

Copenhagen Business School 2013

**Betingelser for brugen af tildelingskriterier  
der tilgodeser miljø og sociale hensyn samt  
økonomiske effekter heraf**

Rules for Social and Environmental Award Criterias and  
Economical Effects thereof

**Juridisk vejleder: Ruth Nielsen  
Økonomisk vejleder: Niels Ploug**

Afleveret 04/11/2013

---

Martin Koopmann Jensen

**Antal anslag/normalsider: 150378/66,1**

# Indholdsfortegnelse

**Abstract** s.3

**Kapitel 1** s.5

Indledning 1.1 s.5

Problemformulering 1.2 s.5

Opgaveopbygning 1.3 s.6

Metode 1.4 s.6

Retsdogmatisk metode 1.4.1 s.6

Retsøkonomisk metode 1.4.2 s.10

Afgrænsning 1.5 s.11

**Kapitel 2 Juridisk del** s.13

Tildelingskriterier 2.1 s.13

Retspraksis 2.2 s.14

Sag C-31/87, Beentjes 2.2.1 s.14

Kommentarer til Beentjes 2.2.1.1 s.16

Adskillelse af udvælgelsekriterier og tildelingskriterier 2.2.1.1.1 s.16

Krav om offentliggørelse i udbudsbekendtgørelsen 2.2.1.1.2 s.17

Sag C-243/89, Storebælt 2.2.2 s.17

Ligebehandlingsprincippet 2.2.2.1 s.18

Kommissionens meddelelse om "Offentlige Udbud i den Europæiske Union" KOM(1998)143 2.2.3 s.19

Kommentarer til KOM(1998)143 2.2.3.1 s.20

Sag C-225/98, Nord-Pas de Calais 2.2.4 s.21

Kommentarer til Nord-Pas de Calais 2.2.4.1 s.22

Må ikke give et ubetinget frit valg 2.2.4.1.1 s.22

Medlemsstat eller ordregivende myndighed 2.2.4.1.2 s.23

Sag C-513/99, Concordia 2.2.5 s.24

Kommentarer til Concordia 2.2.5.1 s.26

Økonomisk karakter og økonomisk gevinst 2.2.5.1.1 s.27

Gennemsigthedsprincippet 2.2.5.1.2 s.28

Sag C-448/01, Evn-Wienstrom 2.2.6	s.29
Kommentarer til Evn-Wienstrom 2.2.6.1	s.31
Vægtning af kriterier 2.2.6.1.1	s.32
Krav om kontrol 2.2.6.1.1.2	s.33
Sag C-368/10, Max Havelaar 2.2.7	s.34
Kommentarer til Max Havelaar 2.2.7.1	s.35
Forbundet med genstanden for kontrakten 2.2.7.1.1	s.37
Juridisk Konklusion 2.3	s.39

### **Kapitel 3 Økonomisk del** s.42

Fuldkommen konkurrence 3.1	s.42
Transaktionsomkostningsteori 3.2	s.43
Transaktionsomkostninger ved offentlige udbud 3.2.1	s.45
Transaktionsomkostninger ved miljø eller sociale kriterier 3.2.2	s.47
Corporate Social Responsibility 3.3	s.47
Shareholder-teorien 3.3.1	s.48
Stakeholder-teorien 3.3.2	s.50
Corporate Social Responsibility defineret 3.3.3	s.53
Fordele ved CSR 3.4	s.54
CSR og brandværdi 3.4.1	s.54
CSR og medarbejderproduktivitet 3.4.2	s.56
CSR og kapitalomkostninger 3.4.3	s.57
Omkostninger ved CSR 3.4.4	s.59
Kommentarer til fordele ved CSR 3.4.5	s.60
Begrænsninger ved CSR 3.5	s.61
Danske erfaringer med CSR 3.5.1	s.63
Kommentarer til danske erfaringer med CSR 3.5.2	s.65
Konklusion økonomisk del 3.6	s.66

### **Perspektivering** s.67

### **Litteraturliste** s.69

## **Abstract**

The following paper delves into the topic of social and environmental considerations in public procurement in the EU. The paper consists of a legal part and an economic part. The legal part focuses on identifying the rules that contracting authorities are subjugated to adhere to when they want to make use of these considerations in public procurement. As this is rather large topic and the paper is limited in its length, the field of the scope has been narrowed to social and environmental considerations as award criterias. The economic part of the paper focuses on how social and environmental criterias effect the transaction costs for the economic operator, how being social responsible in general effects firms and if the current state of social responsibility in danish firms is enough to have an actual effect on the social and environmental problems at large.

The legal part is mainly based on the case law on the topic from the Court of Justice of the European Union (ECJ) and to a smaller degree the soft law communications of the European Commission. The exposition takes the form of a evolutionary review. This shows how the rules for social and environmental award criterias takes more and more form through the cases of Beentjes, Storebælt, Nord-Pas de Calais, Evn-Wienstrom and Max Havelaar in the interplay between the restrictive European Commission and the more accommodative ECJ. The paper concludes that the ECJ leaves a relative large margin of discretion to the contracting authorities, as long as they abide to rules of the EU-treaty, mainly the rules of equal treatment and transperancy, and there is a link between the award criterion and the subject matter of the contract.

The economic part opens by finding that there is a connection between the complexity of procurement contracts and the transaction costs of the economic operator and that social and environmental considerations adds to the complexity of the contract, thus adding to transaction costs. Afterwards the economic effects of a firm implementing a social responsible profile is examined. The focus of this is on brand value, employee productivity and cost of capital. According to the examined studies, there is a clear positive connection between a social responsible profile and brand value and employee productivity. The effect on cost of capital is less clear and although there are

positive indications, these are not conclusive. There are also costs connected to a social responsible profile, mainly the cost of advertising, the startup costs of the project and opportunity costs. Lastly, through a series of surveys on CSR in danish firms, it is concluded that the current level of social responsibility in danish firms is not at a level, where it have an overall positive effect on the overall social and environmental problems that we face in this age.

In the discussion the suggestion of using social and environmental award criterias as a policy tool to get more firms to behave in a social responsible way is introduced. The main point is that the danish contracting authorities should use social and environmental award criterias on as many procurement contracts as possible, as this will help stimulate a marked where such considerations are held high.

# Kapitel 1

## Indledning 1.1

I takt med en øget fokusering på global opvarmning, økologi og økonomisk krise, med en dertil hørende arbejdsløshed og andre sociale problemstillinger, er der kommet et krav om løsninger på disse problemer fra befolkningen i Europa. Det er derfor i højere grad end før den globale økonomiske krise blevet en nødvendighed for regeringer at fokusere på løsninger, der løser disse problemer. Dette kan bl.a. ske gennem regulering ved lov eller ved, at regeringer selv iværksætter projekter.

En anden metode, som kan bruges, er offentlige indkøb, hvilket i EU foregår ved at en offentlig myndighed efterspørger en genstand gennem et offentligt udbud. Alene i Danmark køber det offentlige årligt ind for ca. 270 mia. kr. gennem private virksomheder.<sup>1</sup> Dette gør, at ordregivere kan påvirke de private virksomheder til at agere på en mere social ansvarlig måde ved at favorisere tilbudsgivere, som kan levere socialt ansvarlige løsninger. Dette er uden at tvinge dem ved regulering og på en måde, som giver incitament på markedslignende vilkår. En sådan favorisering af virksomheder, der kan levere, kan dog være en overtrædelse af de EU-udbudsretlige regler samt give grund til utilfredshed fra de tilbudsgivere, som bliver forbigået, hvilket en voksende retspraksis på området vidner om.

## Problemformulering 1.2

Denne opgave vil i den juridiske del forsøge at kaste lys på ordregiverens retsstilling ved brugen af sådanne sociale og miljø hensyn ved, at svare på følgende problemformulering:

**Hvilke betingelser er offentlige ordregivere underlagt, når de vil benytte sociale og miljø hensyn som tildelingskriterier i offentlige udbud?**

Den økonomiske del af opgaven vil derimod centrere om følgerne af krav om sociale klausuler for tilbudsgiverne, ved at tage stilling til følgende problemformulering:

**Hvad er konsekvenserne for tilbudsgiverne, når en offentlig ordregiver benytter tildelingskriterier, der pålægger dem at handle socialt ansvarligt, og hvordan er niveauet af social ansvarlighed blandt danske virksomheder?**

---

<sup>1</sup>Tal fra Vækstforum – Baggrundsnotat: Effektivt offentligt indkøb s.1

Den juridiske problemformulering fokuserer således på det materielle indhold af de regler, som ordregivere er underlagt, når de vil benytte de nævnte hensyn som tildelingskriterier. Den økonomiske del fokuserer i højere grad på, hvordan disse hensyn kan påføre tilbudsgiverne omkostninger, men også hvilke fordele virksomheder generelt har ved at handle socialt ansvarligt. Samtidig bliver det undersøgt om, der blandt danske virksomheder, bliver handlet tilstrækkeligt socialt ansvarligt til, at det har en reel effekt på de lokale og globale problemer, der hersker i disse tider.

### **Opgaveopbygning 1.3**

Opgaven er i to dele, som hver især forsøger at besvare hver sin problemformulering. I den første del bliver den juridiske problemformulering taget til behandling. Denne del indledes med beskrivelse af tildelingskriterier. Redegørelsen af Domstolens retspraksis bliver gennemgået i kronologisk orden for, at man derigennem kan se den udvikling, der er sket på området. I de specifikke sager bliver de relevante punkter gengivet, hvorefter de bliver kommenteret. Den juridiske del afsluttes med en konklusion.

Anden del af opgaven er den økonomiske del. Denne del vil starte med en mikroøkonomisk gennemgang af et marked med fuldkommen konkurrence for derefter, at gennemgå de transaktionsomkostninger sociale og miljø hensyn afstedkommer. Hovedparten af den økonomiske del fokuserer på CSR og hvilke fordele, men også omkostninger der er ved, at virksomheder påtager sig et socialt ansvar. Ræsonnementet bag dette er, at det sociale ansvar i CSR er sammenligneligt med de hensyn, som bliver undersøgt i den juridiske del. Sidste del inden konklusionen vil være en gennemgang af CSRs tilstand blandt danske virksomheder.

### **Metode 1.4**

Den juridiske problemformulering vil blive forsøgt besvaret ud fra den retsdogmatiske metode og den økonomiske del tager udgangspunkt i den retsøkonomiske metode. Her følger en gennemgang af disse to metoder.

#### **Retsdogmatisk metode 1.4.1**

En retsdogmatisk metode har til formål at beskrive gældende ret – de lege lata – ved at

beskrive retstilstanden, som den er. Dette er dog, som ofte nemmere end det rent umiddelbart lyder, da mange retskilder er formuleret på en sådan måde, at de ikke giver et entydigt svar, og derved er åbne for fortolkning. Denne fortolkning skal ske på argumenter fra retskilder, som det kan være en større opgave at lokalisere.<sup>2</sup>

Formålet med en retsdogmatisk metode er således at systematisere, beskrive og fortolke/analysere gældende ret gennem de relevante retskilder. På dette punkt adskiller metoden sig ikke fra en praktisk anvendelse af retten. Forskellen er dog, at hvor der i praksis er fokus på faktiske konflikter, hvor en egentlig afgørelse er slutproduktet, er der med den teoretiske metode fokus på hypotetiske konflikter. Derfor har teoretikeren en frihed til at lade problemstillingen stå åben og fokusere på de almindelige ideer og principper, der er herskende på retsområdet.<sup>3</sup>

Beskrivende virksomhed	Retsdogmatisk beskrivelse af gældende ret er karakteriseret ved, at den i størst muligt omfang friholder fremstillingen for subjektive vurderinger af retspraksis, retsteori og lignende. Der stræbes efter en objektiv og saglig beskrivelse af teori og retskildematerialet.
Fortolkende virksomhed	Retsdogmatisk fortolkning er en fortolkning af sproget. Formålet er således at forstå meningen med reglen og at anvende den korrekt på den konkrete problemstilling.
Systematiserende virksomhed	Retsdogmatisk systematisering af gældende ret består i at indplacere retspraksis inden for de hoved- og undergrupper i retssystemet, hvor de hører til, at fremdrage og analysere de hensyn, domstolene benytter og sætte dem i systematisk sammenhæng, så de harmonerer med hinanden, at sammenfatte de hensyn, som domstolene anvender i juridiske begreber, maksimer og regler, at indplacere specielle begreber under almene begreber, og at beskrive retsbegrebernes indbyrdes sammenhæng.

Figur 1: Overblik over retsdogmatikkens virksomhed som beskrevet i Jens Ewald og Sten Schaumburg-Müllers "Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære" s. 215-231.

<sup>2</sup>Peter Blume - "Retssystemet og juridisk metode" s.66

<sup>3</sup>Jens Ewald og Sten Schaumburg-Müller – "Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære" s. 207



De teoretiske iagttagelser i en retsdogmatisk metode bygger på den dertil knyttede retsdogmatiske teori. Denne teori karakteriseres ved at ensartede retsforhold inden for samme retsområde, i denne opgaves tilfælde udbudsretten, kompareres, for derigennem at identificere de retsregler, der er gældende for retsområdet.<sup>4</sup> Det ses dog ofte hos retsdogmatikere, at der ikke bliver adskilt mellem de forskellige dele af metodens virksomhed, men at grænserne mellem beskrivelse, fortolkning og systematisering er flydende.<sup>5</sup> Dette er en frihed, som også bliver taget i denne opgave.

Inden for dansk retsteori er det almindeligt antaget, at der ikke er nogen forskel i gyldighed mellem de forskellige danske retskilder. EU-retten er dog anderledes bygget op og minder på sin vis mere om ældre dansk retsteori, hvor loven blev anset som den primære retskilde, som var absolut bindende, mens de øvrige retskilder blev anset for subsidiære i forhold til loven og måtte vige i tilfælde af uoverensstemmelser med denne.<sup>6</sup>

Dansk retskildelære	EU-retten
Regulering	1. Primær regulering
Retspraksis	2. Sekundær
Retssædvaner	regulering
Forholdets natur	
Ingen rangorden	Hierarkisk rangorden

Figur 2: Sammenligning af dansk retskildelære og EU-rettens retskilder

Således er det også inden for EU-retten, hvor den sekundære regulering ikke må være i strid med den primære regulering. Den primære regulering i EU-retten består af EU-traktaten. Sekundær regulering er, som det fremgår af TEUF art. 288, forordninger, direktiver, beslutninger, hentstillinger og udtalelser. Det er dog kun forordninger, direktiver og beslutninger, der er bindende. Henstillinger og udtalelser falder derfor ind under kategorien "soft law", sammen med resolutioner, konklusioner og lignende. Selv

<sup>4</sup>Jens Evald og Sten Shaumburg-Müller – "Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære" s. 210

<sup>5</sup>Jens Evald og Sten Shaumburg-Müller – "Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære" s. 213

<sup>6</sup>Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø - "Retskilder & retsteorier" s. 28

om "soft law" ikke er bindende, er de dog ikke altid uden betydning, da de kan komme på tale, når der skal træffes retlige afgørelser. "Soft law" kan også anskues som de første skridt mod en mere forpligtende retsorden i fremtiden.<sup>7</sup> Som eksempel kan nævnes Charter om grundlæggende rettigheder, som i 2000 blev fremlagt for Det Europæiske Råd, og som på det tidspunkt var "softlaw", men som i 2009 blev ophøjet som juridisk bindende. Derudover kan det nævnes, at forarbejder ikke kan tillægges betydning, da det er tale om ensidige erklæringer. Forarbejder kan være et supplerende bidrag til fortolkning af bestemmelser, der er formuleret på en tvivlsom måde. De kan dog ikke udfylde huller i reguleringen og ej heller give bindende fortolkninger af traktatgrundlaget.<sup>8</sup> Retspraksis har en særlig stilling inden for EU-retten og skal anses for supplerende retskilder. Den Europæiske Domstols rolle er således at fortolke den primærretlige og sekundærretlige regulering i forhold til de spørgsmål, som de skal tage stilling til i sagerne.

Offentlige udbud er underlagt reglerne EU-traktaten og EUF-traktaten, hvoraf særligt reglerne i sidstnævnte om fri bevægelighed på det indre marked er centrale. Derudover er udbud omfattet af en række af de almindelige EU-retlige principper. EU-udbud er dog ikke eksplicit reguleret i den primære ret, men igennem en række særlige direktiver, hvoraf de vigtigste er Direktiv 2004/18/EF, også kendt som Udbudsdirektivet, og Direktiv 2004/17/EF, Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Disse direktiver bliver i bredt omfang suppleret af en væsentlig retspraksis på området fra Domstolen. Denne opgave vil hovedsageligt fokusere på denne retspraksis og forsøge at fortolke og klarlægge de retningslinjer, som Domstolen udstikker her igennem. Dette vil blive suppleret med den udbudsretlige litteratur. Juridisk litteratur er på sin vis ikke en retskilde, men de forskellige retskilder og deres samspil kan som sagt være et større og tidskrævende puslespil at få samlet. På den baggrund kan det være hensigtsmæssigt at gøre brug af andres arbejde, så længe dette arbejde fremstår pålideligt.<sup>9</sup> Desuden skal litteraturens effekt som inspirationskilde ikke undervurderes. Alle, der arbejder inden for det juridiske område, holder sig ajourført gennem litteraturen. På den måde virker litteraturen, som inspirationskilde og derigennem formes retskilderne i den retning, som litteraturen udstikker. Således får litteraturen en

---

<sup>7</sup>Jens Ewald og Sten Shaumburg-Müller – "Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære" s. 328ff.

<sup>8</sup>Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø - "Retsskilder & retsteorier" s. 132

<sup>9</sup>Peter Blume – "Retssystemet og juridisk metode" s. 163

særlig cirkulær virkning på retskilderne, da litteraturen bliver skrevet ud fra en fortolkning af gældende ret, for derefter at blive brugt som inspiration, der fører til gældende ret, hvorefter litteraturen igen fortolker gældende ret. Dog er der ikke altid konsensus blandt de forskellige forfattere om, hvorledes retskilderne skal fortolkes.

De løsninger, der bliver givet på problemformuleringen, vil som sagt bygge på gældende ret. Dette er dog ikke ensbetydende med, at disse påstande altid vil være i overensstemmelse med fremtidige domstole kendelser, hverken på nationalt niveau eller på EU niveau. Som Morten Wegener udtrykker det i sin bog "Juridisk Metode": *»Gældende ret« i retsdogmatisk forstand er herefter sådanne udsagn eller påstande, som hviler på anvendelsen af anderkendt juridisk metode. Sætningerne kan på dette grundlag fortsat have karakter af en slags »prognoser« med forskellige sandsynlighedsgrader, men uden at der skiltes med nogen form for videnskabelig sandhedsværdi i empirisk forstand.*<sup>10</sup> Dette betyder til dels at sager, som har at gøre med samme problemstilling som gennemgås i opgaven, kan have andre udfald end, hvad der påstås i opgaven, da faktum kan være forskellig fra de gennemgåede sager. Samtidig er EU-retten i høj grad en ret i udvikling, som gennemgangen af retspraksis også vil illustrere. Derfor kan sager få et andet udfald end, hvad der ville være "gældende ret" i forhold til denne opgave, da Domstolen kan ligge vægt på andre hensyn eller slet og ret finder det nødvendigt at indføre en ny retssætning.

#### **Retsøkonomisk metode 1.4.2**

Den retsøkonomiske metode kan simpelt defineres som *"anvendt mikroøkonomi i relation til retlige forhold"*<sup>11</sup>. Mikroøkonomi er studiet af økonomiske handlinger af individer, dette kan f.eks. være forbrugere, virksomheder eller producenter. Det grundlæggende udgangspunkt er, at disse individer handler ud fra en egeninteresse i at maksimere deres gevinst – nyttemaksimering i forbrugernes tilfælde og omkostningsminimering eller profitmaksimering i virksomhedernes og producenterens tilfælde. I store træk handler mikroøkonomi om de valg, som disse individer eller grupper af disse individer tager, når de skal varetage deres knappe ressourcer i forhold til deres ubegrænsede behov.<sup>12</sup> Den retsøkonomiske metode finder sin berettigelse i at

---

<sup>10</sup>Morten Wegener - "Juridisk metode" s. 60

<sup>11</sup>Citat fra Thomas Riis - "Retsøkonomi" s.1147

<sup>12</sup>D.D. Tewari og Katar Singh - "Principes of Microeconomics" s. 7

love ikke eksisterer i et vakuum, men derimod har en reel effekt på private individers adfærd. Den retsøkonomiske metode kan således ses som et supplement til den retsdogmatiske metode.

