal være det økonomiske mest fordelagtige tilbud, delkriterier og deres vægtning eller prioritering og evt. adgangen til at lade udbuddet forløbe i flere faser, jf. UBD art. 29, stk. 4.

Ud fra de generelle oplysninger om de økonomiske aktører, der har søgt om deltagelse, skal den ordregivende myndighed udvælge mindst tre aktører,⁹⁹ som opfordres til at deltage i dialogen. Den-

⁹⁸ Bilag VII A til UBD

⁹⁹ UBD art. 44, stk. 3

ne udvælgelse sker efter de almindelige bestemmelser herfor i UBD art. 44-52, jf. UBD art. 29, stk. 3, 1. pkt. Når de bedst egnede aktører er udvalgt, sender ordregiver en opfordring til at deltage i dialogen, som opfylder kravene i UBD art. 40.

På grundlag af de indkomne forslag til løsning fra de udvalgte deltagere indgås der en dialog, under hvilken alle aspekter vedrørende kontrakten kan inddrages. Ordregiver skal dog sikre, at alle tilbudsgivere behandles ens. Formålet med dialogfasen er at indkredse og fastslå, hvordan ordregivers behov bedst kan opfyldes, og indtil den eller de potentielle løsninger er fundet, kan dialogen fortsætte, jf. UBD art. 29, stk. 5.

Når ordregiver erklærer dialogen for afsluttet, begynder den afsluttende fase, hvor deltagerne afgiver deres endelige tilbud på grundlag af de løsninger, som er forelagt og præciseret under dialogen. Ordregiver kan anmode om at få tilbud afklaret, præciseret og tilpasset. I modsætning til det sædvanlige udbud afgives tilbuddene normalt på forskelligt grundlag ud fra den løsning, som blev drøftet med hver deltager under dialogfasen, dog under hensyntagen til de fælles rammer for løsninger, som er omtalt i udbudsbekendtgørelsen og/eller det beskrivende dokument. Ud fra de oplyste delkriterier, skal den ordregivende myndighed vurdere de afgivne tilbud og finde frem til det økonomisk mest fordelagtige bud.

6.2. Fortrolighed

UBD åbner mulighed for, at der i løbet af dialogfasen kan ske et fravalg af de løsninger, som ordregiver finder mindre egnede.¹⁰⁰ Der er imidlertid tvivl om, hvorvidt et fravalg af en foreslået løsning fører til, at den deltager, som har foreslået løsningen, også udelukkes fra den videre deltagelse i proceduren. Dette spørgsmål vil være genstand for behandling i det efterfølgende delafsnit, men inden er det nødvendigt at se på de bagvedliggende hensyn.

Vurderingen af det omtvistede skal ses i lyset af de økonomiske aktørers ret til fortrolighed af den præsenterede løsning, forretningshemmeligheder mv. henholdsvis hensynet til direktivets mål om markedsåbning og konkurrence, som i dette tilfælde vil komme til at fremstå modstridende. På den ene side har ordregiver pligt til ikke at afsløre oplysninger, som er blevet denne bekendt under dialogen, medmindre der er givet samtykke til dette. På den anden side kan muligheden for faseudskillelse af løsninger sammenholdt med fortrolighedspligten resultere i, at konkurrencen i tilbudsfasen vil blive ikke-eksisterende.

Økonomiske aktører har en interesse i, at deres tekniske og økonomiske erhvervshemmeligheder, tegninger, test mv. ikke tilgår virksomhedernes konkurrenter. Hensynet fra ordregivers side kan være svært at imødekomme, idet den ordregivende myndighed skal indgå i en dialog med mindst tre ansøgere. Der kan således forekomme tilfælde, hvor de foreslåede løsninger nødvendigvis må sammenlignes, og hvor der kan være konkret behov for at konfrontere ansøgerne med de af andre deltagere foreslåede tekniske løsninger for eventuelt at forbedre disse. Ikke desto mindre har ordregiver en pligt til at hemmeligholde de oplysninger, som bliver givet af de enkelte deltagere i proceduren, og denne fortrolighedsforpligtelse udgør således et væsentligt element af den konkurrenceprægede dialog, da ordregiver i modsat fald vil risikere, at potentielle ansøgere ikke ønsker at byde ind på den udbudte opgave.

¹⁰⁰ UBD art. 29, stk. 4

UBD indeholder flere bestemmelser, der skal beskytte den enkelte tilbudsgiver mod at de oplysninger og løsninger, de udleverer under proceduren, ikke afsløres over for de andre deltagere.

UBD art. 6 er en generel bestemmelse om fortrolighed, som giver ansøgere og tilbudsgivere mulighed for at klassificere de indsendte oplysninger som fortrolige med den virkning, at ordregiveren kun kan offentliggøre oplysninger, hvis der følger en pligt hertil efter UBD eller efter nationale regler, i Danmark f.eks. Offentlighedsloven. Aktørens mulighed for at betinge sig fortrolighed er således begrænset.

Tilsvarende begrænsning findes derimod ikke at gælde i forhold til den i UBD art. 29, stk. 3, 3. afsnit fastlagte beskyttelse af løsningsforslag og andre fortrolige oplysninger, som gives under en konkurrencepræget dialog.¹⁰¹

UBD art. 29, stk. 3, 3. afsnit skal ses i sammenhæng med art. 29, stk. 6, ifølge hvilke der gælder et forbud mod cherry-picking, medmindre der gives samtykke fra en deltager til at afsløre dennes løsning. Begrebet omfatter den situation, at ordregiver udvælger det bedste fra deltagerens forslag til at sammensætte et fælles løsningsforslag, som deltagerne derefter kan afgive tilbud på. Forbuddet søges sikret ved, at deltagerne, efter afslutning af dialogen, afgiver deres endelige tilbud på grundlag af de løsninger, der er forelagt og præciseret under dialogen. Grundet fortrolighedspligten i art. 29, stk. 3 må ordregiver ikke afsløre løsningerne fra de andre deltagere, hvorfor de/det endelige tilbud alene er baseret på det mellem ordregiver og deltager drøftede under dialogen.

I Kommissionens oprindelige forslag til ”Særlige regler for særligt komplekse offentlige kontrakter”¹⁰² var cherry-picking derimod tilladt. Det blev foreslået, at de ordregivende myndigheder udvalgte deltagerne i dialogen på grundlag af en udbudsbekendtgørelse, hvorefter de forhandlede med dem om, hvilke midler og løsninger der vil kunne opfylde deres behov.¹⁰³ Efter afslutning af dialogen skulle den ordregivende myndighed udarbejde et endeligt sæt udbudsbetingelser, og ordregiver ville med denne ordning have været berettiget til at udvælge det bedste fra deltagerens forslag og sammensætte det til et fælles løsningsforslag.¹⁰⁴ Ordlyden i det oprindelige forslag indikerer, at fortrolighedspligten er begrænset til dialogfasen, idet forbuddet mod afsløring af løsninger eller andre oplysninger alene gælder under ”forhandlingen”.¹⁰⁵

Kommissionens oprindelige forslag mødte meget kritik fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg, som udtalte følgende:

*”ØSU fastslår, at Kommissionen hermed giver den ordregivende myndighed mulighed for at tilegne sig resultaterne af deltagerens opfindsomhed og innovationsindsats og skabe konkurrence mellem disse. Det må derfor forventes, at ansøgerne under disse omstændigheder ikke vil indgive seriøst undersøgte forslag, hvis disse kan bringes i konkurrence med deres konkurrenter.”*¹⁰⁶

De anfører videre:

”ØSU mener derfor, at bestemmelserne om komplekse indkøb bør ændres og præciseres i

¹⁰¹ Steinicke m.fl. 2008, s. 795

¹⁰² COM (2000) 275 endelig, overskriften til forslaget artikel 30

¹⁰³ COM (2000) 275 endelig, art. 30, stk. 1, 1. pkt.

¹⁰⁴ COM (2000) 275 endelig, art. 30, stk. 2, 2. pkt.

