

NOTAT OM MARKEDSDIALOG

Til: KL
Fra: Bird & Bird
Dato: 6. december 2018
Emne: Markedsdialog i forbindelse med pilotprojekt om digitale læringsmidler
Sagsnr.: KLKOL0010

1. INDLEDNING

KL har anmodet Bird & Bird om en redegørelse for, hvordan KL i relation til det kommende pilotprojekt/udbud af digitale læringsmidler via en "flat-rate model" skal agere i relation til de leverandører/interessenter, som KL vil have dialog med i den forudgående markedsdialog.

KL har igangsat en dialog med et repræsentativt udsnit af relevante leverandører/forlag samt brancheforeningerne, BFU (Brancheforeningen for Undervisningsmidler) og Danske Undervisningsforlag (en del af Danske Forlag).

KL ønsker at holde møder med forlagene enkeltvis med henblik på at få input til tilrettelæggelsen af udbudsmaterialet for at sikre den bedst mulige løsning for de kommuner og skoler, som skal kunne anvende de digitale læringsmidler.

Dialogen med markedet samt de overvejelser, som en forudgående inddragelse medfører, er reguleret i udbudslovens § 39, jf. nærmere nedenfor.

2. DIALOG FØR UDBUD

Juridisk set relaterer inddragelse af markedet sig til at fastslå grænserne for den lovlige dialog, før et konkret udbud offentliggøres i EU-Tidende.

Reglerne for den forudgående markedsdialog er meget lidt begrænsende, og udgangspunkt er således, at man som ordregiver kan tale med én, nogen eller alle potentielle leverandører, og der kan tales om alle de forhold, som er af interesse for udarbejdelsen af udbudsmaterialet for det kommende udbud.

I denne dialog vil naturligt indgå drøftelser om, hvordan den kommende løsning skal se ud, herunder hvilken prismodel der er anvendelig samt hvilke tekniske specifikationer og mindstekrav, som vil være relevante, nødvendige eller ønskelige i det kommende udbud.

Også forhold som kontraktlængde, kontraktvilkår samt alle andre forhold, som påvirker den måde, hvorpå ordregiver får leveret løsningen og dermed også påvirker den ydelse og pris, som leverandøren kan tilbyde, vil være lovlige og relevante at inddrage.

Ligebehandlingsprincippet, som hér er den begrænsende faktor i forhold til dialogens udstrækning og påvirkning af udbudsprocessen, statuerer på den anden side, at dialogen ikke må medføre, at den eller de leverandører, som ordregiver har talt med, får en konkurrencefordel i forhold til andre virksomheder, der ønsker at deltage i udbuddet. Kort sagt må dialogen ikke medføre inhabilitet for de pågældende.

En sådan ulovlig konkurrencefordel kan bestå i 1) en **viden**, som de øvrige ikke har til rådighed, ordregivers efterfølgende definition af krav eller ønsker til ydelsen, som kan være udtryk for 2) en **usaglig favorisering** af en leverandør over for andre, og sidst, men ikke mindst, om en af disse leverandører gennem sin deltagelse i dialogen eller fx ved at hjælpe ordregiver med at lave en del af udbudsmaterialet eller forundersøgelser hertil, har opnået 3) en **tidsmæssig fordel** over for de øvrige i forhold til at kunne give et tilbud på opgaven.

2.1 Viden

En konkurrencefordel i form af **viden** betyder helt enkelt, at en eller flere leverandører af ordregiver er blevet udstyret med information af relevans for det kommende udbud, som gør, at de er bedre rustet til at afgive et godt tilbud, eller at de har nemmere ved at gennemskue, hvad leverancen består af, eller hvad ordregiver lægger vægt på mv.

I forhold til en generel markedsdialog med markedet er denne viden relativt nemt neutraliseret, idet KL under dialogen blot kan sørge for at notere sig fx via en "log", jf. nedenfor, hvilke oplysninger der deles med markedet, som andre også kunne have gavn af at få indsigt i.

Senest sammen med udbudsmaterialets offentliggørelse i øvrigt, offentliggøres disse informationer. Hvis de ikke er indarbejdet i selve udbudsmaterialet, kan denne offentliggørelse bestå i et kort notat, som man vedlægger materialet eller alternativt lægger ud på ordregivers hjemmeside i forlængelse af dialogen.