Inden for retsøkonomien er der to forgreninger – den positive og den normative. Med den positive metode undersøger man effekterne af faktiske regler. Den normative metode bruges til at finde den optimale – mest efficient – regel.<sup>13</sup> I denne gennemgang er det hovedsageligt den positive metode, som bliver benyttet, da fokus er på hvilke omkostninger og fordele, der er ved, at sociale og miljø hensyn benyttes i offentlige udbud.

### **Afgrænsning 1.5**

Den juridiske del af opgaven koncentrerer sig om den retspraksis der gennem årene er opbygget i EU-regi omkring brugen af sociale klausuler. I de forskellige sager bliver der ofte stillet flere spørgsmål til Domstolen, der vedrører forskellige dele af EU-retten. Denne opgave fokuserer dog snævert på de spørgsmål, der omhandler sociale og miljø hensyn i en udbudsretlig kontekst. Andre krydsdisciplinære retslige problemstillinger, som f.eks. konkurrenceretlige, arbejdsretlige eller statsstøtte, vil ikke blive analyseret nærmere. Opgaven vil desuden kun forholde sig til domme afgivet af EU-domstolen og vil således ignorere domme fra nationale domstole. Dette er til dels fordi retspraksis om emnet på EU-niveau er meget større end på nationalt niveau, men i særdeleshed fordi, at det i tilfælde af uoverenstemmelse mellem afgørelserne på nationalt niveau og på EU-niveau, vil det være afgørelserne på EU-niveau, der har forrang grundet EU-rettens supranationalitet. Dette betyder samtidig, at gennemgangen ikke vil indlede sig på komparativ ret.

Samtidig, som det fremgår af problemformuleringen, er emnet afgrænset til sociale og miljøhensyn som tildelingskriterier. Dette skyldes en blanding af to ting. En overordnet behandling af disse hensyn vil være mere omfattende end, hvad denne gennemgang tillader. Retspraksissen på dette område er forholdsvis uddybende. Dette betyder ikke, at de principper, som bliver udledt af retspraksissen, ikke kan overføres til andet end tildelingskriterier. En stor del af principperne er således anvendelige på andre dele af

---

<sup>13</sup>Herbert Hovenkamp - "Law and Economics in the United States: a brief historical survey" s. 332

udbuddet end tildelingen, selvom retspraksissen specifikt omhandler tildelingskriterier. For dog ikke hele tiden at skulle forholde sig til hvilke andre dele af udbudsretten, som disse kan overføres til, er problemformuleringen begrænset til tildelingskriterier.

Slutteligt skal det nævnes, at retspraksissen generelt kun finder anvendelse for offentlige udbud, som hører under udbudsdirektiverne. Hvorved andre offentlige udbud, som f.eks. udbud under tærskelværdierne eller bilag II-B ydelser, falder uden for hvad, der anses som relevant i forhold til denne redegørelse.

## Kapitel 2: Juridisk Del

### Tildelingskriterier 2.1

Tildelingskriterier er, som ordet indikerer, kriterier, som danner grundlaget for beslutningen om, hvilken tilbudsgiver, der skal have tildelt kontrakten. Denne anden fase kommer efter udvælgelsen af tilbudsgiverne på baggrund af deres egnethed. Hvor der i den første fase er tale om en undersøgelse af tilbudsgiveren, er der i denne fase fokus på selve tilbuddet. Tilbuddene vurderes ud fra de kriterier, som er blevet fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det tilbud, som giver den største "value for money" vinder udbuddet. Dette er uden skelen til, at visse andre af tilbudsgiverne måske har vist sig at være mere egnede end andre, som det fremgår af Beentjes dommen nedeunder.<sup>14</sup>

Sociale- og miljø hensyn som tildelingskriterier kan implementeres på forskellige måder. Der kan være tale om, at der tildeles et fikseret antal point eller procenter ved, at tilbudsgiveren opfylder visse krav. Dette kunne f.eks. være 10 point for at tilbudsgiverne ansætter 5 arbejdsløse. En anden metode kunne være, at variere pointfordelingen efter hvorledes tilbudsgiverne efterlever kravene, f.eks. i forhold til hvor mange arbejdsløse tilbudsgiverne vil ansætte under kontraktforløbet. En sidste metode kunne være ved først at lade andre tildelingskriterier tælle ind og, hvis der så var tilbudsgivere som er lige efter dette, lade sociale eller miljø tildelingskriterier være genstand for den sidste vurdering.<sup>15</sup>

Tildelingskriterier kan være en mere eksakt metode til at vurdere omkostninger forbundet med kriterierne, når der benyttes kriterier af social eller miljømæssig art end f.eks. eksklusion eller betingelser for gennemførelse af kontrakten. Dette er fordi at omkostningerne vil blive reflekteret i prisen og andre betingelser fra de bydende. Samtidig giver tildelingskriterier en mekanisme til at begrænse disse omkostninger. Dette gøres ved at afveje kriterierne i forhold til hinanden, hvorved det bud som indeholder den kombination af kommercielle og sociale/miljømæssige egenskaber, som giver den samlet set "best value for money" vil være det vindende bud.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup>Ruth Nielsen "Udbud af offentlige kontrakter" s. 297

<sup>15</sup>Eksempler fra Sue Arrowsmith "Social and Environmental Policies in EC Procurement Law" s. 143f.

<sup>16</sup>Sue Arrowsmith "Social and Environmental Policies in EC Procurement Law" s. 144f.

## Retspraksis 2.2

### Sag C-31/87, Beentjes 2.2.1

I Sag C-31/87, Beentjes, skulle Domstolen tage stilling til om ordregiver havde tilsidesat sine forpligtelser, som det fremgik af Direktiv 71/306 om samordning af fremgangsmåderne ved hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, ved at acceptere et bud, som kun var det næstlaveste efter sagsøgers mening. Domstolen skulle således tage stilling til om en ordregiver måtte udelukke en bydende på baggrund af manglende særlig erfaring i det arbejde, der skulle udføres, hvis ordregiveren ikke anså et bud for at være det mest acceptable og tilbudsgiverens manglende evne til at beskæftige langtidsledige.<sup>17</sup>

Domstolen startede med at fastslå, *"at tildelingen af kontrakten, sker efter efterprøvning af tilbudsgivernes kvalifikationer"*<sup>18</sup>. Dette udelukkede dog ikke, at efterprøvnningen af de bydendes kvalifikationer og tildelingen af kontrakten kan finde sted samtidig, men de to processer er omfattet af forskellige regler.<sup>19</sup>

Domstolen anførte at *"formålet med disse artikler er ikke at afgrænse medlemsstaternes kompetence til fastsætte niveauet for den krævede økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet for deltagelse i forskellige offentlige udbud, men at fastsætte de beviser eller bevismidler, hvorved entreprenøren skal kunne godtgøre sin finansielle, økonomiske og tekniske kapacitet. Ikke desto mindre fremgår det af disse bestemmelser, at de ordregivende myndigheder kun kan foretage undersøgelsen af entreprenørens egnethed på grundlag af kriterier baseret på deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet"*<sup>20</sup>.

Om kriterier for tildeling af kontrakten udtalte Domstolen, at det enten kunne ske på baggrund af kriteriet "laveste pris" eller på baggrund af kriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud", hvortil den gav en række ikke udtømmende eksempler på sidstnævnte kriterium.<sup>21</sup> Samtidig fastslog de, at selv om det økonomisk mest fordelagtige bud overlader en vis frihed til ordregiverne om, hvilke kriterier de vil gøre

---

<sup>17</sup>C-31/87, Beentjes, præmis 14

<sup>18</sup>Ibid. præmis 15

<sup>19</sup>Ibid. præmis 16

<sup>20</sup>Ibid. præmis 17

<sup>21</sup>Ibid. præmis 18

brug af, vil det dog ikke stå dem frit for at vælge disse kriterier, idet det er på *"den betingelse at dette valg kun vedrører kriterier, som har til formål at identificere det økonomiske mest fordelagtige bud"*<sup>22</sup>.

Domstolen bemærkede derefter, *"at direktivet ikke indeholder en ensartet og udtømmende fællesskabsordning, men at medlemsstaterne inden for rammerne af de fælles bestemmelser, som det indeholder, fortsat frit kan opretholde eller fastsætte materielle og processuelle regler for offentlige bygge- og anlægskontrakter, på betingelse af, at alle relevante bestemmelser i fællesskabsretten overholdes, navnlig de forbud, som følger af Traktatens principper om etableringsretten og fri udveksling af tjenesteydelser"*<sup>23</sup>. Domstolen lagde vægt på, at før et udbud kunne være lovligt, skulle kriterierne og betingelserne offentliggøres i udbudsbekendtgørelser.<sup>24</sup> Indholdet af disse bekendtgørelser skulle være af en sådan karakter, at de potentielle tilbudsgivere i medlemsstaterne kunne få tilstrækkelig viden om kontrakten og betingelserne for den, og derved kunne vurdere om kontrakten var interessant for dem. Bekendtgørelsen skulle samtidig suppleres med oplysninger om kontrakterne, som var almindelige i medlemstaten, men som kunne være fremmed for potentielle tilbudsgivere fra andre medlemsstater.<sup>25</sup>

Efter disse indledende bemærkninger undersøgte Domstolen underspørgsmålene nærmere. Domstolen fastslog, at *"manglende særlig erfaring"* er et krav om tilbudsgivers tekniske kapacitet, og derfor er der tale om et lovligt kriterium til udelukkelse af tilbudsgivere. De fortsatte med, at konstatere at bestemmelser om udelukkelse af tilbudsgivere kun kan være i overensstemmelse med fællesskabsretten hvis to betingelser er opfyldt. For det første måtte en sådan bestemmelse ikke bevirke, *"at de ordregiverende myndigheder får et ubetinget frit valg ved tildelingen af kontrakten til en bydende."*<sup>26</sup>. For det andet er sådan bestemmelse uforenelig med direktivet medmindre den kun *"giver de ordregivende myndigheder et skøn med henblik på at sammenligne de forskellige bud og vælge det mest fordelagtige på*

---

<sup>22</sup>Ibid. præmis 19

<sup>23</sup>Ibid. præmis 20

<sup>24</sup>Ibid. præmis 21

<sup>25</sup>Ibid. præmis 22

<sup>26</sup>Ibid. præmis 26



*grundlag af objektive kriterier.*<sup>27</sup>. Det skal her bemærkes, at denne del af dommen ikke har haft betydning for brugen af sociale klausuler på tidspunktet for denne dom. I baggrundens klare lys, som denne evolutionære gennemgang giver, bliver den dog relevant med senere domsafgivelser, hvorved jeg vælger at fremhæve den nu.

Om spørgsmålet om udelukkelse af tilbudsgivere på baggrund af deres manglende evne til at ansætte langtidsledige, udtalte Domstolen, at der ikke var tale om et udvælgelseskriterie, da det ikke omhandler tilbudsgivernes økonomiske, finansielle eller tekniske kapacitet. Samtidig fastslog de, at der ikke var tale om et kriterium for tildeling af kontrakten. Derimod var der tale om en supplerende særlig betingelse. Domstolen fastslog *”at en sådan betingelse for at være forenelig med direktivet skal være i overensstemmelse med alle fællesskabsrettens relevante bestemmelser, navnlig de forbud, der følger af de i Traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den fri udveksling af tjenesteydelser.”*<sup>28</sup>. Det skal med det samme fastslås her, at denne del af dommen bliver ændret af Domstolen i en senere dom, nærmere bestemt sag 225/98, Nord-Pas de Calais, der bliver gennemgået nedenunder.

### **Kommentarer til Beentjes 2.2.1.1**

Beentjes-sagen er vigtig for denne gennemgang af to grunde. For det første fastslår Domstolen, at direktivet ikke fastlægger et udtømmende regelsæt omkring offentlige udbud for medlemsstaterne, men at medlemsstaterne selv kan udfylde reglerne med, hvad de mener er formålstjeneligt, så længe disse ikke er i strid med fællesskabsretten. For det andet åbner Domstolen op for brugen af kriterier, som ikke er af ren økonomisk natur, hvad vi kan betegne som Beentjes-princippet, ved at udtale, at kravet om ansættelse af langtidsledige ikke nødvendigvis er i uoverensstemmelse med fællesskabsretten. At det så må have skabt en del forvirring, at der pludselig opstår et nyt sæt af betingelser, som går udover kriterierne for udvælgelse og tildeling, ser vi her gennem fingre med, da Domstolen, som sagt, ændrer dette i en senere dom til at være et tildelingskriterium, se afsnit 2.2.4.

### **Adskillelse af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier 2.2.1.1.1**

Ifølge Domstolen er efterprøvningen af tilbudsgivernes egnethed til at udføre det

---

<sup>27</sup>Ibid. præmis 27

<sup>28</sup>Ibid. præmis 29

arbejde, som udbydes igennem kontrakten ,og tildelingen af kontrakten, to forskellige processer. Der er intet i vejen for, at en ordregiver efterprøver tilbudsgivernes kvalifikationer samtidig med, at de evaluerer de forskellige tilbuds fordelagtighed i forhold til den efterspurgte genstand for kontrakten. De kriterier, som ikke har til formål, at identificere "det økonomisk mest fordelagtige bud", er således ikke omfattet af kriterierne for tildelingen af kontrakten, men er i derimod forbundet med udvælgelsen af tilbudsgivere på baggrund af deres egnethed til at udføre kontrakten. Kriterierne for egnethed er således begrænset til at omhandle tilbudsgivernes økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet, hvorimod tildelingskriterier kan variere alt efter kontraktens genstand. I sag C-532/06, Lianakis, fastslog Domstolen at udbudsreglerne "er til hinder for, at den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure tager tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid i betragtning, ikke »kriterier for kvalitativ udvælgelse«, men som »kriterier for tildeling af ordren«<sup>29</sup>. Således skal kriterier for udvælgelses bruges i udvælgelsesfasen og må ikke bruges som kriterier for tildelingen af kontrakten.<sup>30</sup>

#### **Krav om offentliggørelse i udbudsbekendtgørelsen 2.2.1.1.2**

Domstolen fremhæver i Beentjes det generelle princip om, at tildelingskriterier skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. Som det fremgår af dommen, skal dette ske på en sådan måde, at alle potentielle tilbudsgivere kan vurdere om kontrakten er interessant for dem. Dette betyder samtidigt at kriterier, som tager udgangspunkt i oplysninger, der er almen viden i ordregiverens medlemsstat, også skal fremgå så tilbudsgivere fra andre medlemsstater kan få fuldt overblik over de betingelser, som de skal opfylde for at kunne vinde kontrakten. Kravet om offentliggørelse er en del af det udbudsretlige princip om gennemsigtighed. Et princip som på tidspunktet for Beentjes ikke har fået sin endelige form. Se afsnit 2.2.5.1.2.

#### **Sag C-243/89, Storebælt 2.2.2**

Hvor Beentjes-sagen åbner op for brugen af sociale klausuler, så illustrerer Storebælt-sagen nogle af de begrænsninger, der også er i forhold til brugen af disse. Man kan i første omgang diskutere om, der overhovedet er tale om et socialt hensyn, da

<sup>29</sup>C-532/06, Lianakis, præmis 32

<sup>30</sup>Ruth Nielsen "Udbud af Offentlige Kontrakter" s. 266ff.

bestemmelsen ikke fokuserede på nogle bestemte udsatte grupper eller brugen af materialer med specielle egenskaber, men derimod kun på nationalitet. Der er dog ingen tvivl om, at baggrunden har været at skabe arbejdspladser, hvilket i sig selv kan ses som et socialt hensyn. Storebælt kan således illustrere, hvorledes man i hvert fald ikke skal sammensætte en social klausul.

Sagen omhandler det udbud, der ledte til opførselen af Storebæltsbroen. Et af hovedstridspunkterne i sagen var en klausul, som lød ”*Entreprenøren er forpligtet til i størst muligt omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel*”<sup>31</sup>. Kommissionen anførte at en klausul med en sådan formulering tilsidesatte de forpligtelser, som fremgik af det daværende direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakt, herunder princippet om ligebehandling, som lå til grund for direktivet.<sup>32</sup> Danmark var dog ikke enig i, at princippet om ligebehandling kunne finde anvendelse i sagen og hævdede, at der var tale om et nyt element, som blev tilføjet til retsgrundlaget.<sup>33</sup> Dette blev dog afvist af domstolen, som fremhævede, at selvom det ikke specifikt fremgik af direktivet, så fulgte det af selve hovedformålet med direktivet, at princippet skulle overholdes, da det fremgik af præambelen, at direktivet blandt andet tog sigte på at udvikle en effektiv konkurrence.<sup>34</sup> Danmark blev grundet dette og andre overtrædelser af fællesskabsretten dømt for traktatbrud.

### **Ligebehandlingsprincippet 2.2.2.1**

Det primærretlige ligebehandlingsprincip har i lang tid været et af de generelle principper inden for EU-retten. I sag C-810/79, *Übershär*, udtalte Domstolen at ”*Det generelle lighedsprincip, som forbuddet mod forskelsbehandling er en speciel udformning af, er et grundlæggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.*”<sup>35</sup>. I udbudsretligt kontekst er ligebehandlingsprincippet blevet defineret i sag C-21/03, *Fabricom*, som ”*at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må*

---

<sup>31</sup>C-243/89, *Storebælt*, præmis 4

<sup>32</sup>Ibid. præmis 11

<sup>33</sup>Ibid. præmis 19

<sup>34</sup>Ibid. præmis 33

<sup>35</sup>C-810/97, *Übershär*, præmis 16

*behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet*".<sup>36</sup>

I modsætning til de mere specifikke forbud mod forskelsbehandling, som f.eks. ikke-diskriminationsprincippet fra Traktatens art. 12, er ligebehandlingsprincippet af generel art. Det fokuserer således ikke på en bestemt form for forskelsbehandling, men omhandler alle former for forskelsbehandling.<sup>37</sup> Dette er bedst illustreret i sag C-448/01, Evn-Wienstrom, hvor ligebehandlingsprincippet er i vejen for et tildelingskriterium, der indirekte tilgodeser store virksomheder. Se afsnit 2.2.6. Der er dog intet i vejen for, at ordregivere favoriserer nationale tilbudsgivere, så længe det sker ud fra kriterier, som bunder i teknologiske eller produktionsmæssige forskelle, som er en følge af en prioritering blandt de nationale virksomheder, som det fremgår af sag C-513/99, Concordia, der bliver gennemgået i afsnit 2.2.5.