¹⁰⁵ COM (2000) 275 endelig, art. 30, stk. 6, 2. afsnit

¹⁰⁶ EF-tidende 2001 C 193/7 af 10/7-2001, afsnit 4.4.2 (uddrag)

overensstemmelse med ovenstående bemærkninger, så der sikres en bedre balance mellem den ordregivende myndigheds og de økonomiske aktørers interesser. Det tager kategorisk afstand fra den såkaldte »cherry picking«-metode.»¹⁰⁷

Med forslaget sigtede Kommissionen mod, at der også i tilbudsfasen skulle være konkurrence.¹⁰⁸ Konkurrence er som udgangspunkt sundt for markedet, eftersom der generelt forventes opnået bedre løsninger, højere kvalitet og lavere priser. Hensynet til fortrolighed vil dog i dette tilfælde problematisere den foreslåede ordning, da ordregiver, ved udarbejdelse af det endelige sæt udbudsbetingelser efter dialogen, vil være nødsaget til at afsløre fortrolige oplysninger, som denne tilegnede sig under dialogen. Dette har deltagerne ikke interesse i, hvorfor det ifølge ØSU vil kunne forventes, at deltagerne undlader at indgive seriøst undersøgte forslag eller i værste fald, at de fravælger deltagelse i proceduren, hvis forslaget vedtages. ØSU er af den opfattelse, at Kommissionens forslag vil føre til, at konkurrencen ikke kommer til at fungere effektivt i henseende til at frembringe de for ordregiver bedste løsninger og tager derfor afstand fra ordningen.

ØSUs betænkelighed deles af flere i retslitteraturen, heriblandt Steen Treumer. Han anfører, at deltagelse i en konkurrencepræget dialog er omkostningsfuld for deltagerne, hvorfor det i forhold til denne procedure er særlig vigtig, at aktørerne har tiltro til, at ordregiver gennemfører proceduren på en loyal måde. Hvis ordregiver alligevel vælger at tilsidesætte forbuddet mod cherry-picking af hensyn til at opnå mest værdi for pengene, vil potentielle ansøgere fravælge deltagelse i proceduren. Såfremt der opstår en generel holdning blandt økonomiske aktører om, at ordregiver ikke respekterer deres ønske om fortrolighed, kan proceduren i sidste ende miste sin betydning.¹⁰⁹

Sammenlignes det oprindelige forslag med den gældende formulering af fortrolighedsforpligtelsen i UBD art. 29, stk. 3, 3. led må det følge heraf, at forpligtelsen til fortrolighed ikke kan antages at være tidsbegrænset, og den må derfor som minimum gælde for hele kontraktperioden, herunder især tilbudsfasen. Dette skal endvidere suppleres af forbuddet mod at plukke de bedste elementer af de indkomne forslag til løsninger med henblik på at udarbejde en fælles løsning, som deltagerne derefter kan afgive tilbud på. Hvis cherry-picking var tilladt, ville virksomheders forslag til løsninger blive afsløret, hvilket man netop ville undgå med den nugældende formulering af fortrolighedsforpligtelsen. Kravet om at det endelige tilbud alene er baseret på det mellem ordregiver og den enkelte deltager drøftede under dialogen, understøtter således pligten til fortrolighed også i tilbudsfasen.

Konsekvensen ved, at fortrolighedsforpligtelsen ikke er begrænset til dialogfasen er, at forhandlingerne under dialogfasen skal føres i parallelle forløb. Som det følgende delafsnit vil belyse, vil denne antagelse få betydning i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt et fravalg af en foreslået løsning fører til, at den deltager, som har foreslået løsningen, også udelukkes fra den videre deltagelse i proceduren.

6.3. Trinvis udskillelse af løsninger

Dialogen med deltagerne kan gennemføres i faser, således at kredsen af løsninger indsnævres, indtil den ordregivende myndighed har indkredset den eller de løsninger, der kan opfylde dens behov.¹¹⁰

Som begrundelse for adgangen til den trinvis udskillelse af løsninger, står der i 41. betragtning til direktivets præambel følgende:

¹⁰⁷ EF-tidende 2001 C 193/7 af 10/-2001, afsnit 4.4.2. (uddrag)

¹⁰⁸ COM (2000) 275 endelig, art. 30, stk. 7, 3. led

¹⁰⁹ Treumer 2004, s. 181f

¹¹⁰ UBD art. 29, stk. 4 og stk. 5

”I den konkurrenceprægede dialog.... bør de ordregivende myndigheder under hensyntagen til den smidighed, som kan være nødvendig, og til de store omkostninger, der er forbundet med sådanne former for udbud, kunne tilrettelægge udbudsproceduren i flere på hinanden følgende faser, så antallet af tilbud, som stadig drøftes eller forhandles, gradvis begrænses på grundlag af forud meddelte tildelingskriterier.”

UBD art. 29, stk. 4 regulerer sammen med UBD art. 44, stk. 4, hvordan en sådan udskillelse af løsninger i forhold til flere faser skal foregå. Således kan den ordregivende myndighed bestemme, at udbuddet skal forløbe i flere faser for at begrænse antallet af løsninger, der skal diskuteres under dialogen, men at der i den afsluttende fase samtidig er et antal løsninger, som kan sikre en reel konkurrence, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal passende løsninger eller ansøgere.

UBD art. 29, stk. 4 omtaler muligheden for at begrænse antallet af *løsninger* fra den videre udbudsprocedure, og angiver dermed ikke udtrykkeligt, hvad der skal ske med de deltagere, der har afgivet den fravalgte løsning, herunder om de tillige kan opfordres til at afgive tilbud på grundlag af andre deltageres løsningsforslag. Heller ikke UBD art. 29, stk. 6 præciserer, hvorvidt deltagerne skal afgive tilbud på én og samme løsning eller på hver sin løsning.

Retslitteraturen er splittet i dette spørgsmål og retspraksis har ikke taget stilling til emnet. Den overvejende del af teoretikerne/praktikere – udenlandske såvel som danske – antager dog, at deltagerne udskilles af udbudsproceduren, når deres forslag til løsning bliver fravalgt.

Således har Kommissionen i sine bemærkninger til den konkurrenceprægede dialog formuleret det på følgende måde:¹¹¹

”In the majority of cases, participants will only have developed one solution each and the elimination of the solution therefore also entails the elimination of the economic operator concerned. However, there is nothing in the Directive to prevent the contracting authorities from allowing the participants to develop several solutions.”

I overensstemmelse med Kommissionens bemærkninger er Sue Arrowsmith fremkommet med tilsvarende fortolkning af UBD¹¹² såvel som blandt andre Steen Treumer¹¹³, Anne Rubach¹¹⁴ samt forfatterne til artiklen ”Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog?”¹¹⁵

Sue Arrowsmith har desuden, til støtte for sit standpunkt, knyttet følgende bemærkning til UBD art. 44, stk. 4:

”Although the text refers to the possibility of reducing the number of ”solutions” rather than the number of candidates, it clearly envisages that participants may be eliminated because their solutions mean that they are not likely to provide the most economically advantageous tender. This is clear from Art. 44(4) requiring genuine competition in the final stages ”in so far as there are enough solution.”: this provision deals with the number of participants but uses the word ”solution” rather than participant.”¹¹⁶

¹¹¹ Kommissionens Explanatory Note, afsnit 3.2.1, note 29

¹¹² Arrowsmith 2005, s. 646

¹¹³ Treumer 2004, s. 182f

¹¹⁴ Rubach 2005, s 75

¹¹⁵ U2007B.34

¹¹⁶ Arrowsmith 2005, s. 646

Konkurrencestyrelsen har ikke forholdt sig entydigt til spørgsmålet i deres vejledning,¹¹⁷ men synes at forudsætte, at der i dialogfasen kan frasorteres deltagere, som ikke får mulighed for at afgive tilbud i tilbudsfasen. Dermed menes styrelsens holdning nærmest at være på linje med de ovennævnte forfattere.

Generelt er det de omtalte forfatteres holdning, at faseudskillelsen i UBD art. 29, stk. 4 angår de løsninger, som de deltagende aktører har fremlagt. Udskillelsen angår således ikke aktørerne og deres kvalifikationer, ligesom det heller ikke er aktørerne, der udskilles. Udskillelsen har dog den konsekvens, at såfremt det eneste løsningsforslag, som en aktør har mulighed for at afgive et endeligt tilbud på, udskilles, er der i dialogfasen ikke længere en løsning at drøfte med aktøren og tilsvarende en løsning i tilbudsfasen, som aktøren kan afgive et endeligt tilbud på grundlag af.

