

Sådan gør du din kravspecifikation udbudseget

Af Claus Gulholm-Hansen Krüger og Maj-Britt Böwadt

I artiklen gives nogle gode råd til, hvordan kravspecifikationen set med udbudsretlige øjne bør udformes, så den ikke blot er egnet til at beskrive udbuddets genstand, men i særdeleshed også er egnet til at indgå i et udbudsmateriale som det vigtige udbudstekniske dokument, den er.

Med ganske få tiltag opnår du ikke blot, at kravspecifikationen bliver udbudseget, men også at du får bedre og skarpere tilbud.

Kravspecifikationen får ofte en lidt ”stedmoderlig” behandling, når udbudsjuristen eller den udbudsansvarlige udarbejder og kvalitetssikrer det samlede udbudsmateriale. Den åbenlyse begrundelse herfor er, at kravspecifikationen betragtes som et teknisk og fagligt dokument, som udbudsjuristen/den udbudsansvarlige ikke nødvendigvis behøver at have nogen særlig holdning til eller viden om.

Kravspecifikationen udarbejdes typisk af fagfolk med særlige kompetencer inden for udbuddets fagområde, eventuelt også med bistand fra eksterne konsulenter.

Det er ikke en selvfølge, at den tekniske fagmand har blik for de udbudsretlige implikationer, når kravspecifikationen udarbejdes. Erfaringsmæssigt er mange kravspecifikationer derfor helt eller delvist uegnede til at indgå i en udbudsforretning, og det er ikke ualmindeligt, at netop kravspecifikationen gøres til genstand for udbudsretlige kritikpunkter, f.eks. i forbindelse med en klagesag for Klagenævnet for Udbud.

Vores pointe er derfor, at udbudsjuristen/den udbudsansvarlige også bør forholde sig til udformning og indhold af kravspecifikationen – og at dette ikke nødvendigvis forudsætter nogen specifik viden om det udbudte fagområde. Derimod kan en god portion sund fornuft hjælpe godt på vej.

Kravspecifikationens rolle og krav til udformning

Overordnet set har kravspecifikationen til formål at formidle ordregivers behov. Den tjener dog også som grundlag for en række andre forhold såsom:

- Leverandørernes udarbejdelse af tilbud
- Implementering af leverandørens løsning/opgavevaretagelse
- Fastlæggelse af leverandørens konkrete leveringsforpligtelser
- Konstatering af, om grundlaget for overtagelse er til stede (risikoens overgang) efter et eventuelt afprøvningsforløb
- Den løbende contract management og styring

Ordregiver skal derfor sikre, at:

- Kravspecifikationen tydeligt beskriver ordregivers forretningsmæssige og tekniske behov
- Kravspecifikationen er egnet til at danne grundlag for forpligtelser
- De enkelte krav er verificerbare
- Kravspecifikationen er let at forstå for tilbudsgiver, når tilbuddet udarbejdes

I det typiske udbudsmateriale indgår kravspecifikationen som en integreret del af kontrakten, det vil sige som et bilag til kontrakten sammen med en række øvrige bilag. I udformningen af

kravspecifikationen er det derfor væsentligt at være opmærksom på, at den i form og indhold skal passe ind i større kontekst. Særligt i komplekse projekter ser vi alt for ofte, at kravspecifikationen adresserer forhold, der skal beskrives i andre dele af kontraktgrundlaget.

Få styr på begrebsanvendelsen

Vi støder i vores rådgivning ofte på kravspecifikationer, der ikke sonderer mellem ”vejledningstekst” og ”vilkårstekst”. Ofte findes begge former side om side i kravspecifikationen, uden at kravspecifikationens forfatter har forholdt sig til forskellen.

Vejledningstekstens formål er at instruere tilbudsgiver i, hvad tilbudsgiver skal gøre i forbindelse med udarbejdelse af sit tilbud. Vejledningsteksten har derfor ikke et selvstændigt ”liv” efter tilbudsafgivelsen og bør således også udgå i forbindelse med selve kontraktindgåelsen.

Vilkårsteksten fastlægger derimod, hvilke krav leverandøren skal opfylde efter kontraktens opfyldelse og danner således grundlaget for leverancen.