### **Kommissionens meddelelse om "Offentlige Udbud i den Europæiske Union"**

#### **KOM(1998)143 2.2.3**

I KOM(1998)143 gav Kommissionen udtryk for, at selvom at et af hovedprincipperne for udbud er "best value for money", så er det ikke ensbetydende med at hensyn til miljømæssige, sociale eller forbrugerhensyn er udelukket. Så længe der var klare retningslinjer for, hvorledes disse hensyn blev implementeret.<sup>38</sup>

I forhold til beskyttelse af miljøet fremhævede Kommissionen, at miljøet i større grad var ved at blive en vigtig del af moderne økonomisk politik, og at Traktaten fuldt ud anderkender dette ved at gøre miljøhensyn til en del af Unionens prioriteter. Derefter fremhævede Kommissionen en række muligheder for, hvordan ordregivere efter dens mening, kunne implementere miljøhensyn i offentlige udbud. Særligt vigtigt er det, at Kommissionen var af den mening, at miljømæssige elementer kunne bruges til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige bud", dog under den betingelse, at dette element indebærer en økonomisk fordel for ordregiveren, som kan tilskrives produktet eller services, som udbuddet drejer sig om. Derudover kan ordregiveren forlange af den tilbudsgiver, som vinder kontrakten, at kontraktens genstand bliver leveret under

---

<sup>36</sup>C-21/03, Fabricom, præmis 21

<sup>37</sup>Michael Steinicke "EU's udbudsdirektiver med kommentarer" s.92

<sup>38</sup>KOM(1998)143 s. 25

hensyntagen til begrænsninger, hvis formål er at beskytte miljøet. Sådanne betingelser for udførelse af kontrakten skal være oplyst forud til alle tilbudsgivere. Kommissionen fremhævede derefter, at formålet med offentlige udbud hovedsageligt var af økonomisk karakter, og at det var vigtigt, at fastslå ved hver enkelt udbud, hvilke miljøfaktorer der kan forbindes til kontraktsgenstanden, som derefter kan overvejes i tildelingsproceduren.<sup>39</sup>

I forhold til sociale hensyn var Kommissionen mindre rundhåndet i deres forslag til, hvordan sådanne kunne implementeres. De startede med at fastslå, at en social politik også var af stor betydning for Unionen. Hvilket f.eks. krystaliserede sig i at fremme et højt beskæftigelsesniveau og social beskyttelse. Desuden er det en af traktatens prioriterer, at eliminere forskelsbehandling og tilskynde ligestilling mellem mænd og kvinder samt at bekæmpe enhver form for diskrimination. Kommissionen fremhævede derefter to muligheder for, hvordan ordregiver kunne tage hensyn til sociale formål i deres udbud, enten igennem eksklusion af tilbudsgivere, der havde brudt national social lovgivning, eller som betingelser for udførelsen af kontrakten.<sup>40</sup>

### **Kommentarer til KOM(1998)143 2.2.3.1**

I forhold til sociale hensyn mente Kommissionen, at sociale hensyn var tilladte, så længe de ikke er diskriminerende. Dog gav den samtidig udtryk for, at de kun er tilladte, hvis de omhandler bekæmpelse af arbejdsløshed og forskellige former af forskelsbehandling. Endvidere anså Kommissionen ikke tildelingskriterier for at være en fremgangsmåde, hvor ordregivere kunne tilgodese sociale hensyn.

I forhold til miljø hensyn giver Kommissionen en del flere retningslinjer. For det første gav den udtryk for, at de er tilladte, når der er tale om "det økonomisk mest fordelagtige bud", hvilket er i tråd med Domstolens udtalelse i Beentjes præmis 20. Kommissionen hævdede dog, at der var to betingelser, som skal opfyldes før sådanne hensyn er lovlige. For det første skal hensynet give ordregiveren en økonomisk fordel, som skal udspringe direkte af kontraktsgenstanden. For det andet skal der være en direkte forbindelse mellem kontraktsgenstanden og det miljøhensyn, som forfølges. Kommissionens restriktive fortolkning bunder i ordet "økonomisk" i "det økonomisk

---

<sup>39</sup>KOM(1998)143 s. 26-27

<sup>40</sup>KOM(1998)143 s. 28-29

mest fordelagtige bud". Det vil dog samtidig være inden for rækkevidden af denne fortolkning, at mene at disse fordele skulle komme samfundet som et hele til gode, og ikke kun indebære en økonomisk fordel for den specifikke ordregivende myndighed. Dette kunne f.eks. være ved at mindske forurening. Dette kommer ikke nødvendigvis ordregiveren til gode, men vil lede til besparelser for andre offentlige institutioner ved f.eks. mindre oprydningsskostninger og omkostninger inden for sundhedsvæsenet. Dog er Kommissionens fortolkning langt mere snæver. Dette gør, at selv i de tilfælde, hvor der kan lokaliseres en direkte forbindelse mellem miljøbeskyttelse og en økonomisk fordel, kan det efter Kommissionens fortolkning i KOM(1998)143 stadig være umuligt at sige, at fordelene direkte udspringer af kontraktens genstand, er målelig eller giver den pågældende ordregiver en økonomisk fordel.<sup>41</sup>

#### **Sag 225/98, Nord-Pas de Calais 2.2.4**

I sag 225/98, Nord-Pas de Calais, skulle Domstolen tage stilling til et kriterium om arbejdsløshedsbekæmpelse, som var kategoriseret som et tildelingskriterium i udbudsbekendtgørelsen. Kommissionen gjorde gældende, at tildelingskriterier kun måtte være enten den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud, hvilket en gennemførelsesbetingelse, som de mente, det nævnte kriterium skulle kategoriseres som, ifølge Beentjes ikke kunne kvalificeres som. Den franske regering havde en anden fortolkning af Beentjes. Ifølge dem var betingelsen om beskæftigelse af arbejdsløse i Beentjes, og således også i deres egen sag, et accessorisk tildelingskriterium som adskilte sig fra et hovedkriterium, ved ikke at være afgørende.

Domstolen valgte dog at fortolke Beentjes på en tredje måde. De startede med at fastslå, som de også gjorde i den tidligere dom, og som Kommissionen også havde fremført, at de eneste kriterier der kunne bruges til tildeling af kontrakten, var laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud.<sup>42</sup> De fastslog derefter, at en klausul, som der var tale om i sagen, ikke nødvendigvis er udelukket, så længe bestemmelsen *"er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten herunder princippet om forbud mod forskelsbehandling, som det følger af traktatens*

---

<sup>41</sup>Peter Kunzlik "International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement s.128f.

<sup>42</sup>C-225/98, Nord-Pas de Calais, præmis 49

*bestemmelser om etableringsretten og den fire udveksling af tjenesteydelser<sup>43</sup> samt ”skal være udtrykkeligt nævnt i udbudsbekendtgørelsen”<sup>44</sup>.*

Herefter trak Domstolen dog i land i forhold til Beentjes. Hvor Domstolen som sagt i Beentjes præmis 28-29 indførte supplerende særlige betingelser, som en tredje kategori der gik udover udvælgelses- og tildelingskriterier, ændrede Domstolen i Kommissionen mod Frankrig denne fortolkning. I stedet fremhævede den, at det fremgik af Beentjes betingelsen om beskæftigelse af langtidsledige, havde udgjort grundlaget for at udelukke en af de bydende, hvorved den kun kunne udgøre et kriterium for tildeling af kontrakten. Domstolen gik ikke dybere ind i lovligheden i kriteriet, da Kommissionen kun havde anfægtet, at kriteriet var blevet nævnt som et tildelingskriterium.<sup>45</sup>

#### **Kommentarer til Nord-Pas de Calais 2.2.4.1**

Nord-Pas de Calais er først og fremmest vigtig fordi den får kategoriseret kriterier om arbejdsløshedsbekæmpelse som et tildelingskriterium, og ikke som en gennemførelsesbetingelse som Kommissionen udtalte i KOM(1998)143, eller en supplerende særlig betingelse som arbejdsløshedskriteriet i Beentjes blev klassificeret som og derigennem gør bekæmpelse af arbejdsløshed validt som et tildelingskriterium. Dette betyder, at de regler for tildelingskriterier, som fremgik af Beentjes-dommen igen bliver relevante. Dette indebærer, som der også bliver fremhævet i denne dom, at kriterier om arbejdsløshedsbekæmpelse kun kan benyttes på grundlag af det økonomiske mest fordelagtige bud. Dette er dog kun så længe kriteriet er i overensstemmelse med de grundlæggende principper i fællesskabsretten, særligt forbuddet mod forskelsbehandling, og at det er udtrykkeligt nævnt i udbudsbekendtgørelsen.

#### **Må ikke give et ubetinget frit valg 2.2.4.1.1**

Da Domstolen samtidig udtaler, at kriteriet i Beentjes skulle være kategoriseret, som et udelukkelseskriterium bliver præmis 26 og 27 i Beentjes også relevant for brugen af kriterier for bekæmpelse af arbejdsløshed. Da der nu er tale om betingelser, der har til

---

<sup>43</sup>Ibid. præmis 50

<sup>44</sup>Ibid. præmis 51

<sup>45</sup>Ibid. præmis 52

hensigt at udelukke tilbudsgivere, er kravet, at betingelsen ikke må give ordregiveren et ubetinget frit valg ved tildelingen, men kun give den et skøn med henblik på, at sammenligne de forskellige bud og vælge det mest fordelagtige på grundlag af objektive kriterier. Som det fremgår af den resterende retspraksis, forkorter Domstolen denne betingelse til kun at omfatte den første del, hvilket dog ikke betyder, at den sidste del ikke er relevant mere. Sidste del er således med til at uddybe den første del. Den første dom, hvor betingelsen fremgår i direkte sammenhæng med et tildelingskriterium, er C-513/99, Concordia Bus, som omhandler miljøkriterier. Da det dog er med Nord-Pas Calais, at Domstolen accepterer en form for social hensyn som et tildelingskriterium, gennemgås betingelsen nu.

Betingelsen om at et tildelingskriterium ikke må give ordregiveren et ubetinget frit valg, er som det fremgik af Beentjes et generelt princip, som omhandler alle tildelingskriterier i forbindelse med "det økonomisk mest fordelagtige bud". Betingelsen er et krav om, at kriterier bliver formuleret på en sådan måde, at det tillader potentielle tilbudsgivere har fuldt kendskab til på, hvilket grundlag kriteriet bliver bedømt, og at der derved også kan føres en retslig kontrol med ordregiverens skønsmæssige vurdering. Der er således tale om en restriktion, der fordrer en høj grad af præcision i formuleringen. Domstolen har dog været ret kortfattet i, hvorledes denne grad af præcision i praksis udføres og i sag C-513/99, Concordia, indikerede de kun, at en ordregiver "skal kunne vurdere de afgivne bud og træffe en afgørelse på grundlag af kvantitative og kvalitative kriterier, der varierer alt efter den kontrakt, der er tale om"<sup>46</sup>. I General Advokat Mischo's forslag til afgørelsen fremgår det dog, at kravet om objektivitet er tilstrækkeligt tilfredsstillet, hvis et tildelingskriterium om miljøbeskyttelse er objektivt målbart, og at deres definition ikke overlader en subjektiv grad af vurdering til ordregiveren. I praksis betyder det, at det kun er de kriterier, som ordregiveren vil gøre brug af i forhold til "det mest fordelagtige bud" der må fremgå af udbudsbekendtgørelsen, og at ordregiveren skal vægte kriterierne i forhold til hinanden.<sup>47</sup> Se også afsnit 2.2.6.1.1 om vægtningen af kriterierne.

#### **Medlemsstat eller ordregivende myndighed 2.2.4.1.2**

Ligeledes er det interessant, at Domstolen specifikt siger, at det er de ordregivende

<sup>46</sup>C-513/99, Concordia Bus præmis 60

<sup>47</sup>Peter Kunzlik "Making the Market Work for the Environment" s.197f.



myndigheder, som kan benytte sig af klausulerne, hvilket adskiller sig fra præmis 20 i Beentjes. I Beentjes var det op til medlemsstaterne at fastsætte betingelserne. Domstolen lader, ifølge ordlyden med denne nye formulering, således beslutningen om at bruge sociale hensyn, gå et trin ned, så de ordregivende myndigheder selv kan fastsætte sådanne betingelser. Om dette har den helt store nyskabende værdi afhænger dog af, hvorledes man fortolker begreberne medlemstat og ordregivende myndighed. En fortolkning kunne således være, at alle offentlige organer, og derved også ordregivende myndigheder, er repræsentanter for medlemsstaterne, og derved også indgår i begrebet medlemstat.

### **Sag C-513/99, Concordia 2.2.5**

Et udbud af bybusnettet i Helsinki by var baggrunden for sag C-513/99, Concordia. Kontrakten blev udbudt på baggrund af tildelingskriteriet, det økonomiske mest fordelagtige bud, som havde underkriterierne, den samlede tilbudte pris for varetagelsen af transporten, materiellets kvalitet og tjenesteydernes drift inden for området for kvalitet og kontrol. Concordia-sagen er interessant på mange punkter, men for denne gennemgang er det særligt interessant, at der i udbudsmaterialet var indskrevet en miljø klausul, som også var stridspunktet i sagen. Domstolen skulle således tage stilling til om, ordregiveren kunne give tillægspoint, som der skulle tages hensyn til ved sammenligningen af buddene for busmateriel, hvis nitrogenoxidemissioner eller støjniveau lå under en vis grænse. Hvis dette var tilfældet, skulle Domstolen derefter besvare om det var i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet at uddele disse tillægspoint, hvis det forud for udbuddet stod klart, at ordregiverens eget trafikvæsen var en af de eneste inden for branchen, som var i stand til at opnå tillægspointene.

Domstolen bemærkede indledningsvis, at kriterierne, som en ordregiver kunne lægge til baggrund for tildelingen af kontrakten, når tildelingen skete på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, var fastsat i art. 36, stk. 1, litra a, i direktiv 92/50. Ifølge direktivbestemmelsen var der tale om *"forskellige kriterier, der varierer efter den pågældende kontrakt, som eksempelvis navnlig kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid*

eller færdiggørelsestid, pris"<sup>48</sup>. Domstolen fastslog derefter, at der ikke var tale om en udtømmende liste af kriterier. Dette fremgik af ordlyden i bestemmelsen, hvor anvendelsen af udtrykket "f.eks." gjorde det muligt at anvende andre kriterier end de nævnte. Domstolen fremhævede at "*Det kan således ikke udelukkes, at forhold, der ikke er rent økonomiske, kan have indflydelse på værdien af et bud set ud fra den nævnte ordregivende myndigheds side*".<sup>49</sup>

Desuden kunne bestemmelsen i direktivet ikke fortolkes således, at ethvert af de kriterier, som skal identificere "det økonomisk mest fordelagtige bud", nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter. Denne konstatering kunne Domstolen foretage, fordi det af direktivet fremgik, at et buds æstetiske værdi var et gyldigt kriterium, hvilket ifølge Domstolen således ikke har været et kriterium af en rent økonomisk karakter. Derefter fastslog Domstolen, at det ikke var udelukket at anvende et kriterium vedrørende bevarelse af miljøet, da der i Amsterdam traktatens artikel 6F var indskrevet en bestemmelse, hvoraf det fremgik at "*kravene med hensyn til miljøbeskyttelse skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner*".<sup>50</sup>

At miljøbeskyttelse ikke kunne anses for udelukket som et kriterium, var dog ikke ensbetydende med, at det altid ville være et lovligt kriterium. Domstolen fastslog, som i Beentjes, at det var overladt til ordregiveren at udvælge de kriterier for tildelingen af kontrakten, som den ville anvende, dog under forudsætning af, at disse kriterier havde til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Dertil knyttede Domstolen at "*Idet et bud nødvendigvis knytter sig til kontraktens genstand, følger det heraf, at de kriterier for tildeling, der er i overensstemmelse med nævnte bestemmelse kan vælges, nødvendigvis også skal være forbundet med kontraktens genstand*".<sup>51</sup> Herefter stadfæstede Domstolen de betingelser, som var fremgået af de foregående sager og sammenskrev dem med den ovennævnte betingelse. Hvorved betingelserne for at en ordregiver ved tildeling af en kontrakt på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige bud kunne lægge vægt på kriterier vedrørende bevarelse af miljøet, så længe at "*disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den*

<sup>48</sup>C-513/99, Concordia, præmis 53

<sup>49</sup>Ibid. præmis 54

<sup>50</sup>Ibid. præmis 57

<sup>51</sup>Ibid. præmis 59

*nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling*<sup>52</sup>.

Domstolen tog derefter stilling til, om miljøkriteriet var i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, idet ordregiverens egen transportvirksomhed, var en af de få virksomheder, som kunne opnå tillægspointene. Domstolen foretog her en konkret afvejning af kriterierne. Den lagde vægt på, at de var objektive og anvendt uden forskel på alle bud, at de var direkte forbundet med kontraktens genstand og var integreret i ordning for tildeling af point, at der inden for denne ordning også var mulighed for at tildele point på andre kriterier, og at Concordia faktisk havde vundet udbuddet angående en anden bybusnetslinje i Helsinki, selvom der i dette udbud udtrykkeligt var et krav om benyttelse af gasdrevne busser. Domstolen fandt på den baggrund, at der i den konkrete sag ikke var tale om forskelsbehandling.<sup>53</sup>

#### **Kommentarer til Concordia 2.2.5.1**

Domstolen følger i Concordia princippet fra Beentjes om, at tildelingskriterier ikke nødvendigvis skal være af ren økonomisk karakter og fastslår, at miljøkriterier kan indgå som et tildelingskriterie. Dette sker på baggrund af en ordlydsfortolkning af det daværende udbudsdirektivs art. 36(1)(a), hvori der som beskrevet fremgår ordet ”f.eks.”. På den baggrund anser Domstolen ikke direktivbestemmelsen for at være udtømmende. Da der samtidig fremgår at ”æstetisk værdi” er et gyldigt kriterium, og Domstolen ikke anser dette for at være et rent økonomisk forhold, tillader de, at miljøhensyn også kan være gyldige tildelingskriterier.

Omend Domstolen validerede benyttelsen af miljøbeskyttelse som et kriterie for tildeling af kontrakten, kunne det dog virke som om, de med denne udtalelse ikke overlader et så frit valg til ordregiveren, for hvilke kriterier de må ligge til grund, som man måske kunne forvente i forhold til præmis 55. Således er begrundelsen for, at miljøkriterier ikke er udelukket hentet fra Traktaten, hvilket kunne give væsentlige begrænsninger for brugen af andre kriterier af ikke rent økonomisk karakter. Denne

---

<sup>52</sup>Ibid. præmis 64

<sup>53</sup>Ibid. præmis 83-84

usikkerhed blev dog i forhold til miljøkriterier fjernet med sag C-448/01, Evn-Wienstrom, og i forhold til sociale kriterier med sag C-368/10, Max Havelaar, som begge bliver gennemgået nedenunder.

I forhold til Kommissionens standpunkt om, at der skal være en direkte forbindelse mellem miljøkriteriet og kontraktsgenstanden, verificerer Domstolen til dels dette. Der er dog tale om en lempelse i forhold til ordlyden i KOM(1998)143, da Domstolen kun kræver en "forbindelse" og ikke en "direkte forbindelse". Dette gør det lettere for ordregivere, at bevise forbindelse mellem de to og udvider samtidig muligheden for anvendelse af kriterier, som er forbundet med kontraktsgenstanden.<sup>54</sup> Se mere om kravet om forbindelse med kontraktens genstand i afsnit 2.2.7.1.1.

#### **Økonomisk karakter og økonomisk gevinst 2.2.5.1.1**

Domstolen går samtidig imod Kommissionens restriktive fortolkning i KOM(1998)143, idet den udtalte, at det ikke er "ethvert" af de udvalgte kriterier, når der er tale om "det økonomisk mest fordelagtige bud", som skal være af rent økonomisk karakter, hvorved den dog indirekte udtaler, at en del af de resterende skal være det. Derved forstået, at det er lovligt at gøre brug af kriterier, som ikke er af rent økonomisk karakter, men disse skal stå ved siden af kriterier, som er. Domstolen bruger også udtrykket "rent" økonomisk karakter, hvilket kan fortolkes således, at der stadig skal være en økonomisk karakter over kriteriet. Domstolen valgte således også en bredere fortolkning af direktivbestemmelsen, end den finske og den nederlandske regering gjorde. Begge disse havde således brugt økonomiske argumenter i de indlæg, som de havde indgivet for Domstolen. Den finske havde argumenteret for, at der var tale om et kriterium af økonomisk karakter, da det ville reducere omkostningerne hurtigt og i betydeligt omfang indenfor det socialmedicinske område. Den belgiske havde argumenteret for det samme, men med den begrundelse, at Helsinki by både var ordregivende myndighed og økonomisk ansvarlig for miljøpolitikken. Det skal ikke kunne siges om, Domstolen har lagt vægt på disse argumenter, og det er grundet disse, at kriteriet bliver godkendt, som hvad man kan kalde af delvis økonomisk karakter. Da Domstolen dog ikke omtaler økonomi i sammenhæng med kriteriet, er det dog nærliggende at formode, at den økonomiske karakter ikke spiller en rolle, så

---

<sup>54</sup>Se Sue Arrowsmith "Social and Environmental Policies in EC Procurement Law" s. 402f. for eksemplificering af forskellen på "direkte forbundet" og "forbundet".

længe det står ved siden af kriterier, som er af økonomisk karakter.<sup>55</sup>

Samtidig er det værd at bemærke, at Domstolen ved at tillade Helsinki by at benytte et system, som tildeler point til de tilbudsgivere, som kan levere busser, der overholder kriterierne om nitrogenoxidemission og støjniveau, klart afviser Kommissionens fortolkning i KOM(1998)143 om, at der skal være en økonomisk gevinst for tilbudsgiverne, før de kan benytte sig af miljøhensyn som et tildelingskriterium. Dette udfald har dog ikke været fuldstændigt uundgåeligt, da man sagtens kan forstille sig, at kriteriet "æstetisk værdi", som Domstolen bygger en del af sin argumentation på, kunne omfatte situationer, hvor ordregiver kunne få en økonomisk fordel, f.eks. ved at opføre et museum, som havde en høj æstetisk værdi, hvilket kunne være med til at tiltrække besøgende.<sup>56</sup>

Domstolens villighed til, at acceptere tildelingskriterier omhandlende miljøhensyn, ikke nødvendigvis skal være forbundet med en specifik eller direkte økonomisk fordel for ordregiveren for ikke umiddelbart at være trussel mod det indre marked, er måske den største forskel, der er på Domstolens og Kommissionens fortolkning af reglerne på området. Domstolens fortolkning af miljøkriterier under "det økonomisk mest fordelagtige bud" virker således til at være forholdsvis bred. Således virker det til, at Domstolen er af den holdning, at det er tilstrækkeligt, at det miljømæssige hensyn, som tildelingskriteriet forfølger, har en værdi ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt, jf. præmis 54.<sup>57</sup>

### **Gennemsigtighedsprincippet 2.2.5.1.2**

I sag C-92/00, Hotel Ingenieure, fastslog Domstolen at "*Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsækelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er overholdt.*"<sup>58</sup>.

