

Markedsdialog er vigtigere end nogensinde før – så brug den!

Af Julia Vorgod og Maj-Britt Böwadt. Artiklen er publiceret den 4. april 2016.

Adgangen til markedsdialog forud for offentliggørelse af udbudsmaterialet er nu direkte angivet i udbudslovens § 39. Et klart signal fra lovgiver, der forhåbentlig bidrager til, at langt flere ordregivere vil kaste sig ud i dialogen med markedet – for der er store gevinster at hente!

På trods af en almindelig enighed om, at ordregivere i vid udstrækning er berettiget til at gå i dialog med markedet i forbindelse med gennemførelsen af udbud, har der ofte været en vis tilbageholdenhed med – og måske endda en slags berøringsangst i forhold til – en sådan markedsdialog.

Forklaringerne herpå er sikkert mange, men vi oplever ofte, at frygten for at blive anklaget for at have overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, herunder forbuddet mod forhandling, har fået mange ordregivere til helt eller delvist at undlade markedsdialogen, og det er både synd og skam.

En korrekt gennemført dialog med markedet indebærer nemlig en lang række fordele og er efter vores mening endda ofte et ”must” i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiver ikke besidder den fornødne viden på forhånd.

I lyset af den nye udbudslov gælder dette særligt i forhold til anvendelsen af mindstekrav, hvor det nu er mere relevant end nogensinde før at afprøve markedet, før der fastlægges mindstekrav i udbudsmaterialet. Mindstekrav vil nemlig typisk have karakter af grundlæggende elementer, som ikke kan ændres, hvis det i udbudsprocessen skulle vise sig, at markedet rent faktisk ikke kan opfylde dem. Konsekvensen heraf er, at udbuddet skal aflyses og gå om.

Kend dit marked!

Kendskabet til det konkrete marked er alfa og omega i forhold til udbuddets succes set fra både ordregiver og leverandørernes synspunkt. Markedsdialogen skaber således mulighed for, at ordregiver kan afprøve sine idéer og krav til udbuddet, få konstruktiv feedback og dermed opnå det nødvendige markedskendskab.

Således er kendskabet til de relevante leverandører afgørende i forhold til de indledende udbudsstrategiske afklaringer, herunder:

- Valg af udbudsform
- Valg af kontraktform
- Valg af struktur (fx opdeling i særskilte udbud, delaftaler mv.)
- Fastsættelse af udvælgelseskriterier og evt. krævet mindsteniveau

Til brug for udarbejdelsen af udbudsmaterialet spiller markedskendskabet ligeledes en væsentlig rolle i forhold til:

- Sikring af, at udbudsmaterialet ”rammer” det relevante marked, og at kundens forretningsmæssige behov kan dækkes af dette
- Fastsættelse af krav og eventuelle mindstekrav til kontraktgenstanden, da fastlæggelse heraf i forhold til markedet er helt afgørende
- Fastsættelse af kontraktkrav, der kan have indvirkning på leverandørens forretning og projektmæssige risikoprofil
- Identificering af ”cost drivers”.

Endelig er det rette kendskab til markedet afgørende i forhold til selve gennemførelsen af udbudsprocessen, herunder:

- Den forventede udbudsprocessuelle modenhed hos de relevante leverandører
- Identifikation af tiltag til at reducere processuelle risici, herunder "tilbageløb" i processen og aflysning af udbuddet.

Hvordan gennemføres markedsdialog i praksis?

Udbudsloven giver ikke praktiske anvisninger til, hvordan en dialog med markedet kan eller skal finde sted. I praksis kan en markedsdialog gennemføres på en lang række måder, idet de nedenfor nævnte eksempler ligeledes kan kombineres, i det omfang det er hensigtsmæssigt. En markedsdialog kan således udføres ved hjælp af:

- Desk research
- Telefoniske interviews
- Skriftlig høring
- Møder med potentielle leverandører, både i form af fælles dialogmøder og særskilte møder
- Henvendelse til brancheorganisationer
- Erfaringsudveksling med andre ordregivere
- En forhåndsmeddelelse, hvor ordregiver opfordrer alle interesserede virksomheder til at kommentere en foreløbig beskrivelse af den udbudte opgave
- Offentliggjorte indkøbsplaner, f.eks. på www.udbud.dk.

Fælles for alle metoder er, at markedsdialogen er underlagt de almindelige udbudsretlige principper, herunder særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Dette indebærer blandt andet følgende:

- Krav og mindstekrav kan indgå i dialogen, der dog ikke må føre til en konkurrencefordel for én eller flere leverandører.
- Tekniske specifikationer kan ligeledes drøftes, men dialogen må ikke føre til, at udbuddet "skræddersys" til en bestemt leverandør og/eller en unik løsning.

Ligebehandlingsprincippet medfører ligeledes, at beslutningen om, hvem og hvor mange virksomheder der skal deltage i markedsdialogen, skal afspejle det relevante markeds særlige karakteristika.

Såfremt markedet er begrænset til et mindre antal leverandører, taler dette for, at samtlige potentielle leverandører inviteres til at deltage i markedsdialogen. Er der tale om et forholdsvis stort marked, vil en markedsdialog, der alene omfatter et repræsentativt udsnit af de relevante leverandører, som udgangspunkt være tilstrækkelig. Ordregiver skal desuden overveje, hvorvidt udbuddet kan have en grænseoverskridende effekt. I sådanne tilfælde bør også relevante udenlandske leverandører omfattes af markedsdialogen. Endelig bør ordregiver sikre sig, at dialogen gennemføres ensartet over for alle, og at resultatet af markedsdialogen dokumenteres skriftligt.