Kommissionen nævner afslutningsvist i det ovennævnte citerede, at direktivet ikke er til hinder for, at de deltagende aktører kan afgive flere løsningsforslag. Hvor aktøren derfor har indgivet flere løsningsforslag, og ikke alle løsningsforslag er udskilt, eller hvis proceduren sigter mod at etablere et fælles løsningsforslag, der skal afgives tilbud ud fra, er det den overvejende holdning, at der er grundlag for aktørens afgivelse af et endeligt tilbud.

En udskillelse af deltagere ved fravalg af deres løsninger kan umiddelbart fremstå uforeneligt med hensynet til at sikre effektiv konkurrence, såfremt ordregiver ved afslutning af dialogen står tilbage med blot én løsning. Problemstillingen vil blive behandlet i et senere delafsnit, men det skal allerede her bemærkes, at flere teoretikere/praktikere,¹¹⁸ der ellers støtter op om denne fortolkning, er opmærksomme på konflikten.

Jens Fejø er ligeledes opmærksom på problematikken og afviser, at den reelle konkurrence kan udspille sig, hvis man under udvælgelsen af løsninger samtidig fravælger potentielle bydende på kontrakten blandt dem, som først var blevet valgt ud.¹¹⁹

I modsætning kan den overvejende holdning i retslitteraturen forfægter Fejø da også det standpunkt, at der i tilbudsfasen skal være reel konkurrence. Han mener, at de deltagere, hvis løsninger er fravalgt, skal have mulighed for at fremkomme med tilbud på den eller de løsninger, som ordregiveren har valgt som den eller de bedste. Teoretikere/praktikere der finder, at en udskillelse af løsning også er en udskillelse af den aktør, der fremsatte løsningen, kritiseres af Fejø for intet sted i deres argumentation at have henvist til relevante retskilder til støtte for deres betragtning.¹²⁰ Desuden mener han, at deres fejllæsning og –fortolkning af bestemmelsen giver alvorlige konsekvenser for udbudsprocedurens form og funktion.¹²¹

Derimod er det Jens Fejø's holdning, at når UBD art. 29, stk. 4 henholdsvis UBD art. 44, stk. 4 omtaler muligheden for ordregiver til at begrænse antallet af løsninger, er det alene *løsninger*, der henvises til og ikke en begrænsning af de aktører, der har fremsat løsningen. Dette suppleres af den omstændighed, at direktivet, ifølge Fejø, ikke lægger op til, at kun den virksomhed, der har præsenteret den valgte løsning, kan få selve kontrakten og henviser i den forbindelse til ordlyden i UBD art. 1, stk. 11, litra c. Tværtimod gør han gældende, at alle de virksomheder, som i en indledende fase er blevet prækvalificeret til at byde ind med en eller flere løsninger, til stadighed deltager i konkurren-

¹¹⁷ KS Vejl. afsnit 6.1.3., punkt III, 2

¹¹⁸ Treumer 2004, s. 182f og Rubach 2005, s. 75f

¹¹⁹ Fejø og Treumer 2006, s. 40

¹²⁰ Fejø og Treumer 2006, s. 38

¹²¹ Fejø og Treumer 2006, s. 39

cen, altså også i tilbudsfasen. Når virksomheder først er blevet prækvalificeret mener Fejø ikke, at de automatisk kan blive presset ud, blot fordi deres løsninger ikke er blevet valgt.¹²²

Når den overvejende del af retslitteraturen er af den holdning, at deltagerne bliver udskilt, når deres løsning bliver fravalgt, skal det ses i lyset af pligten til fortrolighed sammenholdt med forbuddet mod ”cherry-picking”. Ifølge disse forfattere udstrækker fortrolighedspligten sig til også at gælde i tilbudsfasen, idet de argumenterer for, at det vil stride imod ovennævnte hensyn, hvis det er muligt at lade andre deltagere byde på en af de valgte løsninger.

Som nævnt i ovenstående delafsnit, antages pligten til fortrolighed, i overensstemmelse med den gængse holdning i retslitteraturen, ikke at være tidsbegrænset. Fortrolighedsforpligtelsen har herefter den konsekvens, at forhandlingerne under dialogfasen må føres i parallelle forløb. Under dialogen er ordregiveren berettiget til at sammenligne de fremkomne løsningsforslag, men heri ligger ikke en ret til at konfrontere deltagerne i dialogen med de forslag, som andre deltagere er fremkommet med.¹²³ Da fortrolighedsforpligtelsen ikke er begrænset til dialogfasen, må dette indebære, at de parallelle forløb må fortsætte ind i tilbudsfasen, således at deltagerne skal afgive tilbud på sit eget forslag udviklet under dialogen, medmindre der er givet samtykke til andet. Hvis en tilbudsgivers løsning er udskilt under dialogen, vil det indirekte betyde, at også tilbudsgiveren er fravalgt, medmindre der er givet samtykke til at afgive tilbud på grundlag af et andet løsningsforslag, eller hvis tilbudsgiveren har afgivet flere løsningsforslag, og ikke alle er udskilt.

Jens Fejø argumenterer stærkt for konkurrence i tilbudsfasen, men overser i den kontekst de mulige konsekvenser, det kan have for de økonomiske aktører – og ikke mindst deres velvillighed til at deltage i et fremtidigt udbud – hvis de løsninger, de er kommet med, afsløres overfor potentielle konkurrenter, som i øvrigt får mulighed for at gøre brug af dem i det konkrete udbud.

Det er korrekt, at en udskillelse af deltagere ved fravalg af deres løsninger kan fremstå uforeneligt med hensynet til at sikre effektiv konkurrence, såfremt ordregiver ved afslutning af dialog står tilbage med blot én løsning. En effektiv konkurrence hører netop til ét af formålene med UBD, hvorfor det bør kræves respekteret. På den anden side forudsætter en effektiv konkurrence også, at der er solide og kompetente økonomiske aktører, der er interesseret i at byde ind på en given opgave. Man kan frygte, såfremt Fejøs holdning bliver fulgt, at økonomiske aktører vil blive tilbageholdende med at deltage i udbud, eftersom de bekymrer sig for de konsekvenser, det kan have, hvis aktuelle og potentielle konkurrenter har adgang til fortrolige oplysninger eller kendskab til mulige løsningsforslag, og at alene inkompetente og mindre ressourcestærke aktører vil afgive tilbud.

Det er derfor en svær afvejning af hensynet til konkurrence på den ene side overfor hensynet til fortrolighed på den anden. I det følgende afsnit vil problematikken omkring konkurrence i tilbudsfasen - eller manglen på sammen – blive nærmere behandlet.

6.4. Konkurrence i tilbudsfasen

Konsekvensen ved den trinvis udskillelse af løsninger er, at ordregiver ved afslutning af dialogen kan stå tilbage med blot én løsning, der opfylder dens behov.

UBD tilskynder til, at der i tilbudsfasen sikres reel konkurrence. UBD fastsætter dog ikke et fast minimumsantal for tilbud i tilbudsfasen, men angiver, at der skal være et antal, der kan sikre en reel konkurrence, jf. UBD art. 44, stk. 4.

¹²² Fejø og Treumer 2006, s. 39f

¹²³ UBD art. 29, stk. 5, jf. stk. 3

Derudover er det den gennemgående opfattelse i retslitteraturen, at der principielt skal være konkurrence i tilbudsfasen, men der kan derimod ikke udledes nogen entydig holdning til, hvilken betydning udskillelse af løsninger og valg af én løsning har i forhold til pligten til at sikre konkurrence i tilbudsfasen. Med henvisning til ordlyden i UBD art. 44, stk. 4, anfører blandt andre Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, at det er en konkret vurdering, om antallet af løsninger er tilstrækkeligt til at sikre en reel konkurrence. Ifølge disse to forfattere vil konkurrence i tilbudsfasen være sikret, så længe to aktører konkurrerer med hver deres løsning.¹²⁴ Også Sue Arrowsmith har givet udtryk for tilsvarende holdning.¹²⁵

Når det er sagt, er man opmærksom på, at hensynet til konkurrence i tilbudsfasen vil komme under pres i den situation, hvor en trinvis udskillelse af løsninger resulterer i, at ordregiver ved afslutning af dialogfasen står tilbage med blot én løsning, der opfylder dens behov.