Gennemsigtighedsprincippet skal således anses for en mekanisme, der gør ordregiveren og retslige myndigheder i stand til at kontrollere, at

---

<sup>55</sup>Se i samme retning Peter Kunzlik "International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement" s.130

<sup>56</sup>Se Peter Kunzlik "Making the Market Work for the Environment" s. 195

<sup>57</sup>Se Peter Kunzlik "Making the Market Work for the Environment" s. 196

<sup>58</sup>C-92/00, Hotel Ingenieure, præmis 45

ligebehandlingsprincippet er overholdt. I forhold til tildelingskriterier sker dette i praksis hovedsageligt ved, at de kriterier, som ordregiveren har påtænkt, at benytte i forhold til tildelingen af kontrakten fremgår klart og tydeligt af udbudsbekendtgørelsen. Som det fremgår af C-368/10, Max Havelaar, skal oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen *"være affattet således, at det gøres muligt for alle rimeligt og normalt påpasselige bydende at kende rækkevidden heraf, og således fortolke dem på samme måde"*.<sup>59</sup> Af samme grund er det nødvendigt at regler, som er almindeligt kendt af erhvervsdrivende i den medlemsstat hvor ordregiveren har tilholdssted, også fremgår af udbudsbekendtgørelsen, da tilbudsgiverne ellers ikke ville være på lige fod. Det er af samme grund, at benyttelse af nationale mærker, som tilfældet er i den sidste dom i gennemgangen af retspraksissen, se afsnit 2.2.7, ikke er tilladte uden de bagvedliggende specifikationer bliver fremhævet i udbudsbekendtgørelsen.

Betingelsen om at en ordregiveren ikke må få et ubetinget frit valg, som nævnt i afsnit 2.2.4.1.1, udspringer således også af gennemsigtighedsprincippet, ligesom den dertil hørende betingelse om, at en ordregiver skal være i stand til at kontrollere de oplysninger, som tilbudsgivere bruger til at bevise, at de kan opfylde et tildelingskriterium, som gennemgået nedenunder i afsnit 2.2.6.1.1.2, også er en praktisk realisering af gennemsigtighedsprincippet.

### **Sag C-448/01, Evn-Wienstrom 2.2.6**

I Sag C-448/01, Evn-Wienstrom, havde Republikken Østrig udbudt en kontrakt om levering af elektricitet under tildelingskriteriet "det økonomiske mest fordelagtige bud" i henhold til kriteriet "Ydelsernes indvirkning på miljøet ifølge udbudsbetingelserne". Kriterierne for kontrakten blev fastsat til nettoprisen pr. GWh med en vægtning på 55% og "energi fra vedvarende energikilder" med en vægtning på 45%. I forhold til det sidste kriterium blev det fastsat, at der "kun vil blive taget hensyn til den elektricitetsmængde fra vedvarende energikilder, der overstiger 22,5 GWh pr. år, og som den bydende er i stand til levere". Domstolen skulle tage stilling til en række af spørgsmål, som centrerede omkring dette kriterium. Særligt relevant for denne gennemgang var, at Domstolen skulle vurdere lovligheden i selve kriteriet, vægtningen af kriteriet, og om det var tilladt for ordregiveren at opstille et sådan krav, når det ikke

---

<sup>59</sup>C-368/10, Max Havelaar, præmis 88

var muligt at kontrollere tilbudsgivernes forsyningskilder.

I den første del af spørgsmålet, om kriteriet om vedvarende energi i det hele taget var lovligt, gentog Domstolen i det store hele Concordia betingelserne dog uden at gengive, at miljøkriterier fandt en del af sin retfærdiggørelse i Traktaten. På den baggrund blev det fastslået, at der intet var til hinder for, *”at en ordregivende myndighed i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver levering og elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder”*.<sup>60</sup>

I forhold til vægtningen af kriterierne gentog Domstolen igen Concordia betingelserne. Hvis disse betingelser er opfyldt, vil det betyde at ordregiveren *”ikke alene kan vælge kriterierne for kontraktens tildeling, men også kan fastlægges deres vægt, for så vidt som vægtningen muliggør en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud”*.<sup>61</sup> Domstolen fremhæver derefter, at vedvarende energikilder er et vigtigt middel til at sænke drivhusgasemissionen, som det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtiget sig til at bekæmpe. Endvidere accentuerede Domstolen 18. betragtning til direktiv 2001/77 og dets artikel 1 og 3, som på samme baggrund har til hensigt at begunstige vedvarende energikilder på det indre marked. Domstolen fandt at, *”Når der således henses til den vigtighed, der er forbundet med det formål, der forfølges med kriteriet i hovedsagen, kan det ikke antages, at en vægtning heraf med 45% hindrer en samlet vurdering af de anvendte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud”*.<sup>62</sup>

I forhold til spørgsmålet om, at en ordregiver må opstille tildelingskriterier, som de efterfølgende ikke har til hensigt at kontrollere, fremhævede Domstolen, at ligebehandlingsprincippet skal overholdes i offentlige udbud. Dette indebar at *”kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene skal anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende”*.<sup>63</sup> Derudover indebar det *”en forpligtelse til gennemsigtighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er*

<sup>60</sup>C-448/01, Evn-Wienstrom, præmis 34

<sup>61</sup>Ibid præmis 39

<sup>62</sup>Ibid præmis 42

<sup>63</sup>Ibid præmis 48

*blevet overholdt, hvilken forpligtelse bl.a. består i at sikre en kontrol med, at udbudsprocedurerne er upartiske*".<sup>64</sup> "En objektiv og og gennemsigtig vurdering af de forskellige bud forudsætter, at den ordregivende myndighed faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder betingelserne for tildeling".<sup>65</sup> "Det fremgår derfor, at når en ordregivende myndighed foreskriver et tildelingskriterium og angiver, at den hverken ønsker eller kan kontrollere nøjagtigheden af de bydendes oplysninger, tilsidesætter den princippet om ligebehandling, idet et sådan kriterium ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren".<sup>66</sup> På den baggrund anså Domstolen tildelingskriteriet for at være i strid med de fællesskabsretlige principper.

Endelig fandt Domstolen, at kriteriet ikke kunne anses for, at være forbundet med kontraktens genstand, da det udelukkende henviste til mængden af elektricitet fra vedvarende energikilder, der oversteg det forventede årlige forbrug. Udover, at der ikke var en forbindelse mellem kriteriet og kontraktsgenstanden, ville et sådan kriterie også medføre en uberettiget favorisering af tilbudsgivere, der havde en større produktions- eller leveringskapacitet. Dette ville således være i strid med direktivernes formål, som var at fremme en åben konkurrence. Derfor kunne et kriterium omhandlende de bydendes evne til at levere den størst mulige mængde elektricitet ikke anses for være et lovligt tildelingskriterium".<sup>67</sup>

### **Kommentarer til Evn-Wienstrom 2.2.6.1**

Et af de vigtigste omdrejningspunkter i Evn-Wienstrom er forbindelsen mellem tildelingskriteriet og kontraktsgenstanden. Domstolen finder, at kriteriet om vedvarende energikilder godt kan stå i forbindelse med en kontrakt omhandlende levering af elektricitet. Domstolen accepterer således en forbindelse mellem et kriterium, som ikke direkte omhandler kontraktsgenstanden, men derimod hvorledes kontraktsgenstanden er produceret. Dette er en vigtig udvidelse af anvendelsesområdet for, hvad der kan anses som at være en "forbindelse" mellem et tildelingskriterium og genstanden for kontrakten.

---

<sup>64</sup>Ibid. præmis 49

<sup>65</sup>Ibid. præmis 50

<sup>66</sup>Ibid. præmis 51

<sup>67</sup>Ibid. præmis 67-69



### Vægtning af kriterier 2.2.6.1.1

Når man sammenligner Evn-Wienstrom i forhold til Concordia, er det interessant, at iagttagelse hvorledes Domstolen ikke længere berettiger miljøkriteriet gennem fællesretlig hjemmel. Dette må anses for at være den endelige verifikation af miljøkriterier, som tildelingskriterier, hvis der skulle være nogen tvivl tilbage. Hvor Domstolen dog ikke længere anser det for nødvendigt at berettiger Evn-Wienstrom miljøkriteriet, ser det anderledes ud med vægtningen af kriteriet. Således er en del af Domstolens argumentation flyttet fra det traktathjemlede i forhold til selve kriterierne, til det direktivbaserede i forhold til vægtningen af disse. Domstolens udtalelser skal sandsynligvis fortolkes således, at det står ordregiveren frit for, under de fastsatte betingelser, at benytte kriterier som ikke er af rent økonomisk værdi. Hvor højt disse kriterier må vægtes, afhænger dog i en vis grad af de forpligtelser, som Det Europæiske Fællesskab og derigennem medlemsstaterne, har påtaget sig. Hvis det samtidig er et reguleret område, vil også det tale for en mulig højere vægtning. Hvad dette dog også kan betyde er, at de forpligtelser de enkelte medlemsstater har påtaget sig af eget initiativ, ikke berettiger til en lige så høj vægtning.

Evn-Wienstrom afgørelsen giver dog en indikation af, at ordregiverne er overladt en bred skønsmæssig vurdering af vægtningen af miljøkriterier, da 45% er en relativt høj vægtning. Sue Arrowsmith er af den mening, at dette ikke kun er gældende for vægtningen af miljøkriterier, men kan overføres til vægtningen af sociale kriterier. Hvis visse udbudsforanstaltninger, som hindrer samhandel, anses for at være et passende og proportionalt middel til at implementere en vedvarende energikilde politik, hvilket anses vigtigt for EU, så er der ingen grund til at a priori udelukke lovligheden i andre foranstaltninger, som forfølger andre formål, som de enkelte medlemslandes nationale regeringer anser for vigtige.<sup>68</sup> Det er en fortolkning som denne forfatter er enig i, specielt set i lyset af Domstolens kendelse i sag C-368/10, Max Havelaar, som er den sidste dom, der bliver gennemgået.

Hvad den konkrete vægtning er skal dog vurderes fra sag til sag. En restriktiv fortolkning kunne dog være, at sociale eller miljø kriterier ikke samlet må vægtes højere end kriterier, som er af rent økonomisk af karakter. Dette kan begrundes i, at det

---

<sup>68</sup>Sue Arrowsmith "Social and Environmental Policies in EC Procurement Law" s. 172

sker på baggrund af "det økonomisk mest fordelagtige bud", hvorfra det ud fra ordlyden fremgår, at økonomi er den vigtigste del af hovedkriteriet. I forhold til den brede fortolkning, som Domstolen indtil videre har brugt, er dette dog på ingen måde sikkert, at det forholder sig sådan. Derfor er det også nødvendigt, at Domstolen udtaler sig yderligere omkring vægtningen, før en sådan konklusion kan drages endeligt.

#### **Krav om kontrol 2.2.6.1.1.2**

Som det fremgår at Evn-Wienstrom er det en betingelse for, at et tildelingskriterium er lovligt, at ordregiveren også er i stand til at verificere og kontrollere rækkevidden af dette. Dette er et krav, som udspringer direkte af betingelsen om et tildelingskriterium ikke må give ordregiveren et ubetinget frit valg ved tildelingen. Som det fremgik af afsnit 2.2.4.1.1 var dette en betingelse, der gjorde, at ordregiveren var nødt til præcisere tildelingskriterierne tilstrækkeligt og vægte kriterierne mod hinanden så potentielle tilbudsgivere kan bedømme grundlaget for tildelingskriteriet, men også så der kan føres en retslig kontrol med ordregiverens vurdering. Hvis Domstolen havde tilladt, at en ordregiver ikke kunne eller ville føre kontrol med tildelingskriterierne, ville det være en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som lægger bag den objektive skønsvurdering, som ordregiveren er underlagt. Eller sagt på en anden måde. Der ville ikke være nogen grund til at have tildelingskriterier, da der ingen grund ville være til at overholde dem.

Kravet om kontrol kan dog sandsynligvis også være ret hæmmende for brugen tildelingskriterier af social eller miljø karakter. Dette bunder i, at sådanne kriterier ikke er økonomiske af natur og derved svært målbare. Dette problem kunne i visse tilfælde løses ved at henvise til et bestemt mærke, der opfylder de hensyn, der lægger bag kriterierne. Som den næste dom dog viser, er det ikke muligt at begrænse tildelingskriterierne til et bestemt mærke, men kun til de bagvedliggende kriterier for mærket. Således skal ordregivere acceptere ethvert andet passende bevis, der dokumenter, at tilbudsgiveren lever op til tildelingskriteriet. Dette kan være problematisk for ordregivere, da det kan være kompliceret, at vurdere om tilbudsgiverens dokumentation lever op til kriterierne. Samtidig vil det også indebære nogle omkostninger, hvilke ordregiveren må bære, som i sidste ende gør, at den i visse tilfælde vurderer, at det ville være for dyrt at bruge sådanne tildelingskriterier i

udbuddet.

### **Sag C-368/10, Max Havelaar 2.2.7**

Baggrunden for sag C-368/10, Max Havelaar, var den nederlandske provins Noord-Hollands udbud af en kontrakt om drift af kaffeautomater og dertil hørende anvendelse af økologiske fair trade-produkter i disse automater. Sagen omhandlede hovedsageligt brugen af produkterne, der skulle anvendes i automaterne, og om hvorvidt de krav, som de havde opstillet for produkterne, var i overensstemmelse med Udbudsdirektivet.

Omdrejningspunktet var således anvendelsen af kaffe- og temærkerne MAX HAVELAAR og EKO. EKO var et mærke, som garanterede, at produktet som minimum bestod af 95% økologiske råvarer, mens MAX HAVELAAR garanterede, at råvarerne var købt for en retfærdig pris og på en retfærdig måde fra småproducenter fra udviklingslande. Disse var blevet benyttet både som tekniske specifikationer og som tildelingskriterier, hvoraf kun en gennemgang af sidstnævnte er relevant for denne gennemgang. Kommissionen hævdede, at der ikke var tilstrækkelig forbindelse mellem kriterierne og kontraktgenstanden.

Da Domstolen skulle tage stilling til, om kriterierne kunne bruges som tildelingskriterier, konstaterede den, at ordlyden i denne relevante bestemmelse, Udbudsdirektivets art. 53(1), litra 1, ikke var udtømmende, da udtrykket "f.eks" indgik deri. Bestemmelsen var yderligere uddybet i 46. betragtning i præamblen til direktivet. Heraf fremgår det, at tildelingskriterier ikke kun kan være økonomiske, men også kvalitative. Af sådanne kvalitative kriterier fremgår miljøegenskaber direkte af betragtningen. Det fremgår samtidig, at også sociale hensyn kan benyttes, når de svarer til behov hos særligt ugunstigt stillede befolkningsgrupper. På den baggrund fandt Domstolen, "*at de ordregivende myndigheder også kan vælge tildelingskriterier, som er baseret på sociale hensyn, og som kan vedrøre brugerne eller modtagerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, men også andre personer.*"<sup>69</sup>. Derefter blev det, som i de andre sager, fremhævet at dette var på betingelse af, at kriteriet ikke gav ordregiveren et ubetinget frit valg og at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed blev overholdt.

---

<sup>69</sup>C-368/10, Max Havelaar præmis 85

I forhold til klagepunktet omkring forbindelsen mellem kriterierne og kontraktsgenstanden bemærkede Domstolen, at det, for det første, er nødvendigt at tage hensyn til de bagvedliggende kriterier for mærkerne.<sup>70</sup> I det konkrete tilfælde var der tale om kriterier, der omhandlede økologi og fairtrade, hvilket var en form for miljøegenskaber og sociale egenskaber. I forhold til kontraktens genstand var der tale om kaffe, te og andre ingredienser, som skulle bruges i kaffeautomaterne. Kriterierne omhandlede således udelukkende ingredienserne, ”som skulle leveres inde for rammerne af nævnte kontrakt, og på ingen måde vedrørte tilbudsgivernes almindelige indkøbspolitik”<sup>71</sup>. Derfor vedrørte kriterierne produkter, som var en del af kontraktsgenstanden. Domstolen bemærkede samtidigt, at ifølge præmis 34 i Evn-Wienstrom, var der intet til hinder for, ”at en ordregivende myndighed i forbindelse med en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder. Der er således i princippet intet til hinder for, at et sådant kriterium omhandler det forhold, at et produkt er et fair trade-produkt”<sup>72</sup>. Domstolen bemærkede dertil, at det ikke kræves, ”at et tildelingskriterium vedrører en særlig egenskab ved et produkt, dvs. et element, som materielt indgår heri”<sup>73</sup>.

I de tilfælde, hvor en ordregiver gør brug af mærker som tildelingskriterier, er det samtidigt nødvendigt at præcisere de bagvedliggende kriterier for mærkerne, for at overholde de krav til klarhed og objektivitet, som kræves af ordregiveren. Det er således tilladt, at gøre brug af de bagvedliggende kriterier, men ikke at bruge selve mærket som en teknisk specifikation, idet dette kun kan anvendes som en formodning for, at produkter, som er udstyret med mærket, opfylder de således fastsatte egenskaber med udtrykkelige forbehold for ethvert andet passende bevis.<sup>74</sup>

### **Kommentarer til Max Havelaar 2.2.7.1**

Ført og fremmest fastslår Domstolen i denne dom, at sociale hensyn er lovlige som et tildelingskriterium. Hvor Beentjes og Nord-Pas de Calais begge omhandlede

---

<sup>70</sup>Ibid. præmis 89

<sup>71</sup>Ibid. præmis 90

<sup>72</sup>Ibid. præmis 91

<sup>73</sup>Ibid. præmis 92

<sup>74</sup>Ibid. præmis 94

tildelingskriterier vedrørende beskæftigelse af langtidsledige, som kan betegnes som en form for socialt kriterium, har ingen af sagerne behandlet sociale kriterier generelt. Samtidig har de efterfølgende sager alle omhandlet miljøkriterier, så det har ikke været muligt, at vide om sociale kriterier generelt var accepteret som tildelingskriterier. Specielt med tanke på Kommissionens modstand mod en sådan fortolkning.