Der bør ikke ske en sammenblanding af vejledningstekst og vilkårstekst i kravspecifikationen, idet dette går ud over gennemsigtigheden. En mulig løsning er at indsætte en ”vejledning til tilbudsgiver” forrest i dokumentet, hvor al vejledningstekst samles, og som slettes i forbindelse med kontraktindgåelsen. På den måde indeholder den endelige kravspecifikation alene vilkårstekst.

Er omfanget af vejledningstekst ganske omfattende, eller er det mest hensigtsmæssigt, at vejledningsteksten anføres i umiddelbar sammenhæng med det krav, den vedrører, kan vejledningsteksten skrives direkte ind i kravspecifikationen, fordelt mellem de konkrete krav (i form af vilkårstekst). I dette tilfælde er det dog en god idé at fremhæve vejledningsteksten særskilt, f.eks. ved brug af en særlig markering (kursiv, farve mv.) eller som en tekstboks. Det letter i betragtelig grad tilbudsgivers forståelse af kravspecifikationen, og gør det samtidig mere enkelt at slette vejledningstekst fra kravspecifikationen i forbindelse med kontraktindgåelsen.

I samme forbindelse burde det være unødvendigt at understrege, at ”leverandøren” er den korrekte term i kravspecifikationens vilkårstekst, mens ”tilbudsgiver” er den term, der bør anvendes i vejledningsteksten – men også her ser vi mange eksempler på sammenblanding.

Krav og mindstekrav

Udbudsretligt skelnes der traditionelt mellem krav og mindstekrav.

Mindstekrav skal ubetinget opfyldes af tilbudsgiver. Såfremt et mindstekrav ikke er opfyldt, betragtes tilbuddet i sin helhed som ukonditions-mæssigt og skal afvises.

I modsætning til mindstekravene behøver tilbudsgiver ikke at opfylde de øvrige (almindelige) krav i deres helhed. Disse krav har i praksis karakter af konkurrencekrav, idet den konkrete opfyldelse heraf danner grundlaget for evalueringen af leverandørens løsningsforslag. Dette forudsætter naturligvis, at under- og delkriterier dækker hele kravspecifikationen og i øvrigt er udarbejdet på en sådan måde, at de kan håndtere en manglende eller delvis kravopfyldelse.

Da konsekvensen af en manglende opfyldelse af krav og mindstekrav er forskellig, er det essentielt, at tilbudsgiver tydeligt kan identificere, om de enkelte krav har karakter af mindstekrav eller almindelige krav. Tilsvarende skal konsekvensen af et forbehold til et mindstekrav tydeligt fremgå af udbudsmaterialet.

Antallet af mindstekrav bør desuden overvejes nøje – ligesom det bør overvejes, om og i hvilket omfang mindstekrav overhovedet er nødvendige. Jo flere mindstekrav, desto større er risikoen for, at én eller flere tilbudsgivere afstår fra at afgive tilbud eller skal afvises på baggrund af et ukonditionsmæssigt tilbud.

Opfyldelsen af mindstekrav indgår i øvrigt ikke i tilbudsvurderingen – så også her bør man tænke sig godt om ved udformningen af kravspecifikationen.

Det kræver en skarp pen....

Formuleringen af både krav og mindstekrav skal være egnet til at udtrykke den konkrete forpligtelse, som leverandøren har efter kontraktindgåelsen. Herudover skal formuleringen af krav være egnet til at danne grundlag for tilbudsvurderingen.

Mindstekrav må som følge af deres særlige karakter ikke indeholde skønsmæssige elementer, men skal være objektivt konstaterbare, entydige og præcise.

Krav kan - og vil ofte - indeholde skønsmæssige elementer, der giver tilbudsgiver mulighed for at levere en individuel kravopfyldelse, der kan danne grundlaget for tilbudsevalueringen. Selve formuleringen af kravet skal dog stadig være entydig og præcis.

Formuleringen af både krav og mindstekrav stiller derfor krav til den skarpe pen.

Anvend derfor korte og præcise formuleringer – og skriv uden omsvøb. Vær desuden kritisk med hensyn til, om der reelt kan foretages en tilbudsvurdering baseret på de angivne krav.