Retten til trinvis udskillelse af løsninger er hjemlet i UBD art. 29, stk. 4. Bestemmelsen anfører ikke, hvad der skal ske, hvis der blot er én løsning tilbage, der opfylder ordregivers behov, men dette har andre bestemmelser i UBD taget højde for. Således anføres i 41. betragtning til direktivets præambel, sidste punktum: *”En sådan begrænsning skal, hvor antallet af egnede løsninger eller kandidater tillader det, sikre en reel konkurrence.”*

Tilsvarende ordning fremgår af UBD art. 44, stk. 4, sidste punktum: *”I den afsluttende fase må der være et antal, som kan sikre en reel konkurrence, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal passende løsninger eller ansøgere.”*

Også direktivets definition af proceduren ”konkurrencepræget dialog”¹²⁶ forudsætter én løsning som en mulig afslutning på dialogfasen: *”Ved ”konkurrencepræget dialog” forstås en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, men henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.”*

Kravet om et tilstrækkeligt antal løsninger til at sikre reel konkurrence gælder kun under den forudsætning, at der er et tilstrækkeligt antal passende løsninger, det vil sige, et tilstrækkeligt antal løsninger, der udgør et anvendeligt bud på den udbudte opgave. På dette grundlag må det antages, at det vil være i overensstemmelse med UBD, at ordregiver afslutter dialogen alene med at opfordre én deltager til at afgive tilbud. Der må dog med denne antagelse stilles krav til ordregiveren, således at denne ikke kan se bort fra ellers anvendelige løsninger, blot fordi de ved faseudskillelsen er vurderet som ringere end andre løsninger, hvis dette har den konsekvens, at der ikke er tilstrækkeligt konkurrence i den afsluttende fase. I praksis vil det formentlig næppe blive et problem, da ordregiver også har en interesse i, at der er konkurrence, idet der derved forventes bedre løsninger, højere kvalitet og lavere priser.

Henset til det ovenstående er det altså den gængse holdning i retslitteraturen, at der skal være konkurrence i tilbudsfasen. I vurderingen af hvorvidt der ligefrem skal være pligt for ordregiver til at sikre konkurrence i tilbudsfasen, må man ud fra en ordlydsfortolkning af UBD antage, at det vil være i overensstemmelse med direktivet at fortsætte proceduren med blot én tilbudsgiver.

¹²⁴ Steinicke m.fl. 2008, s. 800f

¹²⁵ Arrowsmith 2005, s. 649

¹²⁶ UBD art. 1, stk. 11, litra c

Sune Troels Poulsen og Simon Evers Hjelmberg har endvidere frembragt nogle interessante argumenter for, hvorfor denne fortolkning også er den mest hensigtsmæssig set i forhold til UBD's funktion og formål. De mener således, at konkurrencekravet i tilbudsfasen er underordnet ordregivers behov om at få fremsat det bedste løsningsforslag. De bemærker videre, at hensynet til konkurrence og markedsåbning antages at være sikret tilstrækkeligt og være nedtonet i forhold til ordregivers interesser, således at der ikke i tilbudsfasen er et krav om konkurrence, hvis dialogen fører til, at kun én løsning reelt kan opfylde ordregivers krav. Afslutningsvist fremhæver de to forfattere, at alternativet vil være en aflysning af selve udbuddet, hvilket vil være ressourcospild for alle parter.¹²⁷

Sune Troels Poulsen og Simon Evers Hjelmbergs synspunkter bør sammenholdes med det i det foregående delafsnit anførte, hvor pligten til fortrolighed omtales. Selve fortrolighedspligten udgør et vigtigt element i forhold til UBD's funktion, eftersom denne forpligtelse er en forudsætning for at frembringe den for ordregiver bedste løsning. Hensynet til konkurrence og markedsåbning er ydermere vigtige elementer indenfor udbudsretten. Disse hensyn bliver imidlertid tilgodeset tidligere i udbudsprocessen ved, at den ordregivende myndighed dels offentliggør en udbudsbekendtgørelse, som dermed gør processen om den offentlige anskaffelse gennemsigtig, dels udvælger mindst tre ansøgere, der opfordres til at deltage i dialogfasen.

På grundlag heraf findes hensynet til fortrolighed at veje tungere end hensynet til konkurrence i tilbudsfasen, hvorfor en udbudsprocedure kan fortsætte med blot én tilbudsgiver tilbage i tilbudsfasen. Som Sune Troels Poulsen og Simon Evers Poulsen korrekt anfører, vil alternativet være, hvis en sådan fortolkning ikke følges, at udbuddet skal aflyses. Dette er ikke hensigtsmæssigt for nogle af parterne, som har anvendt betydelige ressourcer på udbuddet. Desuden vil et sådant resultat heller ikke være acceptabelt set i lyset af, at der i dialogfasen har været konkurrence.

6.5. Afklaring, præcisering og tilpasning i tilbudsfasen

Som beskrevet i det ovenstående er proceduren i den konkurrenceprægede dialog kendetegnende ved en fundamental opdeling af dialogfasen og tilbudsfasen. I dialogfasen kan parterne drøfte alle aspekter af kontrakten, jf. UBD art. 29, stk. 3, 1. led, men efter at ordregiver har erklæret dialogen for afsluttet, jf. UBD art. 29, stk. 6, 1. led, indtræder det traditionelle forhandlingsforbud og kontakten med deltagerne begrænses.

Muligheden for dialog med tilbudsgivere udenfor dialogfasen er reguleret i UBD art. 29, stk. 6 og 7. Nærværende speciale koncentrerer sig om perioden efter offentliggørelse af udbud men før kontraktstildelingen, og UBD art. 29, stk. 7, som vedrører perioden efter udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vil således ikke blive nærmere belyst.

Efter UDB art. 29, stk. 6, 2. led er der adgang til at præcisere, afklare og tilpasse de endelige tilbud før udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men disse præciseringer, afklaringer og tilpasninger eller supplerende oplysninger må ikke føre til ændring af grundlæggende elementer i tilbuddet eller tilbudsopfordringen, når en ændring heraf vil kunne medføre fare for konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

Ordlyden i UDB art. 29, stk. 6, 2. led er enslydende med Rådet og Kommissionens fælleserklæring,¹²⁸ men dog ikke identisk. Ifølge Fælleserklæringen, som er nærmere omtalt under afsnit 3, er

¹²⁷ U2007B.34, afsnit 5

¹²⁸ EF-tidende 1994 L 111/114

enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakten udelukket ved anvendelse af offentligt eller begrænset udbud. Drøftelser med ansøgere eller bydende kan kun finde sted, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheds krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling.

I forhold til UDB art. 29, stk. 6, 2. led er det uafklaret, om der gælder en videre adgang til at drøfte og tilpasse tilbudselementer, end hvad der gælder ved et offentligt eller begrænset udbud.

Ifølge Kommissionens bemærkninger til UDB art. 29¹²⁹ er formuleringen i UDB art. 29, stk. 6, 2. led i væsentlig grad baseret på Rådets og Kommissionens fælleserklæring om forhandlingsmulighederne ved offentligt udbud og begrænset udbud,¹³⁰ og i forlængelse heraf anføres det med henvisning til direktivets 31. præambelbetragtning, at ordregiverne kun kan antages at have begrænsede muligheder for forhandling efter tilbudsafgivelsen. Med følgende udtalelse fra Kommissionen: ”*the room for manoeuvre that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited.*”¹³¹ må det antages, at ordregivers mulighed for at tage kontakt til tilbudsgivere for at afklare mindre tvivlsspørgsmål eller for at tilpasse tilbudselementer, ifølge Kommissionen, er usandsynligt.

Office of Government Commerce (OGC) anfører derimod en mere liberal fortolkning af UDB art. 29, stk. 6, 2. led i sin vejledning om den konkurrenceprægede dialog.¹³² I Overensstemmelse med Kommissionen, citerer OGC også Fælleserklæringen, men det bemærkelsesværdige i OGC’s vejledning er, at OGC dels lægger op til, at UDB art. 29, stk. 6 og 7 kan fortolkes i et omfang, der ligger ud over hvad der følger af Fælleserklæringen¹³³ dels at pris og risikofordeling er to aspekter, som er så fundamentale, at de ikke må ændres ved en efterfølgende afklaring, præcisering eller tilpasning af tilbuddet.¹³⁴

Generelt er den overvejende holdning i retslitteraturen, at der skal være plads til mindre forbedringer af tilbuddet, selvom tilbuddet er afgivet. Kommissionens standpunkt derimod bliver mødt med kritik fra flere forfattere.