Ligesom i Concordia, hvor et miljøkriterium blev accepteret, gjorde Domstolen brugen af en ordlydsfortolkning. I dette tilfælde var det ordet "f.eks." i Udbudsdirektivets art. 53(1). Dette kombinerede Domstolen med betragtning 46, som uddyber art.53. Ifølge Domstolen fremgik det af denne betragtning, at sociale hensyn kan godtages. Den konkrete ordlyd af betragtningen som Domstolen henviser til er "*Under samme omstændigheder kan en ordregivende myndighed anvende kriterier, der skal opfylde sociale krav, navnlig svarende til behov - som defineret i kontrakt- specifikationerne - hos særligt ugunstigt stillede befolkningsgrupper, hvortil hører modtagerne/brugerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten*". Denne formulering passer fint i tråd med den formulering, som Kommissionen benyttede sig af i KOM(1998)143, hvorved det efter Kommissionens mening, er formulering der skal fortolkes indskrænkende. Kommissionen forhindrede således, at sociale hensyn blev indskrevet i Udbudsdirektivets art. 53(1), som et eksempel på samme måde som miljøegenskaber blev. Det var samtidigt kun nødvendigt, at de gik med til formuleringen i præambelens 46. betragtning. En formulering, som reelt set kun nævner og derved kun tillader, at et socialt kriterium, er rettet mod brugerne eller modtagerne af kontraktens genstand ud fra en restriktiv fortolkning.<sup>75</sup> Domstolen var dog langt mere lempelig i deres fortolkning og tager med deres udtalelse i præmis 85 benyttelsesområdet for tildelingskriterier et stort skridt videre. Domstolens udtrykker sig således i så generelle vendinger, at den principielt åbner for brugen af sociale hensyn som tildelingskriterium generelt. Helt konkret er der i sagen tale om en produktionsmetode, hvor små producenter i udlandet bliver tilgodeset, men med Domstolens benyttelse af "men også andre personer", er der ingen grund til at tro, at sociale kriterier skulle begrænses til denne specifikke gruppe.

---

<sup>75</sup>Se Kerstin Ahlberg: Även sociale kriterer kan beaktas vid tilldelning av offentlige kontrakt s.693f

### **Forbundet med genstanden for kontrakten 2.2.7.1.1**

Kommissionen havde, i forhandlingerne om direktivet ordlyd, forsøgt at få indført, at tildelingskriterier skulle være "direkte forbundet" med formålet med kontrakten. Efter Concordia, som blev afsagt samtidigt med disse forhandlinger, medgav Kommissionen dog i, at det var for restriktivt og tillod, at ordlyden blev "knyttet til" kontraktsgenstanden.<sup>76</sup> I Concordia blev der accepteret en forbindelse mellem kontraktens genstand busser og tildelingskriterierne nitrogenoxidemissioner og støjniveau. Med dette accepterede Domstolen en forbindelse mellem tildelingskriterier og kontraktens genstand, når kriteriet omhandlede et produkts karakteristika ved kontraktens genstand. Dette er en logisk følge af, at produkt karakteristika ikke er en hindring mod et marked, men derimod definerer markedet. Hvis en potentiel tilbudsgiver ikke er i stand til, at levere den efterspurgte genstand, er der som nævnt intet i vejen for, at denne ikke bliver tildelt kontrakten. Samtidig er det en del af ordregiverens skøn at benytte produktkarakteristika, som er mere almindelige på det nationale marked, og skal derfor ikke anses for en hindring af det indre marked.<sup>77</sup>

Domstolen udvidede i Evn-Wienstrom denne fortolkning til også at indeholde selve produktionsmetoden, idet den accepterede miljøkriteriet "vedvarende energikilder", som et kriterium for kontraktens genstand "elektricitet". På grundlag af Evn-Wienstrom kom Domstolen frem til det samme resultat for mærket Max Havelaar, hvis bagvedliggende kriterier omhandlede hvorledes råvarerne, der skulle bruges i kontraktens genstand kaffeautomater, var købt for en retfærdig pris og på en retfærdig måde. Domstolen udtalte i den sammenhæng, at det fulgte af Evn-Wienstrom at det ikke var nødvendigt, at et tildelingskriterium omhandlede et element, som materielt indgår i kontraktsgenstanden, hvorved et kriterium, der omhandlede fair trade, også havde den nødvendige forbindelse. Dette kan have ret vidtrækkende konsekvenser for, hvad der kan anses for forbundet med kontraktens genstand.

I litteraturen er der efter Evn-Wienstrom tvivl om, hvad konsekvenserne vil være, efter Domstolen tillod vedvarende energi som et tildelingskriterium. Peter Kunzlik vurderede, at dommen kunne have to udfald. Hans overvejelser omhandlede hvorvidt vedvarende energi også kunne kategoriseres som forbundet med kontraktens genstand, hvis

<sup>76</sup>Kerstin Ahlberg: Även sociale kriterer kan beaktas vid tilldelning av offentlige kontrakt s.694

<sup>77</sup>Sue Arrowsmith: Social and Environmental Policies in EC Procurement Law s. 60

denne var andet end elektricitet, f.eks. en computer. En konklusion kunne være, at der i begge tilfælde var den fornødne forbindelse mellem kriteriet og kontraktens genstand. I begge tilfælde vil ordregiveren have valgt at specificere et produkt på grundlag af produktionsmetoden. En mere restriktiv fortolkning ville dog adskille de to situationer ud fra forholdet mellem vedvarende energi og slutproduktet. I forhold til elektricitet undergår energi en proces, der gør, at det bliver til slutproduktet elektricitet. Ved en computer er der dog flere efterfølgende skridt, før computeren står som slutproduktet. En sådan fortolkning kan lede til, at vedvarende energi ikke har den fornødne forbindelse med kontraktens genstand.<sup>78</sup> Domstolen virker dog til i Max Havelaar, at være af den mening at det førte eksempel er den korrekte fortolkning. Hvilket betyder, at vedvarende energi eller andre miljø eller sociale hensyn har den fornødne forbindelse med genstanden så længe, det indgår i et eller andet trin af produktionsprocessen af denne genstand.

I Generaladvokat J. Kokotts forslag til afgørelsen i Hax Havelaar, gjorde hun opmærksom på, at Fair Trade ikke havde noget med produkttegenskaberne at gøre, men derimod handlede om, at varen blev handlet på en fair måde. Hun var dog af den overbevisning, at dette ikke a priori skulle være en begrundelse for, at der ikke var den nødvendige forbindelse. Det begrundede hun i, at det kunne have en betydning for en ordregiver, som lagde vægt på en social ansvarlig adfærd, når forholdet mellem kvalitet og pris skal fastlægges. Hun begrundede dette med at *"Ganske vist smager sukker strengt taget ikke forskelligt alt efter, om der er handlet fair eller ej. Et produkt, der er kommet på markedet på unfair betingelser, kan imidlertid give en socialt ansvarlig kunde en bitter eftersmag."*<sup>79</sup> Omvendt dette er en lettere kryptisk udtalelse, kan følgerne af denne, hvis det er en korrekt fortolkning, have endnu større konsekvenser for, hvornår sociale eller miljø tildelingskriterier har den fornødne forbindelse med kontraktens genstand end Max Havelaar umiddelbart har. J. Kokott hentyder således til det etiske i at benytte et fairtrade produkt, og det at slutbrugerne kan få dårlig samvittighed. Dette er et synspunkt, som man ret beset kan overføre til alle tildelingskriterier, der omhandler socialt eller miljø ansvar, da en sådan kunde sandsynligvis altid vil få en bitter eftersmag. Hvis dette er tilfældet, er der per automatik en forbindelse mellem sådanne tildelingskriterier og kontraktens genstand. Det er dog

---

<sup>78</sup>Sue Arrowsmith: Social and Environmental Policies in EC Procurement Law s. 402f.

<sup>79</sup>Generaladvokat J. Kokott forslag til afgørelsen i sag C-368/10 punkt 110

nødvendigt, at Domstolen tager dette op, før en sådan konklusion kan drages.

I Evn-Wienstrom er der dog også et eksempel på, hvornår et tildelingskriterium ikke er forbundet med kontraktens genstand. Domstolen fandt således at der ikke var en tilstrækkelig forbindelse, da kriteriet omhandlede den mængde af elektricitet, der overskred det årlige forbrug. Det er således ikke tilladt at benytte et kriterium, der omhandler situationer, der går ud over kontraktens genstand. Dette vil også være tilfældet, hvis kriteriet omhandler andre produkter, som tilbudsgiveren producerer eller omhandlede andre dele af tilbudsgiverens forretning.<sup>80</sup> Det er i denne sammenhæng også interessant, at Domstolen i Max Havelaar udtaler, at der ikke ville være den fornødne forbindelse, hvis der havde været tale om et kriterium, som omhandlede tilbudsgiverens almindelige indkøbspolitik. J. Kokott mente således, at det ville føre for vidt, hvis en ordregivende myndighed ved undersøgelsen om hvilket bud, der var det mest fordelagtige, måtte tage hensyn til om hele tilbudsgiverens sortiment, uanset om varerne var genstand for kontrakten eller ej, stammede fra fair trade.<sup>81</sup> Domstolen anser det således ikke at være en tilstrækkelig forbindelse, hvis tildelingskriteriet omhandler generelle forhold hos tilbudsgiverne, men kun hvis der er tale om hensyn i forhold til den specifikke kontrakt.

### **Juridisk konklusion**

Som ovenstående gennemgang viser, har reglerne for brugen af sociale og miljø hensyn, som tildelingskriterier gennemgået en stor udvikling over årene. Fællesnævneren for alle de fremhævede sager er, at Kommissionen har ville fortolke reglerne restriktivt, men Domstolen har benyttet en bred fortolkning. Dette har resulteret i, at reglerne på nuværende tidspunkt overlader en høj grad af skønsmæssig vurdering og autonomi til de ordregivende myndigheder, når de vil benytte sig af tildelingskriterier, som forfølger sociale og miljø hensyn.

Domstolen accepterede i Concordia miljøhensyn som tildelingskriterier, hvilket i Max Havelaar blev udvidet til at omhandle sociale kriterier generelt, efter der i mange år havde været tvivl om at kriterier af social art, der omhandlede andet end arbejdsløshedsbekæmpelse var lovlige. Som retspraksissen illustrerer, er der dog også

---

<sup>80</sup>Sue Arrowsmith: Social and Environmental Policies in EC Procurement Law s. 403

<sup>81</sup>Generaladvokat J. Kokott forslag til afgørelsen i sag C-368/10 punkt 111



visse betingelser, som ordregiveren skal overholde før sådanne hensyn kan benyttes som tildelingskriterier, og kan anses for at være i overensstemmelse med udbudsreglerne. For det første er det kun i forbindelse med kriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige bud”, at tildelingskriterier kan indgå som underkriterier. Som det blev fastslået i Concordia, kan disse underkriterier variere alt efter kontraktens genstand og behøves nødvendigvis ikke, at være af ren økonomisk karakter. Så længe tildelingskriteriet står ved siden af kriterier af ren økonomisk værdi, og de hensyn, som et tildelingskriterium forfølger, har en værdi ud fra ordregiverens synspunkt, er et sådan kriterie tilstrækkeligt økonomisk til at kunne være en del af ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Derudover skal et tildelingskriterium være i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette handler hovedsageligt om at overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvilket krystalliserer sig i de konkrete kriterier, som ordregiveren har tænkt sig at benytte, og kun disse skal fremgå af udbudsbetingelser, og de skal fremgå på en sådan måde, at de ikke giver ordregiveren et ubetinget frit valg, men kun et skøn ud fra objektive kriterier. Dette betyder i praksis, at formuleringen skal være af en sådan art, at enhver rimeligt oplyst og normalt påpasseligt bydende vil kunne forstå kriterierne på samme måde, og at ordregiveren vægter kriterierne i forhold til hinanden. Samtidigt er det et krav, at ordregiveren er i stand til at kontrollere om tilbudsgiverne rent faktisk også opfylder tildelingskriterierne.

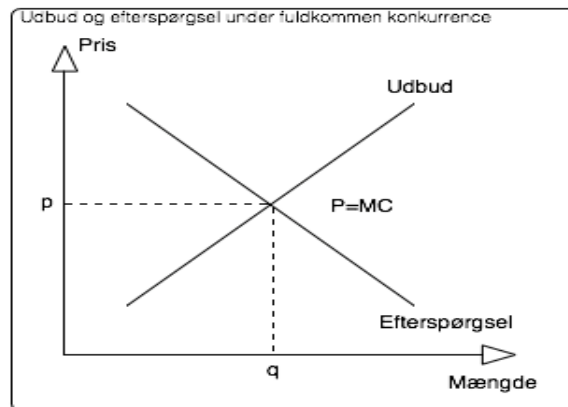
Domstolen har derudover fastslået, at det er en betingelse for tildelingskriterier, der forfølger sociale og miljø hensyn, at der skal være en forbindelse mellem tildelingskriterierne og kontraktens genstand. I Concordia fandt Domstolen, at det var den nødvendige forbindelse da tildelingskriteriet omhandlede produktkarakteristika ved kontraktens genstand. Dette blev i Evn-Wienstöm udvidet til at være tilfældet når tildelingskriteriet omhandlede den produktionsmetode, der lå bag genstanden for kontrakten. Denne fortolkning gik igen i Max Havelaar, hvor Domstolen fastslog, at det ikke er nødvendigt, at tildelingskriteriet materielt indgår i kontraktens genstand. Derved er der en tilstrækkelig forbindelse så længe, at tildelingskriterier omhandler et forhold ved produktionen af kontraktens genstand. Domstolen har samtidigt fastslået, at den nødvendige forbindelse ikke er til stede, hvis tildelingskriteriet bygger på hensyn, der

omhandler generelle forhold ved tilbudsgiverne, og derved går udover den specifikke kontrakt.

## Kapitel 3 Økonomisk Del

### Fuldkommen konkurrence 3.1

Fuldkommen konkurrence er den perfekte form for konkurrence, hvor hverken køber eller sælger på egen hånd er i stand til at fastsætte prisen. Markedsformen er betinget af, at der er et stort antal købere og sælgere, at produkterne er homogene, at der er fuldstændig adgang til relevant information for alle parter, og at det er omkostningsfrit at komme ind på markedet og forlade det igen. Hvis disse betingelser er opfyldt vil produktet blive solgt til den pris, som akkurat dækker omkostningerne ved at producere et ekstra produkt – marginalomkostningerne.



Figur 3.

Ved fuldkommen konkurrence vil prisen og mængden finde sin ligevægt ved hjælp af markeds kræfterne. På kort sigt vil det være muligt for virksomheder at have en overnormal profit, men i det lange løb vil konkurrence fra andre virksomheder konkurrere profitten ned til marginalomkostningerne. I figur 3 illustreres dette ved, at der bliver solgt en mængde  $q$  til en pris  $p$ . Dette er den pareto optimale fordeling, hvor ingen af parterne kan stilles bedre uden, at den modsatte part vil stå mindst tilsvarende dårligere.

Fuldkommen konkurrence er som sagt en idealiseret form for konkurrence. Dette betyder også, at der ikke findes eksempler på fuldstændig fuldkommen konkurrence, men kun markedsformer der i en vis grad tilnærmer sig idealet. Dette skyldes, at der

altid i højere eller lavere grad, er en brist på en eller flere af de opstillede forudsætninger, som fuldkommen konkurrence er betinget af. Disse brist kaldes også markedsfejl. Ikke desto mindre er teorien om fuldkommen konkurrence et meget nyttigt instrument til at måle et marked op mod. Det fungerer således som et benchmark for virkelige markeder.

### **Transaktionsomkostningsteori 3.2**

I private transaktioner vil en køber som hovedregel kontakte en sælger, som bliver tilskyndet til at komme med et tilbud. Køber vil så enten godtage dette tilbud eller afslå det, enten med tilskyndelse til sælger om at give et revideret tilbud eller for at søge tilbud ved andre sælgere. En transaktion er dog ikke så simpel, som det ser ud på overfladen. John R. Commons beskriver transaktioner som værende (egen oversættelse) ”ikke udvekslingen af varer, men fremmedgørelsen og tilegnelsen, mellem individer, over rettighederne over ejendom og frihed skabt af samfundet, som derfor må forhandles mellem parterne før arbejdskraft kan producere, forbrugere kan forbruge eller varer kan fysisk udveksles”<sup>82</sup>. Transaktioner medfører nogle omkostninger, som ikke direkte er forbundet med selve varen, men som opstår fordi køber og sælger er nødt til at forhandle sig frem til enighed.

Inden for retsøkonomien er særligt Coase teoremet, navngivet efter dets fader Ronald Harry Coase, berømt for dets effekt på virkefeltet. Ifølge Coase vil der i en verden, hvor der ikke eksisterer transaktionsomkostninger ikke være brug for lovgivning om ejendomsrettigheder i transaktioner, da parterne imellem vil forhandle sig frem til det mest gunstige udfald. Tankegangen bag Coase teoremet er nemmest at illustrere gennem et eksempel, som Coase selv gør brug af i sin artikel ”The Problem of Social Cost”. Her følger det eksempel i en lettere omskrevet form.

Man forestiller sig, der ligger en fabrik ved siden af et hus. Fabrikken har en skorsten, hvis røg forurener. Dette går ud over huset ved siden af fabrikken, som får sodskader. Vi antager her, at fabrikken ikke kan minimere røgen fra skorstenen. Ud fra et fairhedsprincip vil de fleste nok svare at fabrikken er nødt til at lukke, da det er den, som forvolder skaden. Coase argumenterer dog for, at løsningen skal findes via

---

<sup>82</sup>John R. Commons – ”Institutional Economics” American Economic Review, vol 21 (1931), s. 648-657

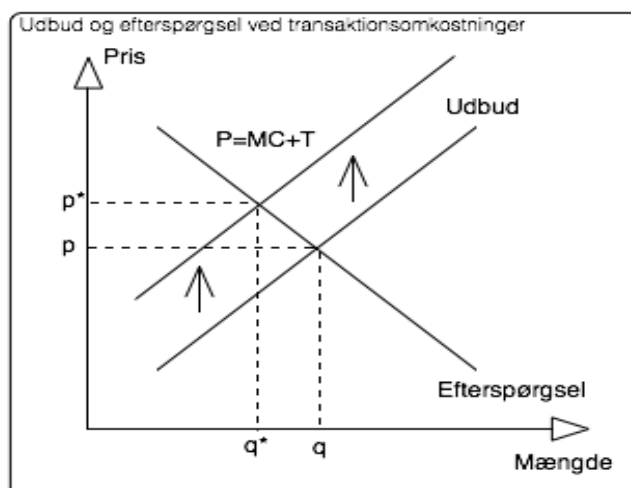
forhandling. Coases løsning på problemet bunder i, hvor stort overskuddet for fabrikken som skadevolder er i forhold til omkostningerne for husets ejer som skadelidte. Hvis omkostningerne for skadelidte overstiger skadevolderens indtægt, vil parterne ikke kunne forhandle sig frem til en aftale, hvor skadevolder kan fortsætte sin virksomhed, da skaden på huset overstiger det overskud, som fabrikken har. Hvis fabrikkens overskud derimod overstiger skadeslidtes omkostninger, vil der være tale om en situation, hvor forhandling kan give et andet resultat. Hvis vi antager, at fabrikken har et overskud på 400, og husets ejer har omkostninger på 200, vil fabrikken være i stand til at betale husets ejer et sted mellem 200 og 400 for at lade dem fortsætte deres virksomhed. Hvis vi antager, at parterne er lige forhandlingsstærke, vil begge parter have et overskud på 100 (i fabrikkens tilfælde i stedet for at lukke og intet overskud have). Dette er en pareto effcient løsning, da begge parter er stillet bedre end, hvis forhandling ikke var tilladt. For at illustrere transaktionsomkostningers virkning på forhandlingsforløbet vil vi prøve at sætte transaktionsomkostningerne til 150 for begge parter. I dette tilfælde vil fabrikkens overskud blive på 250 og husejerens omkostninger vil blive 350. Derved kan parterne ikke blive enige i et forhandlingsforløb, da omkostningerne igen overstiger overskuddet.