2.2 Tidsmæssig fordel

I forhold til **tid** gælder samme princip.

Har en leverandør, som deltager i en dialog været i drøftelser eller måske endda betalt samarbejde med ordregiver om udbudsmaterialets udformning, hvor leverandøren som følge heraf tidsmæssigt kan have fået et forspring i det kommende udbud i forhold til de øvrige aktører, vil dette efter omstændighederne kunne anses som en ulovlig konkurrencefordel.

Idet en leverandør, som allerede har et forspring, jo altid vil have et sådan, gælder det for KL om at give de øvrige aktører en efter omstændighederne rimelig tid til at kunne afgive et konkurrencedygtigt tilbud.

I et udbud med en vis kompleksitet som det forestående vil dette som udgangspunkt betyde, at KL kan overveje at fastsætte en tilbudsfrist, der er længere end udbudslo-

vens minimumsfrister for at kompensere for det tidsmæssige forspring, som leverandører, der har deltaget i markedsdialogen, eventuelt har opnået.

2.3 Usaglig favorisering

I modsætning til de to anførte problematikker ovenfor, viden og tid, er den **usaglige favorisering** et forhold, som man som KL ikke efterfølgende kan reparere på.

Den usaglige favorisering består i, at KL baseret på sit kendskab til markedet vælger tekniske løsninger eller stiller mindstekrav, som enten udelukker en stor del af markedet, eller som i hvert fald kraftigt favoriserer en del af markedet eller en konkret aktør, uden at de bagvedliggende valg af tekniske krav mv. kan begrundes sagligt.

Det springende punkt er hér, at KL som ordregiver ikke træffer valg, som har en sådan afgørende karakter alene med den bagtanke, at man hellere vil have den ene *leverandør* frem for en af de andre, hvorimod en præference for den ene leverandørs *produkter*, som kan begrundes sagligt, langt lettere kan varetages lovligt.

I sidste ende vil en vurdering af lovligheden også bero på, hvor stor en del af markedet, som udelukkes eller klart forfordeles gennem et givent krav, og om dette i realiteten betyder, at alene én aktør på markedet vil kunne honorere kravene, i hvilket tilfælde det bagvedliggende krav om en effektiv konkurrenceudsættelse fortabes.

Den usaglige favorisering kan undgås, hvis KL vælger at udbyde ydelserne om digitale læringsmidler som en bred rammeaftale med flere leverandører, hvor et flertal af leverandører, som opfylder nogle nærmere fastsatte krav, kan blive tildelt aftalen og derved indgå i det "produktkatalog," som kommunerne kan indkøbe ydelserne efter.

3. DIALOG MED MARKEDET – "INDLEDENDE MARKEDSUNDERSØGELSER"

KL lægger op til en dialog med markedet og et repræsentativt udsnit af mulige leverandører, hvilken i udbudsloven er benævnt "markedsundersøgelser", jf. § 39:

§ 39. En ordregiver kan, inden der iværksættes en udbudsprocedure, gennemføre markedsundersøgelser med henblik på at udforme udbuddet og informere økonomiske aktører om ordregiverens udbudsplaner og krav i forbindelse med udbuddet. Ordregiveren kan i den forbindelse have dialog med og modtage rådgivning fra økonomiske aktører. Rådgivningen kan anvendes i planlægningen og gennemførelsen af udbuddet, forudsat at dette ikke medfører en overtrædelse af principperne i § 2¹.

Med henvisning til pkt. 2 ovenfor, er der som udgangspunkt intet i denne dialog, der ikke kan drøftes. Der er således adgang til at drøfte alle forhold omkring det kommende udbud, herunder de enkelte leverandørers præferencer og muligheder for at leve op til de krav, som KL måtte orientere om på møderne.

Den ønskede markedsdialog er således ikke i sin natur begrænset til alene at angå visse særlige emner, og da der alene er tale om en form for forudgående dialog, vil dialogen heller ikke skulle "udbydes" i forhold til deltagerkredsen.

¹ § 2 i Udbudsloven anfører principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af de økonomiske aktører

Det er altså op til KL selv at vurdere, hvilke virksomheder, det kunne være interessant at indlede en dialog med, om end det på et begrænset marked kan anbefales, at man aktivt søger deltagere til at komme med forskellige synsvinkler.