Sammenblanding af krav og tildeling

I de senere år har vi set en tendens til, at kravene i kravspecifikationen ikke formuleres som "krav" til løsningen, men som "konkurrenceparametre", "dobbelt pointgivende krav" eller andre lignede begreber.

I de varianter, som vi ind imellem møder, er sådanne "krav" med andre ord tiltænkt en status som elementer i en matematisk vurderingsmodel, der supplerer den skønsmæssige vurdering af kravenes opfyldelse. Kravspecifikationen kommer derved til at indeholde en eksplicit stillingtagen til, hvordan ordregiver vil vurdere den løsning, tilbudsgiver tilbyder. Dette sker dog oftest på bekostning af, en tydelig angivelse af ordregivers krav til løsningen, der formuleringsmæssigt "drukner" i de øvrige forhold.

Efter vores mening bør kravspecifikationen fokusere på at udtrykke ordregivers krav til løsningen. Der må ikke ske en sammenblanding af grundlaget for tilbudsvurderingen og indholdet af de enkelte krav.

Det er muligt at give de enkelte krav en kode (f.eks. "høj", "lav", "mellem"), der udtrykker en individuel vægt af kravenes opfyldelse til brug for tilbudsvurderingen. Det er dog vores erfaring, at en sådan kategorisering kan være meget vanskelig at bruge og ofte bedre kan håndteres i under- og delkriterierne anført i udbudsbetingelserne som led i vurderingen af de "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

I det omfang ordregiver anvender en sproglig evalueringsmodel (i modsætning til en mere matematisk vurdering) af de modtagne tilbud, er det desuden svært at dokumentere, at vægtningen af kravene er indgået i vurderingen. Det er vores anbefaling, at ordregiver benytter udbudsbetingelserne som et aktivt instrument til at udtrykke, hvorledes tilbudsvurderingen vil ske i stedet for at indarbejde disse dele i kravspecifikationen.

Sikring af ”den røde tråd”

En sidegevinst ved anvendelsen af det rigtige snit mellem kravspecifikationen og udbudsbetingelserne er i øvrigt, at det bliver muligt for ordregiver at sikre ”den røde tråd” mellem kravene som anført i kravspecifikationen, tilbudsgivers løsningsforslag som angivet i tilbuddet og de af ordregiver i udbudsbetingelserne anførte under- og delkriterier.

Undgå de klassiske fejl

Med ganske få tiltag er det således muligt at undgå de klassiske fejl, vi ofte ser:

- Få styr på begrebsanvendelsen
- Husk at sondre mellem vejledningstekst til tilbudsgiveren og vilkårstekst til leverandøren
- Husk at sondre tydeligt mellem krav og mindstekrav
- Sørg for, at formuleringen af både krav og mindstekrav er entydig, direkte og præcis.
- Skriv kortfattet og uden omsvøb
- Undgå sammenblanding af krav og evalueringskriterier
- Sørg for at sikre ”den røde tråd” gennem det samlede udbudsmateriale

Slip berøringsangsten

Det er vores erfaring, at udbudsjuristen eller den udbudsansvarlige i høj grad kan nyttiggøre det udbudsretlige håndværk og bidrage til udformningen af kravspecifikationen i form af en systematisk og struktureret tilgang til formuleringen heraf.

Dette kræver ikke nødvendigvis domæneviden inden for det udbudte fagområde.

Vores råd er derfor at give slip på berøringsangsten over for kravspecifikationen. Der er mange gevinster ved at udarbejde en udbudsegnet kravspecifikation, herunder det helt afgørende forhold: At en udbudsegnet kravspecifikation i høj grad også understøtter, at de forretningsmæssige gevinster af udbuddet kan indfries.

Claus Gulholm-Hansen Krüger og Maj-Britt Böwadt er ansvarlige for udbudsrådgivningen i Rambøll Management Consulting. De arbejder begge til dagligt som specialistrådgivere med ansvar for at rådgive om komplekse udbudsprocedurer.

Herudover underviser de begge i forskellige kurser og optræder som indlægsholdere på konferencer om udbudsret samt Rambølls egne Udbudsretlige Morgenmøder.

Se mere på <http://www.ramboll.dk/services/management-consulting/juridisk-raadgivning>