Begrebet transaktionsomkostninger blev yderligere udbygget af Oliver E. Williamson. Ifølge Williamson er aktører i transaktioner kun begrænset rationale. Begrænset rationalitet betyder, at aktørerne har til hensigt at agere rationelt, men at de ikke er i stand til at gøre det fuldt ud.<sup>83</sup> En aktør vil således, ud fra den viden som han besidder, vælge den optimale løsning til situationen. Problemet opstår fordi den viden, som han besidder ikke er komplet, hvilket gør at den valgte løsning som regel ikke er den optimale. Dette problem bliver yderligere forstærket af, at aktørerne lider af, hvad Williamson kalder, opportunistisk adfærd. Opportunistisk adfærd medfører, at aktørerne ikke videregiver de oplysninger, som de sidder inde med vedrørende transaktionen for selv at stå stærkere i forhandlingen og derigennem få en større fortjeneste.<sup>84</sup> En af de væsentligste grunde til at transaktionsomkostninger opstår, er fordi parterne ikke besidder den samme viden, og de ikke er villige til at dele deres respektive viden. Der er tale om asymmetrisk information.

---

<sup>83</sup>Oliver E. Williamson - "The Economic Institution of Capitalism" s.45

<sup>84</sup>Oliver E. Williamson - "The Economic Institution of Capitalism" s.47



Figur 4. .

Transaktionsomkostninger (T) er således en markedsfejl. Disse ekstra omkostninger gør, at prisen stiger, hvilket i figur 4 illustreres ved at udbudskurven skubbes op. Dette resulterer i, at der skal findes en ny ligevægt på efterspørgselskurven. Der bliver nu solgt den mindre mængde  $q^*$  til den højere pris  $p^*$ .

### Transaktionsomkostninger ved offentlige udbud 3.2.1

Effekten af offentlige udbud på transaktionsomkostninger kan være flere. På den ene side kan kravene om at bruge den samme procedure igen og igen føre til lavere transaktionsomkostninger i takt med, at proceduren bliver repetitiv. Retningslinjerne tvinger ordregiverne til at agere rationelt i kontraktprocessen ved at foreskrive, hvilke faktorer de skal være særligt opmærksomme på og få dem til at efterkomme et eftersøgningsforløb for at afdække det bedste tilbud. Uden klare retningslinjer vil det være sandsynligt, at forskellige enheder inden for det offentlige vil designe deres egne rammer for indkøb, hvilket vil resultere i at omkostninger ved at designe disse procedurer vil blive duplikeret. Dette er også til fordel for tilbudsgiverne, da erfaring med at afgive tilbud hos en ordregiver kan overføres til efterfølgende tilbud ved andre ordregivere. Erfaring, som i højere eller lavere grad, vil være spildt, hvis ordregiverne havde forskellige procedureregler. På den anden side kan de ret omfattende retningslinjer, som findes i forhold til offentlige udbud, også medføre ekstra transaktionsomkostninger, da det kan blive mere omkostningstungt for tilbudsgivere at

fremskaffe de nødvendige oplysninger.<sup>85</sup>

Ifølge Victor P. Goldberg er køberen, dvs. ordregiveren, i en præ-kontraktuel budprocedure<sup>86</sup> ikke kun interesseret i prisen på det han skal erhverve sig, men også i at tilegne sig information om produktet og videregive information. En udbudsprocedure virker i den forstand som en måde til at transmittere information mellem ordregivere og tilbudsgivere. I den simpleste form er det en procedure til at videregive og indhente priser. I takt med at kontraktens genstand bliver mere kompliceret, vil parametret pris dog blive mindre interessant, og må stå i skyggen af de yderligere parametre, der bliver efterspurgt og udbudt.<sup>87</sup>

Hvis man kun kigger på pris som parameter i en udbudsprocedure, vil køberen komme til den beslutning, at det er mest efficient at lade sælgerne komme til ham. På denne måde vil søgeomkostningerne for køberen kun bestå af omkostningerne ved at opfordre sælgere til at afgive tilbud og til at evaluere disse tilbud. Derudover kan der være indirekte omkostninger, hvis de forventede omkostninger for tilbudsgiverne ved at afgive et tilbud, er mindre end den forventede fortjeneste. I dette tilfælde vil køberen også være nødt til at bære nogle forberedende udgifter til at gøre udbuddet mere gennemskueligt og derigennem mindre omkostningstungt at tilrettelægge tilbud for tilbudsgiverene.

Som sagt bliver det mere kompliceret, hvis der bliver efterspurgt på andre mere kvalitative parametre end pris. Som f.eks. kvalitet. I de tilfælde, hvor køberens ønskede kombination af pris og kvalitet kan kommunikeres nøjagtigt, vil tilbudsgiverne sammensætte deres tilbud på en sådan måde, at de maksimerer deres forventede fortjeneste. For at gøre dette er de dog nødt til at tilnærme deres bud med den ønskede kombination af parametre, hvorved køberens udbytte også bliver tilnærmelsesvis maksimeret. På denne måde adskiller dette scenario sig ikke nævnligt fra scenarioet overover, hvor pris er det eneste parameter.<sup>88</sup> Hvis derimod den

---

<sup>85</sup>Ringa Raudia "Law and Economic Analysis of the Estonian Public Procurement Act" s.207ff.

<sup>86</sup>Victor P. Goldberg artikel "Competitive Bidding and the Production of Precontract Information" handler om omkostningerne ved bud på franchise-produkter. Man må dog antage, at det langt hen af vejen er de samme overvejelser, der skal gøres om der tales om private eller offentlige udbud.

<sup>87</sup>Victor P. Goldberg "Competitive Bidding and the Production of Precontract Information" s. 250

<sup>88</sup>Victor P. Goldberg "Competitive Bidding and the Production of Precontract Information" s. 252

ønskede kombination af pris og kvalitet ikke kan kommunikeres nøjagtigt ud til de potentielle sælgere, vil omkostningerne dog være endnu højere. Et sådan tilfælde kan ofte forekomme ved offentlige udbud. Som oftest ved ordregiveren ikke præcist hvad markedet kan tilbyde, som kan tilfredsstille det som ordregiveren efterspørger. Derved er de ikke i stand til fuldt ud at kommunikere hvad der efterspørgeres, hvilket betyder, at de er nødt til at formulere deres krav mere bredt. Dette resulterer i, at der skal bruges flere omkostninger til at præcisere, hvad der rent faktisk bliver efterspurgt. På tilbudsgivernes side vil bredere formuleret krav også give flere muligheder for alternative leveringsmuligheder, som kan øge antallet af tilbudsgivere og derigennem de samlede omkostninger.

### **Transaktionsomkostninger ved miljø eller sociale tildelingskriterier 3.2.2**

Uden at dykke dybere i de argumenter som Goldberg fremfører i sin artikel, vil jeg her nøjes med at konstatere, at tilføjelsen af et hvilket som helst parameter udover pris vil forhøje transaktionsomkostningerne. Denne forhøjelse vil afhænge af kompleksiteten af det efterspurgte, jo mere kompleks jo højere omkostninger. Tildelingskriterier der forfølger beskyttelse af miljøet, eller sociale hensyn er ingen undtagelse til dette, og vil oftest være af en mere kompliceret art end f.eks. kvalitet som i eksemplet ovenover. Samtidig er offentlige ordregivere sandsynligvis ikke specielt erfarne til beskrive sådanne kriterier, da det ikke lægger inden for deres ekspertise, hvilket vil være med til at forøge kompleksiteten og derved transaktionsomkostningerne.

### **Corporate social responsibility 3.3**

Et element, som oftes overses eller undervurderes af virksomheder generelt og i forhold til at vinde offentlige kontrakter, hvor sociale klausuler indgår, er effekterne af corporate social responsibility, som på dansk oversættes til virksomheders sociale ansvar og som i folkemunde kaldes CSR. CSR handler i bund og grund om, at virksomheder i deres ageren handler på en samfundsmæssig ansvarlig måde. Dette kan ske ved at bruge miljøvenlige komponenter i produktionen, ved at fremme sociale vilkår på arbejdspladsen, ved at tage et socialt ansvar i sit nærområde, eller for denne gennemgang særligt relevant, ved at have en ansættelsespolitik som fokuserer på at få personer, som står uden for arbejdsmarkedet, ind igen. Indtoget af sociale klausuler i offentlige udbud kan i den sammenhæng anses for at være et middel til at få



virksomheder til at påtage sig CSR. At en virksomhed påtager sig et socialt ansvar har selvfølgelig nogle omkostninger, men hvad mange virksomheder overser er, at der også er fordele forbundet med CSR, og disse fordele nemt kan overskygge udgifterne. I det følgende vil nogle af disse fordele gennemgås.

Efter en gennemgang af shareholder-teorien, det teoretiske udgangspunkt for CSR, vil effekter af CSR på virksomheder blive gennemgået gennem en række undersøgelser, der har målt effekten. Dette gør forhåbentligt, at mikroøkonomien bliver revet lidt ud af dens teoretiske leje, og derigennem skulle læsningen blive mere interessant. Samtidig skal man også huske, at mikroøkonomien er meget teoretisk og altid arbejder ud fra en slags steriliseret laboratoriumsmiljø, hvor de forskellige teorier kun fungerer inden for afgrænsede områder. I den virkelige verden vil der altid findes markedsfejl eller andre former for eksternaliteter, som teoretisk ikke kan overskues indenfor disse rammer. Derfor er eksempler fra den virkelige verden interessante for, at kunne iagttage om, hvorvidt teorien nu engang også har praktisk værdi. Man skal også huske på, at opfattelsen af hvad der er moralsk og etisk rigtigt, kan variere fra land til land. Da de undersøgelser, som jeg hovedsagligt benytter mig af stammer fra USA, vil der i den sidste del være en gennemgang af CSR tilstanden i danske virksomheder ud fra danske undersøgelser.

### **Shareholder-teorien 3.3.1**

Friedman doktrinen, stockholderteorien eller også kendt som shareholder-teorien kan betegnes som værende udgangspunktet for CSR. Dette er ikke fordi CSR bygger på denne teori. Tværtimod. Friedman doktrinen er med sin neoklassiske økonomiske tilgang til virksomheden og det ansvar denne har overfor sin omverden, nærmest det diametralt modsatte af hvad CSR er står for. Men ud fra enhver tese udspringer en antitese, og som modsvar på Friedman doktrinen kom stakeholder teorien. Denne sidstnævnte teori har dannet grundlaget for CSR, som vi kender det i dag.

Milton Friedman skrev i 1970 artiklen "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits", hvor han tog et opgør med, hvad han kaldte (egen oversættelse) "*ren og skær socialisme*". Baggrunden for dette var, at han mente, at forretningsmændene bag virksomhederne led af en vrangforestilling, når de ytrede, at

de ikke kun havde til ansvar at opnå profit, men også skulle forfølge mere sociale mål, som f.eks. at modarbejde diskrimination, skabe arbejdspladser eller fjerne forurening. Som navnet på Friedmans artikel indikerer, var det eneste sociale mål, som virksomheder skulle forfølge, at skabe profit. Friedman mente, at hele diskussionen i forhold til, om virksomheder har et ansvar er absurd. Lettere filosofisk mente han, at mennesker har et ansvar, men virksomheder er ikke mennesker, men derimod kunstige personer. Derfor har virksomheder også kun et kunstigt ansvar. Ledere i virksomhederne har kun et direkte ansvar, hvilket er overfor deres arbejdsgivere, dvs. aktionærene. Dette betyder, at lederne skal tilpasse deres adfærd i overensstemmelse med aktionærenes ønsker, indenfor grænserne af det juridiske og etiske regelsæt på området. Og aktionærer ønsker generelt, at tjene penge på deres investering, hvorved ledernes primære ansvar er profitmaksimering.<sup>89</sup>

Lederne er dog kun mennesker, hvorved de også har et socialt ansvar. Dette betyder, at der vil opstå et principal-agent problem<sup>90</sup> mellem lederne og aktionærene. Lederne vil bruge penge på sociale formål, som ikke er i aktionærenes interesse eller for den sags skyld i kundernes eller medarbejdernes interesse, da pengene jo skal komme et sted fra, og dette er ud af lommerne på alle tre parter. Dette er fordi lederne kun forfølger et specifikt socialt formål. Hvis aktionærene, kunderne eller arbejdstagerne vil støtte dette formål, vil de hver især kunne gøre dette ved selv at give pengene direkte til formålet. Friedman sammenligner dette med, at lederne pålægger de forskellige interessenter en skat, og derefter selv vælger det formål, som skatten skal bruges til. Dette skal ikke være ledernes rolle, da de politiske systemer er sat i verden for at varetage denne rolle. Lederne påtager sig således klæderne fra de folkevalgte politikere, selvom de i virkeligheden er valgt af en mere specifik gruppe, nemlig aktionærene.<sup>91</sup>

Friedman afviser ikke, at virksomheder ved, at påtage sig et socialt ansvar, kan opnå langsigtet fordele, ved f.eks. at investere i lokalmiljøet. Han mener dog, at det i sidste ende er, hvad han kalder "window-dressing", dvs. en måde at skjule noget bag et pænt

---

<sup>89</sup>Milton Friedman "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits" s. 1?

<sup>90</sup>Principal-agent teorien går kort fortalt ud på, at de ansatte agenter interesser kolliderer med deres arbejdsgivere (principalen). Dette gør at agenten ikke har et tilstrækkeligt incitament til at varetage principalens interesser. Se mere om emnet i litteraturen.

<sup>91</sup>Milton Friedman "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits" s. 2?

ydre. Således anser han det for at være en form for bedrageri.

### **Stakeholder-teorien 3.3.2**

Shareholder teorien stod i en årrække nogenlunde uanfægtet hen, hvilket resulterede i, at aktionærerne fik tildelt rettigheder på bekostning af andre grupper fra virksomhedernes side. I 1984 kom der dog et modsvar med R. Edward Freeman's bog "Strategic Management: A Stakeholder Approach". Freeman argumenterede for, at der udover aktionærerne også var andre grupper, som havde et krav på rettigheder, da virksomhederne potentielt set også kunne gavne eller skade disse grupper. Virksomhederne havde således ikke kun et ansvar overfor aktionærerne, men også overfor andre grupper, der kunne risikere (på engelsk:stake) noget i forhold til virksomheden. Dette er stakeholderne. En gruppe, som består af f.eks. leverandører, medarbejdere, kunder, lokalsamfundet og selvfølgelig aktionærer. Freeman mener således, at da disse grupper af interessenter alle har noget på spil i forhold til virksomhedens gørem, skal de også alle deltage i fastlæggelsen af virksomhedens fremtidige ageren.

Freeman fremfører to argumenter for, hvorfor shareholder teorien er forkert, og stakeholder teorien derved er rigtig. Det første er bygget på den lovmæssige udvikling. Ifølge selskabslovgivning skal en virksomhed primært ledes i dets aktionæres interesser, men dog kun så længe det er inden for rammerne af den resterende lovgivning. Dette har ikke haft den store betydning på tidspunktet, hvor Friedman formulerede sin teori, da lovgivningen på det tidspunkt kun i mindre grad lagde restriktioner på virksomhedernes frihed til at agere i forhold til aktionærernes interesser. Senere hen har lovgivningen dog begrænset denne frihed væsentlig gennem f.eks. love om forbrugerbeskyttelse, bekæmpelse af forurening og rettigheder til medarbejderne. Freemans argument er, at denne udvikling i lovgivningen illustrerer, at en virksomhed ikke kun skal ledes i aktionærernes interesse, men med alle de involveredes interessenter for øje.<sup>92</sup>

Dette argument er efter min mening dog ikke videre heldigt. Som jeg fortolker Friedmans argumentation, handler det ikke så meget om, hvordan lovgivningen er,

---

<sup>92</sup>R. Edward Freemann "Stakeholder Theory of the Modern Corporation" s.39ff

men mere om hvordan lederne i virksomhederne agerer. Virksomhederne skal agere på markedet med profit for øjet, da det er i aktionærernes interesse. Dette skal dog gøres inden for rammerne af lovgivningen. Hvis der er lovgivning på området, der kræver, at virksomhederne skal tage hensyn til andre interessenter, så skal virksomhederne selvfølgelig agere i henhold til dette. Dette betyder ikke, at virksomhederne ikke handler i aktionærernes interesse mere, der er bare begrænsninger på, hvorledes de kan agere. Som Friedman formulerede det, var det ikke ledernes opgave at agere som politikere, dvs. at agere som lovgivere. Ledernes ekspertise består i at lede virksomhederne, og dette skal selvfølgelig gøres indenfor rammerne af lovgivningen. At lovgivningen begrænser, hvorledes virksomhederne kan ledes, har intet at gøre med i hvis interesse virksomhederne rent faktisk ledes. Det er derimod en følge af et andet principal agent forhold. Nemlig forholdet mellem vælgere og politikere. At der så kan være et behov for at regulere, og derved begrænse virksomhedernes handlefrihed er en helt anden sag.

Freemans andet argument, som jeg er fuldt ud enig i, er af en mere økonomisk karakter og bygger på kritik af det klassiske økonomiske begreb, den usynlige hånd. Doktrinen om den usynlige hånd hævder, at der ikke er behov for lovgivningsmæssig indgriben på et frit marked, og at en sådan indgriben kun vil gøre skade. Ifølge doktrinen vil markeds kræfterne sørge for at regulere markedet, så det højeste antal goder vil være til fordel for det størst antal personer. Doktrinen tager dog ikke højde for en række markedsfejl, som f.eks. eksternaliteter og free-rider problemet. Freemans argumentation bygger her på det økonomiske dilemma "The Tragedy of the Commons". Ifølge dette er der ingen, som har et tilstrækkeligt incitament til at pådrage sig ansvar i forhold til offentlige goder som vand og luft. Dette illustreres bedst i tilfælde af forurening, hvor ingen virksomheder har et tilstrækkeligt incitament til at ryde op efter egen forurening eller til at investere i ikke-forurenende teknologi, da den marginale fortjeneste af en enkelt virksomheds ageren er for lille i forhold til helheden. Da alle virksomheder kommer frem til dette resultat, er der ingen af dem, som gør noget ved problemet, hvilket resulterer i, at forureningen vil foregå uhindret. Dette betyder i sidste ende, at et problem, som er skabt af de få, skal løses af samfundet som helhed gennem skatter og regulering.<sup>93</sup> På baggrund af disse to argumenter,

---

<sup>93</sup>Edward Freeman "Stakeholder Theory of the Modern Corporation" s.41

mener Freeman, at shareholder-teorien er forkert.

Geoffrey Heal fastslog i hans artikel fra 2005 "Corporate Social Responsibility: An Economic and Financial Framework", at næsten alle konflikter mellem virksomheder og samfundet kan spores tilbage til to årsager. Enten uoverensstemmelser mellem private og sociale omkostninger og fordele eller forskellige opfattelser af hvad, som er fair.<sup>94</sup>

I forhold til uoverensstemmelser mellem private og sociale omkostninger, kan eksemplet som også nævnes ovenover i sammenhæng med dilemmaet "The Tragedy of the Commons". Forurening er således privat omkostning, der bliver eksternaliseret videre til samfundet som en helhed. Frisk luft har således en højere værdi for samfundet som en helhed, end det har for virksomheden, hvorved samfundet også vil have, at virksomhederne forurener mindre end virksomhederne finder profitabelt. Lovgivning, forskellige myndigheder og NGO'er kan i den sammenhæng anses for at være systemer, der er sat i verden for at gøre virksomhederne opmærksomme på, hvad de sociale omkostninger af deres aktiviteter fuldt ud er, og som forsøger, at presse dem til at internalisere disse omkostninger, som om de var private.<sup>95</sup>

Rollen for CSR er således at forudse og minimere konflikter mellem virksomheder og dets interessenter. Midlet til dette er at tilpasse forskelle i de private og i de sociale omkostninger, hvis dette er problemet, og hvis der er tale om forskellige opfattelser af, hvad der er fair, at minimere potentielle konflikter før de opstår. Heal oplister følgende 6 fordele<sup>96</sup> som kan forbindes med CSR, hvoraf 3 af dem vil blive gennemgået nærmere efterfølgende.