I lyset af de 3 mulige konkurrencefordele - tid, viden og favorisering - som man, jf. ovenfor, kunne komme til at give deltagerne, gælder hér på præcis samme måde, at KL efter dialogens afslutning og senest ved fremsendelsen af udbudsmaterialet, skal sørge for, at de ikke-deltagende leverandører har tilstrækkelig **tid** til at blive kompenseret for et eventuelt forspring, som de deltagende aktører måtte have, og at de opnår et passende informationsniveau, altså opnår en tilsvarende **viden**, som gør, at de kan konkurrere på lige vilkår med de øvrige.

I praksis vil dette videnselement kunne håndteres ved, at de oplysninger, som gives til leverandørerne på møderne om selve udbuddet, indarbejdes i udbudsmaterialet eller vedlægges som et kort notat, der redegør for dialogens formål og de af KL afgivne oplysninger.

Rent praktisk kan denne øvelse startes ud med, at KL opretter en "log", hvor man noterer sig alle de oplysninger, som gives og modtages, og som derfor kan danne grundlag for et eventuelt efterfølgende referat.

Der er ikke nogen pligt til at delagtiggøre markedet i, hvad de enkelte markedsaktører hver især har sagt på møderne, men for at undgå tvivl og spørgsmål undervejs, kan KL med fordel udarbejde en kort oversigt over de temaer, som er blevet drøftet på møderne med en angivelse af, hvad den generelle holdning blandt leverandørerne har været.

Det kunne således være relevant at anføre, de forskellige kommercielle forhold leverandørerne anbefalede, hvilke tekniske løsninger der blev anbefalet samt hvilke kontraktvilkår leverandørerne generelt anbefalede.

I samme dokument kan KL anføre, hvilken beslutning, der er truffet i relation til sådanne anbefalinger samt eventuelt bevæggrundene herfor, og på denne måde vise, at KL har været i dybden med materialet og forsøgt at imødekomme markedets ønsker, der hvor dette har givet mening og er sagligt.

I forhold til **favorisering** er der i markedsdialogen tale om en balanceakt, hvor problemet opstår i forhold til de valg, som KL træffer på baggrund af dialogen og det indvundne kendskab til markedets løsninger.

Hele idéen bag dialogen er at opnå indsigt i markedet og dets løsninger, og idet hver leverandør vil tage udgangspunkt i sit eget produkt/forslag til produkt og eget syn på området, vil KL som ordregiver utvivlsomt få en indsigt i, hvad de enkelte aktører enten kan, vil eller foretrækker, herunder hvad deres styrker og svagheder er i forhold til konkurrenternes løsninger.

De sidstnævnte forhold - styrker og svagheder - er jo imidlertid netop de elementer, man som ordregiver ønsker at kende for at kunne lave en rigtig konkurrence, dvs. belønne og straffe på de områder, hvor leverandørerne differentierer sig, og ikke der, hvor de alle tilbyder stort set samme produkt eller ydelse mv.

I den forbindelse vil KL skulle stå på mål for, at de på baggrund heraf foretagne valg er saglige.

Det vil utvivlsomt være sådan, at sådanne valg vil være mere problematiske, hvis de udelukker eller besværliggør en effektiv konkurrence, hvorfor bevisbyrden for sagligheden stiger desto færre aktører, som har mulighed for at byde meningsfuldt på opgaven med de stillede krav.

4. KONKLUSION

Baseret på ovennævnte kan det konkluderende anføres, at adgangen til forudgående dialog er meget fri, men at KL i sagens natur skal forvalte denne frihed på en saglig måde, hér særligt med hensyn til at give et ensartet oplysningsniveau og rimelig tid til alle efterfølgende tilbudsgivere.

Derudover gælder der et princip om saglighed i forhold til specificering af opgaven, som indebærer, at der ikke må stilles unødvendige eller usaglige krav, herunder krav, som er skræddersyet til at favorisere en særlig leverandør, men at der tværtimod stilles krav, som er rettet mod at få et system, som vil leve op til de behov, som kommunerne og skolerne har.

...00000...

Hvis KL har spørgsmål eller ønsker en uddybning af ét eller flere punkter i notatet, er I naturligvis velkomne til at vende tilbage. Vi bistår ligeledes gerne under markedsdialogen med dokumentation samt vurderinger af om konkrete aktiviteter kan gennemføres indenfor ovenstående rammer.

København, den 6. december 2018



Peter Dann Jørgensen
Partner