Ciara Kennedy-Loest mener, det er bekymrende, at Kommissionen, i forhold til denne fase af den konkurrenceprægede dialog, drager paralleller til offentlig og begrænset procedurer, hvor enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne netop er udelukket.¹³⁵ De to sidstnævnte procedurer er fundamentalt anderledes i forhold til formål og indhold sammenlignet med den konkurrenceprægede dialog, hvorfor forfatteren ikke mener, det er korrekt at henvise til Fælleserklæringen ved fortolkning af UDB art. 29, stk. 6, 2. led.¹³⁶

Både Ciara Kennedy-Loest,¹³⁷ Sue Arrowsmith,¹³⁸ Michael Burnett¹³⁹ og Adrian Brown¹⁴⁰ deler den opfattelse, at den omstændighed at de kontrakter der indgås ved anvendelse af den konkurren-

¹²⁹ Kommissionens Explanatory Note, afsnit 3.3

¹³⁰ EF-tidende 1994 L 111/114

¹³¹ Kommissionens Explanatory Note, afsnit 3.3, 2. delafsnit

¹³² OGC guidance 2006, afsnit 8.2

¹³³ OGC guidance 2006, afsnit 8.2

¹³⁴ OGC Guidance 2006, afsnit 9.2

¹³⁵ Fælleserklæringen, jf. EF-Tidende 1994 L 111/114

¹³⁶ Ciara Kennedy-Loest 2006, s. 318

¹³⁷ Ciara Kennedy-Loest 2006, s. 318

¹³⁸ Arrowsmith 2005, s. 655f

¹³⁹ Burnett 2009, s. 154

ceprægede dialog er særligt komplekse, nødvendiggør mere fleksibilitet i proceduren end ved de ordinære procedurer. De mener, at det er bedst stemmende med formålet bag proceduren, hvis adgangen til efterfølgende tilpasninger og præciseringer ikke fortolkes så restriktiv, som Fælleserklæringen lægger op til. Grundet opgavens kompleksitet kan der selv i denne fase af udbuddet være forhold, der behøves endelig afklaret med tilbudsgiver før udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud kan ske, herunder for eksempel parametre omkring design og finansiering.

Til støtte for sit standpunkt om, at der ved den konkurrenceprægede dialog gælder en videre adgang til at drøfte og tilpasse tilbudselementer, end hvad der gælder ved et offentligt eller begrænset udbud, henviser Adrian Brown til udbudsproceduren, udbud med forhandling.¹⁴¹ I relation til udbud med forhandling findes der ikke en bestemmelse med tilsvarende ordlyd som i UBD art. 29, stk. 6, 2. led eller UBD art. 29, stk. 7, 2. led. Særligt i forhold til komplekse innovative infrastrukturprojekter, har Kommissionen imidlertid fundet det nødvendigt, at ordregiver, efter at have udvalgt den vindende tilbudsgiver, har mulighed for at gå i dialog med denne.¹⁴² Når Kommissionen har fundet behov for denne fleksibilitet i processen efter udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan Adrian Brown ikke se nogen grund til, hvorfor denne fleksibilitet ikke kan være tilstede før udvælgelse af tilbudsgiver. Han mener derfor ikke, at der bør være forskel på disse to faser, hvorfor ordregiver skal have lige adgang til afklaring, præcisering og tilpasning af det afgivne tilbud før henholdsvis efter udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹⁴³

Det skal dog bemærkes, at Kommissionen alene har udtalt sig i forhold til udbud med forhandling. Det er derfor fortsat uafklaret hvordan den konkurrenceprægede dialog skal fortolkes i denne sammenhæng, og den af Adrian Brown anførte argumentation til støtte for sit standpunkt må antages ikke at være helt holdbart.

Derimod synes Sue Arrowsmith og Michael Burnetts argumentation mere velbegrunder. Begge forfattere sammenholder ordlyden i UBD art. 29, stk. 6, 2. led med ordlyden i Rådet og Kommissionens fælleserklæring. Sue Arrowsmith anfører således, at det at ordet ”tilpasning” er indført i UBD art. 29, kan tages til indtægt for, at mindre efterfølgende forbedringer af et tilbud kan tillades.¹⁴⁴ Michael Burnett støtter op om denne argumentation, idet han bemærker, at ”tilpasninger” ikke har samme betydning som ”præcisering”, som anvendes i Fælleserklæringen. Ydermere bemærker han, at muligheden for ordregiver i henhold til UBD art. 29, stk. 6, 2. led til at anmode om supplerende oplysninger ikke er at finde i Fælleserklæringen. Sidstnævnte nævner alene muligheden for at indgå drøftelser med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af et bud, som ifølge Michael Burnett ikke har samme betydning.¹⁴⁵ På linje med Sue Arrowsmith mener Michael Burnett, at formuleringen og ordvalget i UBD art. 29, stk. 6, 2. led indikerer, at der i videre omfang end hvad der er tilladt i forhold til Fælleserklæringen, men stadig under hensyntagen til de grundlæggende principper, skal være mulighed for at foretage mindre forbedringer af tilbud.

Som flere af forfatterne i det ovenstående er inde på, vil det være uhensigtsmæssigt at overføre indholdet af Rådet og Kommissionens fælleserklæring direkte på den konkurrenceprægede dialog. I forhold til formål og indhold adskiller den konkurrenceprægede dialog sig fra offentligt og begrænset udbud, som erklæringen primært er rettet mod, og flere omstændigheder ved den konkurrence-

¹⁴⁰ Brown 2004, s. 174

¹⁴¹ UBD art. 30

¹⁴² State aid Decision No. 264/2002 (London Underground PPP) og Commission press release IP/03/2003 of April 30, 2003 (Thessaloniki metro)

¹⁴³ Brown 2004, s. 175

¹⁴⁴ Arrowsmith 2005, s. 655

¹⁴⁵ Burnett 2009, s. 154

prægede dialog gør, at en vis grad af dialog parterne imellem er nødvendigt. Trods muligheden for at drøfte alle aspekter af kontrakten under dialogfase, kan kontraktens kompleksitet medføre, at mindre uklarheder efterfølgende skal afklares.

Generelle drøftelser parterne imellem er dog også muligt i henhold til Fælleserklæringen. Alligevel er der flere forhold, som peger i retning af, at den adgang til efterfølgende dialog, som har hjemmel i UBD art. 29, stk. 6, 2. led er videre, end hvad der gælder for offentligt og begrænset udbud.

Alene i forhold til den konkurrenceprægede dialog har UBD udtrykkeligt angivet muligheden for at afklare eller præcisere tilbud efter deres afgivelse men før udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹⁴⁶ Hvis det havde været lovgivers hensigt, at ordregiver skulle være underlagt samme begrænsninger, som ved et offentligt eller begrænset udbud, kunne man blot have undladt en bestemmelse herom. I så fald ville man formentligt have støttet sig til Rådet og Kommissionens fælleserklæring.

I overensstemmelse med Sue Arrowsmith og Michael Burnetts argumentation, som er nævnt i det ovenstående, antages selve formuleringen af UBD art. 29, stk. 6, 2. led endvidere at angive en videre adgang til drøftelse. I omtalte direktivbestemmelse er ordet ”tilpasse” indarbejdet. Dette ord fremgår ikke af teksten i Fælleserklæringen. ”Tilpasning” betyder, at man ændre den ydre form på den pågældende genstand, så den passer til bestemte omgivelser.¹⁴⁷ Overført til UBD art. 29 vil det betyde, at et tilbud i et vist mindre omfang, forudsat at dette ikke vil medføre en konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling i forhold til de øvrige tilbudsgivere, kan justeres med henblik på at forbedre tilbuddet, således at det tilpasses ordregivers behov.

