

enten udtrykkeligt eller forudsætningsvis fremgår af udbudsbetingelserne, at en bestemt kravspecifikation eller kontraktvilkår e.l. ikke kan fraviges. Klagenævnet har allerede skabt en praksis for, hvornår der foreligger et sådant mindstekrav ved et EU-udbud, f.eks. i sagen om Handelskammeret mod Danmarks Statistik af 27. april 1998 (offentliggjort på Konkurrencestyrelsens hjemmeside www.ks.dk).

Bestemmelsen er udformet som en ret for udbyderen til at antage et alternativt bud. Udbyderen vil derfor ikke ved tildelingskriteriet »laveste pris« have pligt til at vælge en alternativ løsning i et tilbud med den laveste pris eller til at vælge et tilbud, der er baseret på en anden entrepriseform end forudsat af udbyderen. Det er ikke hensigten at indsnævre den gældende praksis på dette område. Omvendt kan det tænkes, at en udbyder, der anvender »økonomisk mest fordelagtigt bud«, er forpligtet til at tage et alternativt bud, der opfylder mindstekravene, såfremt dette følger af de opstillede (del)kriterier.

Det kan forventes, at formuleringen af mindstekrav primært vil ske i forbindelse med kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, fordi dette kriterium netop gør tilbudsgivernes udformning af selvstændige løsningsforslag til et muligt konkurrenceparameter.

Et alternativt bud kan vedrøre såvel den tekniske løsning som de kommercielle betingelser. I sidstnævnte tilfælde må udbyderen dog gøre det særligt klart, hvornår der er tale om mindstebetingelser, der kan fraviges.

I stk. 2 er for fuldständigkeitens skyld anført, at udbyderen i udbudsbetingelserne kan udelukke alternative bud. Det følger heraf, at udbyderen i stedet kan anføre de betingelser, der gælder for alternative bud, f.eks. at afvigelser fra udbudsmaterialet udtrykkeligt skal angives, eller at et alternativt bud skal ledsages af et tilbud, der fuldt ud lever op til specifikationerne i udbudsmaterialet.

Til § 10

Efter § 10 kan udbyderen ikke forhandle et bud, der er højere end et andet ved licitationen afgivet bud, når kriteriet er laveste bud. Den foreslåede bestemmelse tager således udgangspunkt i licitationslovens § 3, stk. 3, der også indskrænker forhandlingsadgangen.

Som det fremgår af de almindelige bemærkninger udgør den gældende bestemmelse en konkurrencebegrænsning. Det er imidlertid blevet anført, at det kan bidrage til, at tilbudsgiver giver den »rigtige« pris fra starten, når tilbudsgiveren ved, at der ikke er mulighed for at justere tilbudet efterfølgende.

Den foreslåede bestemmelse vil imødekomme dette synspunkt.

Til § 11

I stk. 1 foreslås, at udbyderen skal kunne forhandle om de modtagne bud, når kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbyderen kan dog i udbudsbetingelserne give afkald på denne forhandlingsret.

Det forventes, at en bygherre fortrinsvis vælger kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, når der er tale om et arbejde af en vis kompleksitet, eller når bygherren ikke ønsker at være låst fast i en bestemt løsningsmodel. Indenfor visse rammer bør det derfor være muligt for bygherren løbende at justere konkurrencegrundlaget som led i en dialog med tilbudsgiverne også efter udløbet af tilbudsfristen.

Udbyderen har ganske vist efter den gældende lov mulighed for at invitere kredsen af tilbudsgivere til at afgive teknisk alternative bud, men i dag kan der i praksis kun vanskeligt forhandles om tilpasning af sådanne bud, selv om de nominelt måtte være lavest, fordi det alternative bud ikke kan sammenlignes med de øvrige bud og derved udpeges som det laveste. Selv om lovens sigte har været at skabe konkurrence omkring »samme arbejde«, så låser de begrænsede muligheder for at modtage alternative tilbud ofte konkurrencen og bremser en udvikling baseret på mere effektive eller bedre løsninger af byggeopgaverne. Udbyderen må derfor eventuelt annullere licitationen og afholde en ny licitation på det ændrede grundlag.

Disse forhold ligger bag forslaget om, at udbyderen, der vælger tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, skal have fri adgang til at forhandle om de indkomne tilbud.

Udbyderen skal også kunne inddrage prisspørgsmål i forhandlingerne, når kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Begrænsningerne i adgangen til at forhandle kan skabe et fundament, som entreprenørsiden kan bruge til at udelukke konkurrencen. De kartelsager, som Konkurrencestyrelsen har afdækket omkring årsskiftet 1998/99 er et eksempel herpå. Det vil give udbydere en modvægt mod sådanne mulige konkurrencebegrænsninger, såfremt de kan forhandle med flere tilbudsgivere, således som det er normalt i erhvervslivet i øvrigt. Det afgørende må også i denne branche være, at bygherren får »value for money« efter en procedure, der fremmer konkurrencen.

Udgangspunktet for forhandlingerne må være, at der forhandles om hvert bud på budets egne præmisser, således at den udvidede forhandlingsadgang ikke bruges til først at ensrette tilbudene indholdsmæssigt