- (1) Risiko styring. Ved at løse potentielle konflikter mellem virksomheden og de forskellige interessenter i samfundet, som i sidste ende kan lede til negativ virkning på virksomhedens indtjening og føre til tabte markedsandele til konkurrenter.
- (2) Mindre resourcespild. Ofte overset af virksomhederne da der ofte er tale om en reducere af ikke målbare omkostninger. Undersøgelser af forskellige virksomheder viser dog, at en reducere af skadelig udledning, som f.eks. forskellige former for

---

<sup>94</sup> Geoffrey Heal "Corporate Social Responsibility: An Economic and Financial Framework" s. 389

<sup>95</sup><http://www.business.dk/digital/apples-kinesiske-ansatte-bliver-udnyttet>

<sup>96</sup> Geoffrey Heal "Corporate Social Responsibility: An Economic and Financial Framework" s. 394ff.

forurening, kan føre til væsentlige besparelser.

(3) Beskyttelse mod regulering. Ved at have et grønt eller socialt rygte vil det være nemmere for virksomheder at navigere i industrier, som er stærkt reguleret eller at komme ind på markeder, som er meget reguleret eller som er særligt overvåget af NGO'er.

(4) Brandværdi. CSR kan hjælpe til at styrke en virksomheds brand. Socialt ansvar er påskønnet af samfundet og derfor selvfølgelig også af forbrugerne. Bliver gennemgået nærmere i næste afsnit.

(5) Medarbejder produktivitet: Som forbrugerne påskønner også virksomhedens medarbejdere, at der tages socialt ansvar og som en følge deraf bliver de stolte af at arbejde for virksomheden. Dette gør det nemmere at fastholde de bedste medarbejdere og at tiltrække kvalificeret arbejdskraft, i nogle tilfælde endda til lavere løn end ellers. Bliver nærmere gennemgået nedenunder.

(6) Kapitalomkostninger: Ved at få de private omkostninger på niveau med de sociale omkostninger regnes virksomheder for mindre risikofyldte, da der er mindre risiko for konflikter med de forskellige interessentgrupper. Derved er det nemmere for virksomheden at skaffe kapital gennem lån eller på aktiemarkedet. Bliver nærmere gennemgået nedenunder.

### **Corporate Social Responsibility defineret 3.3.3**

Før vi undersøger nærmere, om der er empirisk belæg for, om de nævnte fordele også viser sig i den virkelige verden, vil det dog være fornuftigt at definere CSR. Det lader sig ikke gøre, at finde en almindelig accepteret definition, da der inden for feltet ikke er enighed om denne. Ud fra et teoretisk synspunkt er CSR bl.a. blevet defineret som, hvorledes virksomheder administrerer forretningsprocesserne til at frembringe en samlet positiv effekt på samfundet. En mere forretnings- og praktisk orienteret definition, som her er formuleret af Novo Nordisk, er (egen oversættelse) ”Socialt ansvar for Novo Nordisk handler om omsorg for mennesker. Dette gælder i forhold til vores medarbejdere og til de mennesker hvis sundhedsbehov, vi servicerer. Det er også at tage hensyn til den påvirkning, som vores virksomhed har på det globale samfund og på lokalsamfundet. Hvad det angår, så er socialt ansvar mere end en dyd – det er en forretnings nødvendighed.”<sup>97</sup> Begge disse definitioner afspejler at socialt

---

<sup>97</sup>Nada K. Kakabadse ”Corporate social responsibility and stakeholder approach: a conceptual review s.281ff.

ansvar udspringer af en moralsk og etisk diskurs. CSR er dog mere end ren moral og etik, der er også en forretningsmæssig dimension over det, hvilket Novo Nordisk også indirekte siger, når de påpeger, at "Det er mere end en dyd, det er en forretningsmæssig nødvendighed."

CSR har en række karakteristika, som det er hensigtsmæssigt at fremhæve for at forstå, hvad konceptet indebærer. For det første indebærer CSR idéen om, at en virksomhed har et ansvar overfor dens diverse interessenter, som beskrevet i afsnittet ovenover. Det andet karakteristika er, at CSR går udover, hvad der forventes igennem lovgivning. At følge loven kan ikke siges at være socialt ansvarligt, det er krav fra samfundets side. Dette fremgår også indirekte af Den Europæiske Kommissions definition. Denne er "et koncept, hvor virksomhederne frivilligt integrerer sociale og miljømæssige hensyn i deres forretningsaktiviteter og i deres interaktion med deres interessenter"<sup>98</sup> CSR er implicit at tilkendegive at virksomheden frivilligt overholder visse etiske standarder - i modsætning til rent økonomiske eller juridiske standarder. Sidst, men ikke mindst, så er CSR kendetegnet ved, at der er tale om en langsigtet økonomisk gevinst, som ikke nødvendigvis er økonomisk målbar, men som kan give et redskab i forhold til fremtidig profit.<sup>99</sup> Som sagt er de to definitioner af CSR meget etisk og moralsk præget, men i sidste ende er CSR også et middel til at skabe profit. Med hensyn til hvilken definition CSR skal have, vælger jeg derfor en mere forretningsorienteret definition, således defineres det som "Interaktionen mellem virksomheder og deres interessenter, som gør at virksomhederne går ud over, hvad der kræves gennem lovgivningen i forhold til socialt ansvar for derigennem at opnå en langsigtet strategisk fordel."

## **Fordele ved CSR 3.4**

### **CSR og brandværdi 3.4.1**

I en verden der stadig bliver mere og mere globaliseret, er det nødvendigt for virksomheder, at kunne differentiere sig positivt fra sine konkurrenter. Dette kan gøres på en masse forskellige parametre, hvoraf pris og kvalitet er de mest normale. En anden måde af differentiere sig på, er ved at skabe et stærkt image eller brand, hvortil et stærkt socialt ansvar kan være en primus motor til at opnå dette. Der er således

---

<sup>98</sup>KOM(2011)681 s.4

<sup>99</sup>Nada K. Kakabadse "Corporate social responsibility and stakeholder approach: a conceptual review s.283ff.

empirisk bevis på, at industrielle købere ikke kun fokuserer på de håndgribelige parametre, pris og kvalitet, når de skal beslutte sig for, hvad der skal indkøbes. Også mere uhåndgribelige karakteristika som tillid, brand association, leverandør rygte og overordnet image tæller med i denne beslutning.<sup>100</sup>

Også i forhold til forbrugere har undersøgelser fundet frem til en positiv korrelation mellem brugen af CSR og forbrugernes opfattelse af en virksomhed og dens brand. Se f.eks. Tom J. Brown "The Company and the Product: Corporate Associations and Consumer Product Responses", som fandt et positivt forhold mellem virksomheders brug af CSR og forbrugernes evaluering af nye produkter, og Isabelle Maignan "Corporate Citizenship: Cultural Antecedents and Business Benefits" som finder et positivt forhold mellem virksomheder som påtager sig et socialt ansvar og forbruger loyalitet.<sup>101</sup> Andre undersøgelser viser, at forbrugerne ligefrem forventer af virksomhederne, at de påtager sig et socialt ansvar, og derigennem løser de sociale problemer, som er forbundet med de produkter, som de sælger.<sup>102</sup> Der er endvidere empirisk bevis på, at forbrugere i en indkøbssituation rent faktisk lægger vægt på om en virksomhed er socialt ansvarlig og faktisk vil betale mere for sådanne virksomheders produkter. Samtidig vil de betale mindre for produkter af virksomheder, som de anser for at være socialt uansvarlige end virksomheder, som de er indifferente overfor.<sup>103</sup>

Man kan sige at stakeholderne har en tre-delt rolle i forhold til virksomhederne. 1) Det er stakeholderne, som er årsagen til de forventninger, som udgør ønskværdig eller uønskværdig drift. 2) Det er stakeholderne, som bliver udsat for virksomhedernes gerninger. 3) Stakeholderne evaluerer om virksomheden har levet op til deres forventninger og hvorledes virksomhedens ageren har påvirket andre grupper.<sup>104</sup> Ud fra dette kan man også konkludere, at stakeholderne vil belønne virksomhederne for imødekomme eller endda overstige de forventninger, som de nu engang har til

---

<sup>100</sup>Chi-Shiun Lai "The Effects of Corporate Social Responsibility on Brand Performance: The Mediating Effect of Industrial Brand Equity and Corporate Reputation" s. 457

<sup>101</sup>Se også Isabelle Maignan "Corporate citizenship as a marketing instrument: Concepts, evidence and research directions" som evaluerer på tidligere undersøgelser om forholdet mellem SCR og forbrugere.

<sup>102</sup>John A. Quelch "Can Corporate Social Responsibility Survive Recession?" s. 38

<sup>103</sup>Elizabeth H. Creyer "The influence of firm behavior on purchase intention: do consumers really care about business ethics?" s. 428

<sup>104</sup>Donna J. Wood "Stakeholder Mismatching: A Theoretical Problem in Empirical Research on Corporate Social Performance" s. 231



virksomhederne. Jo mere en virksomhed viser, at de handler i stakeholdernes interesse, jo mere vil disse belønne virksomheden.

### **CSR og medarbejderproduktivitet 3.4.2**

Dette afsnit bygger på den antagelse, at en medarbejders produktivitet er forbundet med, hvorledes han identificerer sig selv med den virksomhed som han arbejder for. Når en medarbejders selvopfattelse indeholder de samme attributter, dvs. hvad han opfatter som karakteristisk, centralt og vedholdende, som de han bruger til at beskrive sin virksomheds identitet, vil der opstå hvad man kan kalde en organisatorisk identitet. Jo mere medarbejderens selvopfattelse passer med hvordan han opfatter virksomheden, jo stærkere er hans organisatoriske identitet. Medarbejderens velvære og opførsel er også direkte påvirket af hvilke attributter de tilskriver sig selv og hvilke de tror omverden tilskriver deres virksomhed. Således vil man være stolt af at være en del af virksomhed, som står for det man selv står for. På samme måde vil man være stolt, hvis man tror at omverden opfatter virksomheden på en positiv måde, da dette reflekterer tilbage på medarbejderen. Dette kan føre til en stærkere korpsånd. Når medarbejderne oplever, at deres arbejdsgiver har forpligtiget sig til at være socialt ansvarlige, er det mere sandsynligt, at de bevidst gør en indsats for at samarbejde med andre medarbejdere. Modsat kan en medarbejder i en virksomhed, som han ikke føler lever op til hans etiske standarder eller som han tror samfundet ser ilde på, have negativ virkning på ham. Det kan føre til stress eller depression og kan påvirke arbejdsindsatsen negativt.<sup>105</sup> En nyere undersøgelse viser, at medarbejdere i virksomheder der udøver CSR er mere stolte af deres tilhørsforhold til virksomheden, end medarbejdere i andre virksomheder.<sup>106</sup> En naturlig reaktion på at have et tilhørsforhold og være stolt af sin virksomhed er selvfølgelig, at det er lettere at holde på dem og at medarbejderne er villige til at give mere af sig selv.

CSR kan også være et virkemiddel til at tiltrække kvalificeret arbejdskraft. Flere undersøgelser peger på at virksomheder, der benytter CSR, er mere attraktive for potentielle ansøgere og at disse aktivt vil forfølge job i sådanne virksomheder. CSR kan således være en konkurrencemæssig fordel for virksomheder i forhold til andre

---

<sup>105</sup>Jane E. Dutton "Organizational Images and Member Identification" s. 239-240

<sup>106</sup>David A. Jones "Why are Job Seekers Attracted to Socially Responsible Companies? Testing Underlying Mechanisms" s. 5

virksomheder i kampen om kvalificeret arbejdskraft.<sup>107</sup> En af grundene til dette kunne være at ansøgere, som har et stærkt moralsk kompas helst vil arbejde for virksomheder som udstråler, at de tager et socialt ansvar. Hvilket relaterer sig til den samme diskussion som ovenover.

En anden teori kunne være, at jobsøgerne anser brugen af CSR som en form for signalering. Tanken er her at de potentielle medarbejdere ikke besidder nok viden omkring virksomhederne, f.eks. i forhold til hvordan den behandler sine ansatte. For at kompensere for denne manglende viden, indsamler og analyserer jobsøgerne alt den viden de kan om virksomheden for at bedre danne sig et helhedsbillede. CSR er jo som sagt en måde, hvorpå en virksomhed signalerer at den er socialt ansvarlig, hvorved et logisk ræsonnement ville være virksomheder som praktiserer en form for CSR også er socialt ansvarlige overfor deres medarbejdere og derved har et godt arbejdsmiljø.<sup>108</sup>

### **CSR og kapitalomkostninger 3.4.3**

Hvor der er et klart empirisk grundlag for at CSR kan skabe merværdi for en virksomhed gennem en øget brandværdi og øget medarbejderproduktivitet, er det mere usikkert om CSR også har en positiv effekt på en virksomheds kapitalomkostninger, dvs. virksomhedernes omkostninger, når de skal anskaffe kapital, f.eks. igennem lån eller investorer.

Hvad der dog virker til at være tvivl om, er at selskaber, der deltager i socialt uacceptabelt adfærd også i et vist omfang skræmmer investorer væk. Således fandt en undersøgelse<sup>109</sup> af såkaldte sin-stocks, dvs. aktier fra firmaer, som producerer produkter, der menes at være skadelige for samfundet, f.eks. tobak og alkohol, at investorer i en vis grad holdt sig fra disse aktier. Dette var fordi, investorerne anså det for at udgøre en større usikkerhed forbundet med at investere i disse, da der var større risiko for at virksomhederne bag aktierne ville blive udsat for sagsanlæg fra stakeholder grupper. Særligt fandtes det at institutionelle investorer skyede fra købe

---

<sup>107</sup>Daniel W. Greening "Corporate Social Performance As a Competitive Advantage in Attracting a Quality Workforce" s. 276

<sup>108</sup>Se f.eks. Daniel W. Greening "Corporate Social Performance As a Competitive Advantage in Attracting a Quality Workforce" s. 258-260

<sup>109</sup>Harrison Hong "The price of sin: The Effects of Social norms on markets"

aktier fra disse sin-stock virksomheder. En begrundelse for dette pegede undersøgelse dog ikke på, men en gæt kunne være, at da disse investorer ofte investerer andres penge, som f.eks. i pensionsfonde, føler de også et pres til at investere i virksomheder, som ikke er socialt ilde set, da deres kunder så vil flytte deres penge over til andre investorer, som passer bedre ind i det selvbillede som kunderne har af hvad der er etisk og moralsk rigtigt. Dette er dog ikke et direkte bevis for, investorer er mere tiltrukket af aktier i virksomheder, der viser socialt ansvar, men det illustrerer dog, at hvis virksomheder på en eller anden måde handler imod hvad, der samfundsmæssigt anses for moralsk og etisk rigtigt, vil investorerne straffe dem for dette.

Et logisk ræsonnement, i forhold til f.eks. undersøgelserne nævnt i afsnittet om brandværdi, vil være, at virksomheder, der praktiserer CSR, vil have større aktionærgrundlag, af den grund, at flere mennesker i samfundet vil støtte op om socialt ansvarlige investeringer, da de føler et større tilhørsforhold til disse virksomheder. Samtidig vil en forenelse med en virksomheds og samfundets værdigrundlag medføre en mindre risiko for at førstnævnte vil komme i konflikter, der kan give tab.

I en undersøgelse<sup>110</sup> omhandlende virksomheders evne til at optage banklån, fandt forfatterne en forbindelse mellem CSR og bankers villighed til at låne penge, men kun af en mindre økonomisk betydning. Selv om CSR således havde betydning, var det sekundært i forhold til andre forhold, hvor særligt virksomhedens kreditværdighed var relevant. Således var bankerne indifferente overfor om kreditværdige virksomheder benyttede CSR eller ikke. For virksomheder, der ikke ansås for kreditværdige havde CSR en større betydning. Bankerne anså CSR problemstillinger for en risiko og straffede virksomheder, der ikke varetog deres stakeholder-grupperes interesser tilstrækkeligt med en højere rente. Modsat straffede bankerne også virksomheder, der overinvesterede i CSR med en højere rente. Dette begrundede forfatterne med, at bankerne besidder en del insider-viden om forholdene i de virksomheder, som de låner til, og derfor kan vurdere om det er værdiskabende CSR, eller om der bare er tale om leflen for stakeholdergrupperne.

---

<sup>110</sup> Allan Goss "The impact of social responsibility on the cost of bank loans"

Personligt vil jeg komme med det postulat, at effekten af CSR i en vis grad også afhænger af den økonomiske tilstand i samfundet generelt. Således vil der når det kører godt for samfundet, og derved for den enkelte person, være et større overskud fra forbrugerene, både mentalt og økonomisk, til at investere i bæredygtige produkter. Det gælder både som forbruger og som investor. Samtidig vil det i den omvendte situation, som i en økonomisk krise som vi står i nu, være mindre villighed til at investere socialt ansvarligt. Det kan godt være, at jeg som samfundsindivid, føler at virksomheder ikke handler socialt ansvarligt, men hvis det at investere i sin-stocks kan gøre, at investering i disse kan sikre min fremtid, vil jeg se gennem fingre med, at min pensionfond investerede i disse. Mennesker vil i første instans forsøge, at dække sine basale behov, før de vil dække mere identitetsskabende behov, som at være en god verdensborger.

#### **Omkostninger ved CSR 3.4.4**

Som ovenstående forsøger at belyse, er der en række fordele ved CSR, men der er dog også omkostninger forbundet med at være en social ansvarlig virksomhed. Først og fremmest er der omkostningerne ved at oprette et CSR-projekt. En virksomhed, som vil forurene mindre, skal f.eks. investere i renere, men også dyrere energi eller filtre på deres skorstene. Virksomheder, der vil engagere sig menneskerettigheder, skal også investere penge om det så er fordi de vil betale deres medarbejdere i ulande en højere timeløn eller om de opstarter et humanitært projekt.

Derudover er der omkostninger forbundet med at opnå opmærksomhed omkring CSR aktiviteterne. Som sagt er CSR ikke udelukket filantropi, men også i høj grad et redskab til at opnå en fordel på længere sigt. For at opnå disse fordele er det dog nødvendigt, at stakeholderne får kendskab til det sociale ansvar, som virksomheden påtager sig. Derfor er det nødvendigt for virksomhederne at gøre reklame for deres aktiviteter for at opnå den højeste effekt. Det skal dog samtidig fremhæves, at lige som SCR er en strategi, som har effekt over længere tid, så er det også en investering, der skal holdes ved lige. Således er der undersøgelser, der viser at forbrugere vil anse CSR-projekter, som bliver afsluttet tidligt, som f.eks. et markedsting-stunt, hvilket vil resultere i negativ feed-back fra kunderne.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup>Se John A. Quelch "Can Corporate Social Responsibility Survive Recession?"

Endeligt skal også offeromkostningerne nævnes. Som altid vil en omkostning brugt på et projekt betyde, at de penge ikke kan bruges på anden vis. Dette vil derfor også gøre sig gældende, når man investerer i CSR. Det vil endda kunne argumenteres for, at de bånd man pålægger sin virksomhed ved at påtage sig et socialt ansvar gør, at man ikke kun har offeromkostningerne, ved den umiddelbare investering, men også i forhold til fremtidige projekter. Dette hænger specielt sammen med, at CSR gavner over længere sigt, og derfor også er en langsigtet investering, som virksomheden er forpligtiget til at være fuldt ud engageret i, da f.eks. kunderne ellers vil anse det for et markedsføringsstunt og straffe dem ved at bruge konkurrenternes produkter i stedet. At man er fuldt ud engageret i et projekt betyder også, at virksomheden efterfølgende ikke kan engagere sig i projekter, som strider mod den perception, virksomheden forsøger at formidle til stakeholder-grupperne. Sat lidt på spidsen kan man sige, at hvis en virksomhed proklamerede, at de ville tage et socialt ansvar, f.eks. ved at betale arbejderne på deres fabrikker i u-landene en fair løn, så ville det ikke hjælpe på opfattelsen af, at virksomheden var socialt ansvarlig, hvis det efterfølgende viste sig, at de brugte underbetalt børnearbejde på andre fabrikker. Hvis virksomhederne agerede sådan, ville forbrugerne og andre stakeholdergrupper anse det første projekt, som et reklamestunt og derigennem anse virksomheden for at agere falskt og beregnende overfor dem. På samme måde som hvis en virksomhed ikke tænker langsigtet med deres CSR projekter. Derfor er virksomhederne nødt til at engagere sig over tid og, som jeg vil mene, engagere sig fuldstændigt i den CSR profil, som de gerne vil opfattes som at have. Dette betyder offeromkostninger, både som den indledende omkostning, der er forbundet med det specifikke projekt, men også i forhold til, at man afskærer muligheden for at deltage i potentielt profitable projekter ud i fremtiden, for at opretholde profilen.