Fælleserklæringen anvender som nævnt ikke tilsvarende formulering, men anfører derimod, at præciseringer og suppleringer ikke er at betragte som forhandling og dermed heller ikke omfattet af forhandlingsforbuddet. Begreberne ”præcisere” og ”supplere” må antages at være karakteriseret ved, at der ikke ved kommunikationen sker ændringer af allerede afgivet information, men derimod kun konkretisering af denne information.¹⁴⁸ Ved at tilføje ”tilpasse” i direktivteksten, som netop har en anden betydning end ”præcisere” og ”supplere”, må det have været hensigten, ved udarbejdelse af direktivet, at give ordregiver videre adgang til forhandling end ved de ordinære procedurer.

De præciseringer, afklaringer og tilpasninger, der tillades efter UBD art. 29, stk. 6, 2. led må imidlertid ikke føre til ændring af grundlæggende elementer i tilbuddet eller tilbudsopfordringen, når en ændring heraf vil kunne medføre fare for konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

Faren for forskelsbehandling er større, hvis ordregiveren forud for drøftelser efter UBD art. 29, stk. 6 har dannet sig et overblik over, hvilket tilbud der er eller måske kunne være det økonomisk mest fordelagtige, hvis de rette præciseringer og tilpasninger blev foretaget. I lyset af dette må det antages, at de endelige tilbud skal vurderes i forhold til den beskrivelse af kontraktgenstanden og de udbudsbetingelser, som er fastlagt af den ordregivende myndighed. Efterfølgende tilpasninger af tilbuddet, som UBD art. 29, stk. 6, 2. led giver adgang til, må derfor ikke berøre de forhold, som har indflydelse på konkurrenceparametrene. Med henvisning til et citat fra Steven Verschuur, kan det udtrykkes på følgende måde: *”there should be no opportunities for ”even better and even more final” offers”*¹⁴⁹

¹⁴⁶ UDB art. 29, stk. 6, 2. led

¹⁴⁷ Den danske ordbog, jf. http://ordnet.dk/ddo/ordbog?aselect=tilpasse&query=tisse&first_id=84443&last_id=84482 (den 30. august 2011)

¹⁴⁸ Steinicke m.fl. 2008, s. 369

¹⁴⁹ Verschuur 2006, s. 331

Afslutningsvist skal det bemærkes, at der i nærværende afsnit ikke vil foretages en uddybende redegørelse af, hvad der giver et element en grundlæggende betydning i forbindelse med et udbud. I forbindelse med beskrivelsen af Rådet og Kommissionens fælleserklæring i afsnit 3.1 er definitionen af grundlæggende elementer forsøgt beskrevet, og der henvises således til dette afsnit.

7. Den konkurrenceprægede dialog's fremtidige rolle

Som nævnt indledningsvist har EU-Kommissionen taget første skridt til en revision af EU's udbudsregler og fra dansk side er dette initiativ blevet mødt med bred opbakning. I Danmark er den gennemgående holdning, at UBD bør ændres, idet direktivet i praksis er en hindring for et velfungerende offentlig-privat samarbejde.¹⁵⁰ Reglernes kompleksitet anses således for at hæmme mulighederne for at bruge udbud til at indarbejde nye ideer eller innovative måder at løse en opgave på, hvilket har den konsekvens, at der ikke genereres de optimale løsninger, som markedet kan tilbyde.

For at komme omtalte udfordringer til livs, har den nuværende danske regering i deres fremlagte strategiplan¹⁵¹ bebudet udvidet adgang til dialog med tilbudsgiver før, under og efter udbuddet såvel som anvendelsen af "konkurrencepræget dialog" er foreslået at skulle være lettere. Forslagene skal skabe mere fleksibilitet i udbudsprocessen for på den måde at få et mere velfungerende og effektivt marked med bedre udnyttelse af de offentlige midler.

Der følger dog den risiko med forhandling, at tilbudsgiver kan blive udsat for usaglig favorisering og diskriminering, som vil skade konkurrencen mellem leverandørerne. Kommissionen er derfor tøvende med at åbne mere op for forhandling og nævner det heller ikke entydigt i grønbogen om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb.¹⁵² De lader i stedet forslaget gå i høring, men antyder i forbindelse med udbud af store projekter, navnlig gennem OPP, at der kan være et endnu større behov for særlig fleksible procedurer og en bred forhandlingsmargin samt mere teknisk ekspertise hos den ordregivende myndighed til at føre forhandling grundet kontraktens kompleksitet.¹⁵³

Grundet de erhvervs- og velfærdsmæssige potentialer, som alternative samarbejdsformer, ifølge regeringen, antages at have på samfundet, er der i regeringens strategiplan¹⁵⁴ ydermere fremsat forslag om at styrke indsatsen i forhold til udbredelse af OPP og OPI. Regeringen vil blandt andet udvikle en OPP-standardmodel, som skal gøre det lettere at etablere OPP'er, samt en OPP-vejledning for samarbejdets forskellige faser.¹⁵⁵

Politikernes ønske om mere udbredelse af blandt andet OPP og OPI skal ses i lyset af de budgetmæssige begrænsninger, som landet står overfor. Ved anvendelse af de omtalte samarbejdsformer har den offentlige sektor mulighed for at trække på den private finansiering samtidig med, at de kan drage nytte af den private sektors knowhow og arbejdsmetoder på det statslige område.

Særligt på velfærdsområdet kan den offentlige myndighed stå i en situation, hvor der enten ikke eksisterer kommercielt stabile løsninger på markedet eller hvor eksisterende løsninger ikke slår til

¹⁵⁰ Regeringens høringsvar til Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige kontrakter, Europaudvalget (2011) KOM (2011) 0015 bilag 5, den 18. April 2011

¹⁵¹ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011, s. 19

¹⁵² Grønbog 2011, afsnit 2.1.

¹⁵³ Grønbog 2011, afsnit 2.1.

¹⁵⁴ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011

¹⁵⁵ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011, s. 25

uden videre. Frem for at investere i endnu ikke fuldt udviklede løsninger, giver OPI mulighed for, at offentlige myndigheder og private virksomheder som udviklingspartnere sammen udvikler nye innovative løsninger på fælles definerede problemer. Når projekterne lykkes, genererer de betydelige fordele for de private virksomheder, der får adgang til at udvikle nye og kommercialiserbare løsninger på baggrund af viden om brugere i den offentlige sektor og muligheden for at teste innovative løsninger sammen med både medarbejdere og borgere. Samtidig rummer innovationspartnerskaberne et stort potentiale for at imødekomme de udfordringer, som den offentlige sektor står overfor.

Allerede ved udarbejdelse af det gældende UBD var det hensigten med indførelsen af den konkurrenceprægede dialog at fremme de alternative samarbejdsformer mellem det offentlige og private, idet den udvidede adgang til forhandling kunne bidrage til at lette processen. Alligevel har anvendelse af OPP henholdsvis OPI indtil videre været begrænset i Danmark.¹⁵⁶

Erhvervs- og Byggestyrelsen har fået foretaget en analyse af potentialer og barrierer for offentlig-privat innovationssamarbejde, og resultaterne har de offentliggjort i en publikation.¹⁵⁷ Heri anføres det, at manglende viden om og modeller for OPI-samarbejde, der kan understøtte etableringen og gennemførelsen af samarbejdsprojekter, er nogle af udfordringerne. Problematikken drejer sig primært om håndteringen af de gældende udbudsregler. Deltagerne i analysen giver således udtryk for, at der mangler autoritative modeller for OPI-samarbejde, der kan forpligte parterne inden for de gældende udbudsregler og udstikke retningslinjer i forhold til håndteringen af rettighedsspørgsmål. Endvidere oplever flere deltagere, at der ikke er tilstrækkelig juridisk kompetence på lokalt niveau, som kan rådgive om håndtering og fortolkning af udbudsreglerne, hvorfor rådgivning må søges hos eksterne juridiske rådgivere. Endelig opfattes de danske offentlige organisationer som relativt konservative i deres fortolkning af udbudsreglerne.¹⁵⁸

Netop den restriktive fortolkning af udbudsreglerne, som vi oplever i Danmark, mener Christina Tvarnø udgør en del af skylden for den begrænsede brug af OPP-projekter herhjemme.¹⁵⁹ Ordregiver finder reglerne komplicerede og for at undgå en mulig klagesag følges den kendte, traditionelle udbudsproces frem for at indgå i et partnerskab. Da OPP-projekter, ifølge Tvarnø, er nødvendige i forhold til udbygning af den offentlige sektor, anbefaler hun, at der udfærdiges et egentlig juridisk bindende retsgrundlag for OPP i Danmark, således at usikkerheden om dens anvendelse fjernes.¹⁶⁰

Med Kommissionens Grønbog sammenholdt med den danske regerings strategiplan kan det sammenfattende anføres, at man på nationalt og europæisk plan er parat til at ændre i de gældende regler eller lave nye tiltag på det udbudsretlige område med henblik på at sikre en mere effektiv brug af de offentlige midler.