Bliver man inhabil af at deltage i en markedsdialog?

Virksomheder, der har deltaget i en markedsdialog eller sågar udført forberedende arbejde for ordregiver, må som udgangspunkt gerne deltage i det efterfølgende udbud. Der er således ikke tale om en automatisk udelukkelse, blot fordi man har haft dialog med en ordregiver eller udført opgaver for en ordregiver, der har en tæt sammenhæng med et senere udbud. Dette er gang på gang slået fast i klagenævnspraksis.

Hvis en virksomhed har rådgivet ordregiver i forbindelse med en markedsundersøgelse eller på anden måde har været involveret i forberedelsen af et udbud, skal ordregiver dog træffe passende foranstaltninger for at undgå, at konkurrencen fordrejes, såfremt den pågældende leverandør deltager i udbuddet.

Eventuelle konkurrencefordele skal således udlignes. Dette kan f.eks. sikres ved:

1. at samtlige relevante oplysninger, der er fremkommet i forbindelse med involveringen i udbudsproceduren, medtages i udbudsmaterialet
2. at fastsætte tidsfrister for modtagelse af ansøgninger og tilbud, der udligner den tidsmæssige fordel, som den pågældende leverandør kan have opnået ved involvering i forberedelsen af udbuddet.

Ordregiver er kun forpligtet til at udelukke en virksomhed, hvis konkurrencefordel, ikke kan udlignes ved ovenstående handlinger, for at sikre overholdelsen af ligebehandlingsprincippet.

Må man spørge om priser?

Det har hidtil været den gængse opfattelse, at en markedsdialog ikke må have karakter af en egentlig tilbudsindhentning, da dette vil være i strid med udbudsreglerne. Derfor har det også været normal praksis at undlade – herunder endda helt at forbyde – at indhente eller afgive konkrete priser i forbindelse med en dialog med markedet. Det har dog været alment accepteret, at indhentelse af overordnede prisindikationer og prisrammer lovligt kunne ske.

Spørgsmålet er, om udbudsloven ændrer på dette og giver en udvidet adgang til indhentelse af information om priser?

Af bemærkningerne til udbudslovens § 30 om vurdering af kontraktværdi fremgår således følgende:

”For at foretage en saglig forhåndsvurdering kan ordregiveren f.eks. fremskaffe oplysninger om markedets generelle prisniveau for anskaffelsen ved at anvende rådgivere med branchekendskab, indhente prisoplysninger hos økonomiske aktører m.v., jf. § 39.”

Den citerede passus henviser til udbudslovens bestemmelser om indledende markedsundersøgelser og synes i et vist omfang at gøre op med den hidtidige opfattelse af, at der ikke må ske en egentlig indhentning af konkrete priser.

Markedsdialogen kan således også bruges til at få en fornemmelse af det specifikke prisniveau, der kan bidrage til estimeringen af kontraktværdien, og denne information kan igen bruges i overvejelserne om valg af prisevalueringsmetode. Forudsætningen for at kunne fastlægge en anvendelig prisevalueringsmetode, som udbudsloven dikterer med kravet om offentliggørelse af evalueringemetode, forudsætter, at ordregiver har en høj grad af viden om markedets prissætning af den efterspurgte ydelse, hvorfor markedsdialogen er en oplagt anledning til at klarlægge dette. Markedsdialogen kan – og bør – således indeholde en identifikation af markedets prisniveau. Dette skal dog blot ske med respekt for de generelle udbudsretlige principper.

Gevinsterne ved markedsdialog er mange og væsentlige

Ordregivers gennemførelse af den nødvendige markedsdialog i forbindelse med udbudsprocessen indebærer en række væsentlige fordele:

- Ordregiver kan udarbejde et kvalificeret udbudsmateriale, der ”rammer” markedet i form af et godt match mellem de tilgængelige løsninger og ordregivers krav/mindstekrav.

- De modtagne tilbud bliver både bedre og mere konkurrencedygtige og dermed også økonomisk mere fordelagtige.
- Der skabes et grundlag for at indgå velegnede og afbalancere kontrakter.
- Endelig sikrer markedsdialogen, at ordregiver kan gennemføre en udbudsproces uden ubehagelige overraskelser og tilbageløb. Dette reducerer alt andet lige risikoen for at skulle aflyse udbuddet, f.eks. fordi der er anvendt mindstekrav, som markedet ikke kan opfylde, eller som medfører en væsentlig stigning af de tilbudte priser.

Vær ikke bange for at tage dialogen!

Med udbudsloven har lovgiver nu løftet adgangen til markedsdialog direkte ind i lovteksten. Dialog er tilladt og har mange fordele, og særligt i forhold til at afklare anvendelsen af krav og mindstekrav har dialogen sin berettigelse, så udbudsmaterialet rammer markedets formåen.

Vær derfor ikke bange for at tage dialogen!

Julia Vorgod og Maj-Britt Böwadt er udbudsretlige specialistrådgivere i Rambøll Management Consulting. De arbejder begge til dagligt med at rådgive om komplekse udbudsprocedurer.

[Læs mere om Rambøll's juridiske rådgivning](#)

[Læs mere om Rambøll's udbudsretlige morgenmøder](#)