I bestræbelserne på at opnå de opstillede mål, er mere samarbejde mellem den offentlige og private sektor blevet foreslået, særligt gennem OPP og OPI. De gældende udbudsregler har indtil nu fremstået som en barriere for udbredelsen af de omtalte samarbejdsformer grundet den manglende viden om relevante modeller samt hensynet til forhandlingsforbuddet, der har besværliggjort afklaringen af visse vigtige juridiske og finansielle elementer af projektet.

¹⁵⁶ I U.2011B.129 anfører forfatteren, at der i foråret 2011 har været gennemført under 10 danske OPP-projekter

¹⁵⁷ Erhvervs- og Byggestyrelsens publikation: ”Analyse af offentlig-privat samarbejde om innovation”, marts 2009

¹⁵⁸ Erhvervs- og Byggestyrelsens publikation: ”Analyse af offentlig-privat samarbejde om innovation, marts 2009, afsnit 5.1.1.

¹⁵⁹ Tvarnø 2010, afsnit 5

¹⁶⁰ U.2011B.129, afsnit 6

Den konkurrenceprægede dialog vil være den bedst egnede udbudsprocedure i forhold til OPP og OPI, men usikkerheden omkring udbudsprocedurens anvendelsesområde bevirker, at proceduren i mange tilfælde fravælges. Den danske regering har derfor foreslået, at man laver klarere regler i forhold til anvendelsen af den konkurrenceprægede dialog samtidig med at adgangen til at benytte denne procedure gøres lettere.¹⁶¹

Det skal bemærkes, at Kommissionen alene har fremsat eventuelle ændringsforslag til det gældende UBD i høring blandt medlemsstaterne og at der endnu ikke er kommet noget egentlig forslag til nye udbudsregler. Udtalelsen fra Kommissionen, hvori denne påpeger, at det skal slås fast, om procedurerne i henhold til det gældende direktiv forsat er det bedst mulige redskab til effektive offentlige indkøb,¹⁶² antages dog at illustrere, at Kommissionen er villig til at modernisere udbudsprocedurerne, hvis det viser sig, at de nuværende procedurer ikke er tilstrækkelig effektive. Hermed også sagt at Kommissionen må acceptere mere forhandling, hvis det er nødvendigt, trods de risici der er forbundet med det.

Som udviklingen tegner sig på nuværende tidspunkt, antages den konkurrenceprægede dialog at få en endnu større rolle i fremtiden. Anbefalingen om et styrket offentlig-privat samarbejde med bedre adgang til dialog mellem parterne for på den måde at drage nytte af hinandens styrker, taler til udbudsprocedurens fordel, da denne netop tillader dette, forudsat betingelserne er opfyldte. Betingelserne for anvendelsen af den konkurrenceprægede dialog udgør imidlertid en hindring for dens udbredelse, men såfremt udbudsreglerne gøres smidigere og mere enkle vil det komme til at styrke dens betydning.

8. Konklusion

Baseret på det for udbudsretten essentielle ligebehandlingsprincip gælder der indenfor UBD's anvendelsesområde som udgangspunkt et forbud mod forhandling. Grundet de samfundsøkonomiske udfordringer, som medlemsstaterne står over for, og den indflydelse det har på de offentlige budgetter, kan meget tyde på, at grænserne for dialog ved offentlige indkøb i en vis grad vil forrykkes med henblik på at effektivisere den offentlige sektor.

Forbuddet mod forhandling modificeres ved opfyldelse af nærmere regulerede betingelser i UBD art. 29, således at der mellem parterne kan føres dialog forud for kontraktens indgåelse. Kontrakten skal være tilstrækkelig kompleks før UBD art. 29 finder anvendelse, og den meget upræcise formulering af bestemmelsen har givet anledning til fortolkningsvanskeligheder i forhold til den konkurrenceprægede dialogs anvendelsesområde og procedure. Dette har betydet, at udbudsformen ikke anvendes i den udstrækning, den var tiltænkt.

Det vil være muligt at afhjælpe usikkerheden omkring UBD art. 29 med en afgørelse fra EU-Domstolen, som kunne skabe klarhed omkring de forskellige fortolkningsvanskeligheder, men indtil videre lader denne afgørelse vente på sig. Heller ikke andre nationale retsinstanser, med undtagelse af den administrative klageinstans i Danmark, Klagenævnet for Udbud, har taget stilling til anvendelsesområdet og trods flere kendelser fra sidstnævnte klageinstans herom, synes retstilstanden i Danmark endnu ikke afklaret.

¹⁶¹ Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011, s. 19

¹⁶² Grønbog 2011, afsnit 2.1.

UBD art. 29 skal fortolkes under hensyntagen til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt konkurrence. Hensynet til fortrolighed spiller endvidere en vigtig rolle i forhold til proceduren, idet hensynet til fortrolighed er en forudsætning for at få de for opgaven bedste tilbudsgivere til at afgive tilbud. Således er der i specialet argumenteret for, at hensyn til fortrolighed vejer tungere end hensynet til konkurrence i tilbudsfasen, da sidstnævnte hensyn tilgodeses tidligere i processen.

I forhold til fortolkningen af anvendelsesområdet får ovennævnte hensyn også afgørende betydning. Når der i nærværende speciale støttes op om en mindre restriktiv fortolkning af UBD art. 29, skal det ses i lyset af, at de grundlæggende principper om gennemsigtighed, ligebehandling og konkurrence, i større omfang end ved udbudsformen, udbud med forhandling, bliver tilgodeset i proceduren. Den konkurrenceprægede dialog antages derfor ikke at være en undtagelsesprocedure på lige linje med udbud med forhandling, som UBD art. 28 antyder, hvilket bør afspejle sig i fortolkningen af UBD art. 29. Til støtte for dette synspunkt er der i specialet tillige argumenteret for en mere pragmatisk tilgang til reglerne, henset til baggrunden for den konkurrenceprægede dialogs indførelse i UBD, således at udbudsformen bliver mere tilgængelig i praksis og bedre anvendelig som redskab i forhold til de udfordringer, som medlemsstaterne står overfor.

Den seneste udvikling viser, at dette synspunkt får opbakning fra andre kanter. Således har den nuværende danske regering fremlagt en strategiplan om mere offentlig-privat samarbejde, hvor den konkurrenceprægede dialog skal indgå som et redskab i bestræbelserne på at realisere dette mål. De anbefaler derfor, at ordregiver skal have videre adgang til at anvende udbudsformen og at proceduren bør forenkles. Ligeledes har Kommissionen taget de første skridt af en revision af udbudsreglerne ved at foreslå mere forhandling ved udbud med henblik på bedre udnyttelse af de offentlige midler. Den konkurrenceprægede dialog indgår angiveligt i planerne om en mere effektiv offentlig sektor og med udtalelserne fra Kommissionen henholdsvis den gældende danske regering er der lagt op til, at den konkurrenceprægede dialog skal have en større rolle i fremtiden.

9. Litteraturliste

Henvisningsforkortelser er angivet kursiveret i parentes efter værket

Lovgivning:

- Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011; Bekendtgørelse om fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- EF-traktaten: Traktat af 25. Marts 1957 om oprettelse af det Europæiske Fællesskab
- Udbudsdirektivet: Europa Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. (*Direktiv 2004/18EF*)

Bøger:

- Arrowsmith, Sue; "The Law og public and utilities procurement", 2. Udgave, 2005, Thomson Sweet & Maxwell, (*Arrowsmith 2005*)
- Bovis, Christopher; "EC Public Procurement: Case law and regulation", 2006, Oxford (*Bovis 2006*)
- Burnett, Michael; Oder, Martin; "Competitive Dialogue – a practical guide", European Institute of Public Administration, 2009 (*Burnett 2009*)

- Fabricius, Jesper; "Offentlige indkøb i praksis", 1. udgave 2010, Thomson Reuters (*Fabricius 2010*)
- Fejø, Jens; Treumer, Steen: EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden, 1. udgave, 2006, Jurist- og økonomforbundets Forlag (*Fejø og Treumer 2006*)
- Hjelmberg, Simon Evers; Jacobsen, Peter Stig; Poulsen, Sune Troels: EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 1. udgave, 2005, Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (*Hjelmberg m.fl.*)
- Nielsen, Ruth; Neergaard, Ulla: EU-ret, 4. Revideret udgave, Forlaget Thomson (*EU-ret*)
- Steinicke, Michael; Groesmeyer, Lise: EU's Udbudsdirektiver med kommentarer, 2. udgave, 2008. Jurist og Økonomforbundets Forlag. (*Steinicke m.fl. 2008*)

Artikler:

- Brandt, Jacob; "Konkurrencepræget dialog – en åbning for offentlig-private partnerskaber?", i EU-ret & menneskeret, 2005, s. 46-56 (*Brandt 2005*)
- Brown, Adrian; "The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you Know?", Public Procurement Law Review 2004, volume 13, s. 160-177 (*Brown 2004*)
- Hjelmberg, Simon Evers; Poulsen, Sune Troels: "Hvor megen konkurrence skal der være i en konkurrencepræget dialog? – om afvejningen af markedsåbning og offentlige ordregiveres behov inden for rammerne af EU's udbudsdirektiv", Ugeskrift for Retsvæsen, 2007B, s. 34 (*U2007B.34*)
- Larsen, Anne Rubach: "Competitive dialogue", i Nielsen, Ruth; Treumer, Steen (red): "The new EU Public Procurement Directive", Djøf Publishing 2005, 1. Edition, s. 67-81 (*Rubach 2005*)
- Larsen, Marianne K, "Implementering af lovpakken i Danmark" i Fejø, Jens; Treumer, Steen, "EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden", Jurist – og Økonomforbundets Forlag 2006. s. 47-52 (*Implementering af lovpakken i Danmark*)
- Loest, Ciara Kennedy; "What Can be Done at the Preferred Bidder Stage in Competitive Dialogue?", Public Procurement Law Review 2006, volume 15, s. 316-326 (*Ciara Kennedy-Loest 2006*)
- Offersen, Rene; Frank, Morten: "Konkurrencepræget dialog ved indgåelse af særligt komplekse IT-kontrakter", Erhvervsjuridisk tidsskrift 2009, nr. 4, s. 325-337 (*Offersen og Frank, 2009*)
- Steinicke, Michael: "Konkurrencepræget dialog – præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne", i Pedersen, Hans Viggo Godsk (red.): "Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005", Jurist – og Økonomforbundets Forlag, 2005, 1. Udgave, s. 273-286 (*Steinicke 2005*)
- Treumer, Steen; "Competitive Dialogue", Public Procurement Law Review 2004, volume 13, s. 178-186 (*Treumer 2004*)
- Treumer, Steen; "The field of application of competitive dialogue", i Public Procurement Law Review 2006, volume 15, s. 307-315 (*Treumer 2006*)
- Treumer, Steen; "Implementation of Competitive Dialogue – Danish Legislation and Case Law: the Experience so far", Paper presented in the conference Public Procurement: Global Revolution V, 9 September 2010, Copenhagen Denmark (*Treumer 2010*)
- Tvarnø, Christina; "Offentlig-privat partnerskab – lovregler eller politisk strategi", Ugeskrift for Retsvæsen, U.2011B s. 129 (*U.2011B.129*)
- Tvarnø, Christina; "Does the Danish Interpretation of EC Public Procurement Law Prevent PPP?", Public Procurement Law Review 2010, volume 19, s. 73-89 (*Tvarnø 2010*)
- Verschuur, Steven; "Competitive Dialogue and the Scope for Discussion after Tenders and

Before Selecting the Preferred Bidder – What is Fine-tuning, etc.?", Public Procurement Law Review 2006, volume 15, s. 327-331 (*Verschuur 2006*)

Grønbøger

- Europa-Kommissionens Grønbog om offentlige indkøb i EU: Overvejelser for fremtiden, den 27. november 1996, KOM (96)583 (*Grønbog 1996*)
- Europa-Kommissionens Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner, den 30.4.2004, KOM(2004) 327 endelig (*Grønbog 2004*)
- Europa-Kommissionens Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, den 27.1.2011, KOM (2011) 15 endelig (*Grønbog 2011*)

Vejledninger:

- European Commission: Explanatory note – competitive dialogue – classic directive, CC/2005/04_rev 1 af 5.10.2005 (*Kommissionens Explanatory note*)
- Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, 2006 (*KS vejl.*) – tilgængelig på følgende website:
<http://www.kfst.dk/udbudsomraadet/udbudsregler/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/> (den 28. august 2011)
- Office of Government Commerce (OGC) guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations, januar 2006 (*OGC guidance 2006*) – tilgængelig på følgende website:
http://www.ogc.gov.uk/procurement_policy_and_application_of_eu_rules_specific_application_issues.asp (den 28. august 2011)
- Udbudsrådets vejledning om grænserne for dialog mellem offentlige myndigheder og private virksomheder ved udbud af offentlige kontrakter: Dialog ved udbud – hvad er muligt? Juni 2010 (*Udbudsrådets vejledning 2010*) – tilgængelig på følgende website:
<http://www.udbudsraadet.dk/nyheder/artikel/dialog-ved-udbud-hvad-er-myte-og-hvad-er-muligt/> (den 28. august 2011)

Regeringens publikationer:

- Handlingsplan for Offentlig-Private Partnerskaber (OPP), januar 2004 – tilgængelig på følgende website: <http://ny.oem.dk/Publikationer/html/OPP/index.html> (den 28. august 2011)
- Strategi til fremme af Offentlig-Private samarbejde, januar 2011 – tilgængelig på følgende website: <http://www.oem.dk/publikationer/2011/strategi-til-fremme-af-offentlig-privat-samarbejde> (den 28. august 2011)

Øvrige publikationer:

- Analyse om offentlig-privat samarbejde om innovation, Erhvervs- og Byggestyrelsen, marts 2009 – tilgængelig på følgende website:
http://www.ebst.dk/publikationer/innovation/Analyse_af_offentlig-privat_samarbejde_om_innovation/index.htm (den 28. august 2011)

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud:

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende ingeniører

mod Roskilde Kommune

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. september 1998, Det Danske Handelskammer mod Danmark Statistik
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. august 2003, Skanska Danmark A/S mod Vejle Kommune
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. august 2003, Bravida Danmark A/S mod Statens Forsknings- og Uddannelsesbygninger
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. december 2006, Baxter A/S mod Roskilde Amt m.fl.
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. april 2008, Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. september 2009, Konsortiet Vision Area mod mod Københavns Bymuseum
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. april 2010, Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune

Domme fra EF-Domstolen:

- C-322/88, 13. december 1989, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles, saml. 1989 s. 4407
- C-243/89, af 22. juni 1992, Kommissionen mod Danmark

Meddelelse fra EU:

- Commission's Proposal, COM (2000) 275 final, Part III, concerning chapter 4, Article 29 (*COM (2000) 275 endelig*)
- EF-tidende 1994 L 111/114
- EF-tidende 2001 C 193/7 af 10/7-2001
- Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget; På vej mod en akt for det indre marked – For en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne, Bruxelles den 27.10.2011, KOM (2010) 608 endelig (*KOM (2010) 608 endelig*)

Øvrige links

- Regeringens høringssvar til Kommissionens grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige kontrakter, Europaudvalget (2011) KOM (2011) 0015 bilag 5, den 18. April 2011 – tilgængelig på følgende website:
[http://www.ft.dk/dokumenter/tingdok.aspx?/samling/2011/kommissionsforslag/kom\(2011\)0015/bilag/5/985928/index.htm](http://www.ft.dk/dokumenter/tingdok.aspx?/samling/2011/kommissionsforslag/kom(2011)0015/bilag/5/985928/index.htm) (den 28. august 2011)