#### **Kommentarer til Fordele ved CSR 3.4.5**

Som ovenstående viser, er der tydelige empiriske beviser på, at stakeholder teoriens tese om at mindske konflikterne mellem virksomheder og deres interessenter, rent faktisk har reelle økonomiske fordele. Det er tydeligt i forhold til brandværdi og medarbejderproduktiviteten. I forhold til kapitalomkostninger er det dog ikke helt så tydeligt, og specielt i forhold til banklån er det kun af mindre betydning. Det er

sandsynligvis, fordi bankerne stadig arbejder ud fra shareholder-teorien og derfor er af den mening, at en virksomheds formål kun er at lave profit. Der er dog også omkostninger forbundet med CSR, som ovenstående viser, og at bedømme om det er omkostningerne eller fordelene ved CSR, der er størst, vil altid variere fra virksomhed til virksomhed og fra projekt til projekt. Der er dog ingen tvivl om, at CSR har potentialet til at skabe profit på langt sigt i de fleste tilfælde, som de gennemgåede undersøgelser hovedsageligt giver udtryk for. CSR skaber således goodwill blandt de forskellige interessenter, hvilket giver virksomhederne et ekstra parameter i forhold til deres konkurrenter.

### **Begrænsninger ved CSR 3.5**

CSR har som det fremgår af ovenstående, positive effekter på en virksomheds profit. Dette er selvfølgelig ikke gået virksomhedernes næser forbi, og mange virksomheder har også i mere eller mindre grad implementeret CSR i deres strategi. Dette er også tilfældet i Danmark, som det efterfølgende afsnit illustrerer. På trods af, at virksomheder verden over, har påtaget sig et socialt ansvar, og i højere grad har givet udtryk for, at de arbejder i deres interessenters interesse, bar den globale finanskrisen, som nåede sit højdepunkt i 2008, vidne om, at virksomheder i en vis grad stadig var styret af grådighed. Følgende citat fra Wayne Visser illustrerer problemstillingen "CSR has undoubtedly had many positive impacts, for communities and the environment. Yet, its success or failure should be judged in the context of the total impact of business on society and the planet. Viewed this way, as the evidence already cited shows, on virtually every measure of social, ecological and ethical performance we have available, the negative impacts of business have been an unmitigated disaster, which CSR has completely failed to avert or even substantially moderate."<sup>112</sup>. Denne fiasko, som Visser omtaler, kan direkte aflæses i den offentlige tiltro til forretningsverden. Således viser en undersøgelse fra The European Economic Advisory Group, udført på en gruppe af tilfældige personer, at fuld tiltro til banker, børsrådgivere, investeringsforeninger eller aktiemarkedet i slutningen af 1970'erne lå på 40%, mens den lige før finanskrisen lå på ca. 30% for derefter at falde til 5% efter finanskrisen. Når tiltroen til disse instanser forsvinder, vil finansieringen også forsvinde

---

<sup>112</sup>Fra Wayne Vissers kapitel "From the Age of Greed to the Age of responsibility" i bogen "Reframing Corporate Sociale Responsibility"

og økonomiske aktiviteter vil ophøre.<sup>113</sup>

Visser udpeger 3 faktorer, eller forbandelser som han kalder dem, som gør at CSR ikke kan blive succesrigt i den nuværende form. For det første har fødslen af total quality management (TQM) 1970'erne, som den amerikanske statistiker William Edwards Deming står fader til. En af grundstenene i TQM er kontinuerlige forbedringer. Omend dette ikke i sig selv er en dårlig ting, så er det i forhold til, at tage sig af de massive sociale- og miljøproblemer, der eksisterer i dag, en for langsom og en for lille i omfang tilgang til at tackle disse problemer. Den anden forbandelse er ifølge Visser, at virksomheder ikke engagerer topledelsen i CSR-aktiviteterne, hvorved CSR kun kan anses for at være en perifer aktivitet i virksomhederne. Visser mener desuden, at dette er tegn på, at virksomhederne ikke har været i stand til at se ud over en kortsigtet tilgang til indtægter, hvilket er i direkte modsætning til de langsigtede udsigter til profit, som kendetegner CSR.

Den sidste forbandelse er lige præcis spørgsmålet om profit. I nogle tilfælde kan en CSR-aktivitet godt afkaste en kortsigtet profit, f.eks. miljøvenlige elektricitetsbesparelser. Dette er dog i det store hele undtagelsen mere end reglen, og det er på igen måde alle CSR aktiviteter, der er profitable, i hvert fald ikke i en overskuelig fremtid. Dette gør at virksomhederne ikke går i kast med de CSR aktiviteter, som virkelig ville gøre en forskel, da de ikke anser det for profitabelt.<sup>114</sup>

Visser kommer derefter med, hvad han mener, kan være en løsning på disse forbandelser. Det er dog ikke en problemstilling, som i denne gennemgang vil blive udforsket yderligere. Formålet med denne opgave er således ikke at foreslå former for retslig regulering eller give råd i forhold til, hvordan virksomhederne skal agere. Derimod er formålet, at undersøge i hvilket omfang det nuværende regelsæt for offentlige udbud kan benyttes til at fremme sociale og miljø hensyn og i hvilken udstrækning, dette er nødvendigt. Derfor er det også tilstrækkeligt at fastslå de underliggende svagheder ved CSR, da der ikke kun findes en måde at modvirke disse.

### **Danske erfaringer med CSR 3.5.1**

I det følgende afsnit vil der bliver gennemgået en række undersøgelser omkring

---

<sup>113</sup>William Sun et al "Reframing Corporate Sociale Responsibility" s. 6f.

<sup>114</sup>William Sun et al "Reframing Corporate Sociale Responsibility" s. 242f.

danske virksomheders erfaringer med CSR. Dette er alle undersøgelser, som har målt hvor velintegreret CSR er i de danske virksomheder. Disse er valgt for at iagttage, om det er der et sundt CSR klima, der kendetegner de danske virksomheder, eller om det Vissers tre forbandelser, der har fået grobund?

Undersøgelser viser, at der i Danmark virker til at være en høj grad af fokus omkring socialt ansvar i virksomhederne. I en spørgeskemaundersøgelse<sup>115</sup> foretaget af The Copenhagen Centre blandt de 100 største virksomheder fra 2007 angav 70 af virksomhederne, at de havde en CSR profil. Dette tal stemmer pænt overens med en anden spørgeskemaundersøgelse foretaget af TNS Gallup for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 2005 foretaget blandt 2.840 små og mellemstore virksomheder. I denne undersøgelse svarede 3 ud af 4 virksomheder, at de havde iværksat CSR aktiviteter. Dette vidner om at CSR overordnet set har bidt sig fast i det danske erhvervmiljø.

I 2011 lavede Deloitte en undersøgelse<sup>116</sup> blandt omkring 250 virksomheder i størrelsesorden 200-250 ansatte, 251-500 ansatte og 500+ ansatte. Derudover deltog 10 af C20 virksomhederne, som blev grupperet for sig selv. Målet var at finde ud af i hvor høj grad CSR var forankret i virksomhederne, dvs., i hvor høj grad virksomhederne havde implementeret CSR i deres overordnede strategi. Resultatet var at 26% i høj grad havde præsteret at knytte CSR til deres overordnede strategi, 26% havde i nogen grad præsteret at gøre det og 34% havde kun i vis grad præsteret at gøre det. De resterende 4% vidste ikke i hvilken grad de havde gjort det. Dette vil sige, at selvom ca. 75% af små og mellemstore danske virksomheder i 2007 svarede, at de havde iværksat CSR aktiviteter, så viser det sig i 2011, at det kun er omkring en fjerdedel af de danske virksomheder, der havde præsteret at knytte disse aktiviteter til deres overordnede strategi. Deloitte undersøgelsen fastslog samtidig, at der var sammenhæng mellem virksomhedernes størrelse og CSR forankringen. C20 virksomhederne klarede sig således bedre end de 3 andre grupper, mens virksomhederne med 500+ klarede sig bedre end de mindre virksomheder osv.

Samtidig er spredningen af hvilke CSR-aktiviteter, som virksomhederne sætter i gang

---

<sup>115</sup>Hanne Fast Nielsen ”Vagthund eller hyrdehund”

<sup>116</sup>Deloitte – SCR forankring i danske virksomheder



også ganske lav. I TNS Gallup havde 54% iværksat medarbejderaktiviteter, 51% havde iværksat miljøaktiviteter, mens velgørende frivillige og sociale aktiviteter, interessentrelationer, kundeaktiviteter og leverandør var iværksat af henholdsvis 30%, 28%, 22% og 3% af virksomhederne. Samtidig med at medarbejderaktiviteter og miljøaktiviteter var de tiltag, som var iværksat i klart flest af virksomhederne, så var de også de aktiviteter som havde den klart største 1. prioritet, på henholdsvis 25% og 22%. De resterende aktiviteter var således alle prioriteret som nr.1 på 11% og nedefter. Det samme mønster går igen i Deloitte undersøgelsen, hvor fokus i hovedparten var på medarbejderne, men hvor miljøforhold og det dertil tilknyttede energi- og resourceforbrug også rangerede højt, dvs. områder hvor der er muligt at foretage besparelser.

I 2011 foretog DanWatch en undersøgelse<sup>117</sup> om effekterne af Loven om CSR, der trådte i kraft i 2009. I følge den skal de 1000 største virksomheder i Danmark rapportere om deres CSR aktiviteter i forbindelse med årsrapporten.

Undersøgelsesresultaterne blev fortolket af en række eksperter. Disse fastslog, at virksomhederne i det store hele mere fokuserede på kvantitet før kvalitet.

Virksomhederne vælger først og fremmest at fokusere på miljø og klima foran korrupsion og menneskerettigheder. At mindske energiforbruget eller CO2-emissioner er således lavthængende frugter, som direkte kan give besparelser. Emner som menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder og anti-korrupsion er ofte dyrere for virksomhederne, i hvert fald på kort sigt. Virksomhederne har således indtil videre valgt at fokusere på de nemme og hurtige løsninger, mens de svære og centrale udfordringer omkring samfundsansvar er blevet forbigået.

Interessant er det også at betragte, hvorfor de danske virksomheder iværksætter CSR aktiviteter. I TNS Gallup undersøgelsen begrundede 69% af virksomhederne det i etiske og moralske årsager, 64% svarede at det var for at bevare eller forbedre virksomhedens omdømme, 59% for at fastholde og tiltrække kvalificeret arbejdskraft, 56% for at det havde en positiv effekt på det økonomiske resultat og 39% fordi kunder og samarbejdspartnere krævede/forventede det. Det er påfaldende at virksomhederne vægter ikke-økonomiske begrundelser over de økonomiske. Dette kan betyde at

---

<sup>117</sup>DanWatch – The Impact of the Danish Law on CSR Reporting

danske virksomheder ikke endnu har taget alle de økonomiske fordele ved CSR til sig. Samme resultat kom undersøgelsen fra Deloitte også frem til. Heri blev der konkluderet, at "det nuværende arbejde med CSR er på et relativt lavt modenhedsniveau. CSR betragtes ligeledes ikke som et konkurrencemæssigt parameter, idet forretningsmæssige fordele og konkurrenternes tiltag har et begrænset fokus"<sup>118</sup>.

### **Kommentarer til Danske erfaringer med CSR 3.5.2**

CSR har fået grobund i det danske erhvervsliv, og en relativ høj del af de danske virksomheder har allerede påbegyndt tiltag af social ansvarlighed. Undersøgelserne viser dog også, at virksomhederne prioriterer CSR som en sekundær del af aktiviteterne og får det ikke knyttet til deres overordnede strategi i tilstrækkelig grad. Dette er som nævnt en af Vissers forbandelser. Selvom det også er tydeligt, at der er en korrelation mellem størrelsen af virksomhederne og hvor velintegreret CSR er i topledelsen, er der dog også tydelige tegn på at CSR i de store virksomheder stadig er af en sådan art, at det hovedsageligt er de lavt hængende frugter, som de plukker, og derved ikke påbegynder projekter, som har en reel påvirkning på de miljø og sociale problemer, som plager verden. Dette er præcis en af de forbandelser, som Visser fremhæver. Samtidig er det også et tydeligt tegn på en anden af Vissers forbandelser. De danske virksomheder bruger ikke CSR som en langsigtet strategi, men er hovedsageligt fokuseret på den kortsigtede profit. Der er dog også tegn på at CSR, specielt blandt de mindre virksomheder, kun i mindre grad anses for at være profitabelt. Dette kunne være positivt, hvis det betød at virksomhederne så ville påbegynde de store CSR aktiviteter af egen fri vilje, men det er der jo som sagt intet, der tyder på. Det kan være en hæmsko for CSR, at virksomhederne anser det for at være en filantropisk aktivitet. At de mindre virksomheder i så ringe grad får CSR integreret i den overordnede strategi, kan lige præcis være et udslag af, at de ikke anser det for at være en økonomisk aktivitet. Dette betyder, at mindst to af Vissers forbandelser er tilstedeværende i dansk virksomhedskultur. Den sidste, TQM, har ikke været en del af undersøgelsesernes fokus område, hvorved det ikke er muligt, at konkludere det ene eller det andet på det område.

---

<sup>118</sup>Deloitte – SCR forankring i danske virksomheder s.11

### **Konklusion økonomisk del 3.6**

Som den økonomiske del viser er der for tilbudsgivere omkostninger forbundet med at ordregivere benytter sig af sociale og miljø tildelingskriterier. Det er gennem en forøget kompleksitet i kontrakterne, der gør at transaktionsomkostningerne bliver forhøjet, men også i det tilfælde at tilbudsgiverne vil benytte udbuddene til opbygge en CSR profil. CSR giver de tilbudsgivende virksomheder en fordel i forhold til at undgå sammenstød med forskellige interessant grupper, og lader virksomhederne profitere ved at styrke deres omdømme i forhold til omverden. Denne gennemgang viser, at dette gør, at virksomhederne kan styrke deres brandværdi overfor forbrugerne, som leder til forøget salg. Samtidig er CSR et middel til at fastholde og tiltrække de bedste medarbejdere. I forhold til kapitalomkostninger er empirien dog mere usikker og specielt i forhold til at optage banklån, er det usikkert, om det har en reel effekt.

I forhold til at løse de enorme miljømæssige og sociale problemer, som der i verden i dag, er der dog tegn på, at danske virksomhederne ikke i tilstrækkelig grad løfter deres sociale ansvar. Således er fokus hovedsageligt lagt på, hvad man kan kalde de let købte løsninger, som ikke i tilstrækkelig grad påvirker de sociale og miljøproblemer, som det globale samfund står overfor i dag. De danske virksomheder inddrager således ikke social ansvar tilstrækkeligt i deres overordnede strategier, men anser det mere som en perifer aktivitet.

## Perspektivering

Som den økonomiske del viser, er der blandt de danske virksomheder stor interesse for CSR, og mange virksomheder har allerede påbegyndt CSR. Dette har dog på ingen måde været tilstrækkeligt til at gøre noget ved de enorme sociale- og miljøproblemer, som verden står overfor i dag. Dette er selvfølgelig en problemstilling, som skal løses, men spørgsmålet er hvad, der er den mest optimale måde at gøre det på. Groft sagt kan man sige, at der er to yderpunkter i de metoder, som man kan bruge til at løse disse problemer. Den ene metode kan slet og ret være ved at lade markeds kræfterne gå sin gang. Dette har indtil videre ikke virket og har vel ret beset kun gjort problemerne større. Den anden metode vil være at regulere igennem lovgivning. Denne metode har dog den ulempe, at det kræver, at alle lande bliver enige om den samme regulering, da virksomhederne ellers bare kan forlade de lande som regulerer og flytte til lande, som gør det i mindre grad. I sidste ende er det således nødvendigt at finde en balance mellem de to.

Offentlige udbud kan her være et vigtigt redskab til at løse disse problemer, da der årligt købes ind for enorme summer af det offentlige på markedslignende vilkår. Som den juridiske gennemgang viser, er der overladt en væsentlig autonomi til ordregiveren i at formulere, hvad de vil købe ind igennem udbuddene. Brugen af sociale eller miljøkriterier kan have en positiv påvirkning på de områder hensynene berører. Dette er både direkte ved at fokusere på produkter eller tjenesteydelser, som har en mindre effekt på miljøet eller som fremmer sociale tiltag gennem det konkrete udbud. Lige så vigtigt er de indirekte effekter, som bl.a. består i at lægge tryk på de virksomheder, der vil deltage i udbuddene, men også ved at styrke markedspositionen på de virksomheder, der allerede lever op til den sociale ansvarlighed, som kriterierne forsøger at fremme.

Det er forfatterens mening, at ordregiverne skal gøre brug af de omdiskuterede tildelingskriterier i så høj grad, som det er muligt. Ideelt set skulle der i alle udbud være tildelingskriterier, der tilgodeser sociale- eller miljø hensyn. Dette ville have to effekter. For det første ville det gøre, at ordregiverne bliver mere fortrolige med at benytte disse kriterier. Det skulle resultere i, at transaktionsomkostningerne bliver lavere, da ordregiverne så vil være i stand til at formulere mere præcist, hvad det er de

efterspørger.

Den anden effekt hænger sammen med den frivillighed, der er ved tildelingskriterier. Tilbudsgivere er som sagt ikke tvunget til at imødekomme alle tildelingskriterier, hvis de mener, de er tilpas konkurrencedygtige på de resterende kriterier. Hvis en tilbudsgiver dog gang på gang iagttager, at det vil give dem en fordel, at være en socialt ansvarlig virksomhed, vil de forhåbentligt til sidst drage konsekvensen af det og blive en socialt ansvarlig virksomhed. Virksomheder, der er socialt ansvarligt, burde have et ekstra parameter at konkurrere på i forhold til deres konkurrenter. Det kan dog sandsynligvis virke omkostningstungt for virksomhederne, at opstarte socialt ansvarlige tiltag, hvis de ikke kan umiddelbart få øje på fordelene derved. Denne fordel vil dog være ret iøjnefaldende, når den direkte kan resultere i at virksomheden vinder et offentligt udbud. Dette vil gøre, at virksomhederne er nødt til at knytte CSR til deres overordnede strategi. Hvilket vil være et godt skridt mod, at få bugt med Vissers forbandelser. På den måde kan tildelingskriterier også indirekte have effekt på virksomhedernes generelle forhold - det eneste område som Domstolen kategorisk afviser at sociale og miljø tildelingskriterier må omhandle.

## Litteraturliste

### Kapitel 1:

#### Bøger

Peter Blume - "Retssystemet og juridisk metode" Jurist- og Økonomiforbundets Forlag (2011)

Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller - "Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære" Jurist- og Økonomiforbundets Forlag (2004)

Peter Blume - "Juridisk metodelære" Jurist- og Økonomiforbundets Forlag (2009) 5. udgave

Morten Wegener - "Juridisk metode" Jurist- og Økonomiforbundets Forlag (2000) 3. udgave

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø - "Retskilder & retsteorier" Jurist- og Økonomiforbundets Forlag (2008) 2. udgave

D.D. Tewari og Katar Singh - "Principes of Microeconomics" New Age International Publishers (1996)

#### Artikler

Thomas Riis - "Retsøkonomi" Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.-20. august 1999. Del 2. (2000)

Herbert Hovenkamp – "Law and Economics in the United States: a brief historical survey" Cambridge Journal of Economics (1995) 19 (2)

#### Andet

Vækstforum – "Baggrundsnotat: Effektivt offentligt indkøb" Statsministeriet (2011)

### Kapitel 2

#### Bøger

Ruth Nielsen - "Udbud af offentlige kontrakter" Jurist - og Økonomiforbundets Forlag (2010) 4. udgave

Michael Steinicke og Lise Groesmeyer - "EU's udbudsdirektiver med kommentarer" Jurist - og Økonomiforbundets Forlag (2008) 2. udgave

Sue Arrowsmith og Peter Kunzlik - "Social and Environmental Policies in EC Procurement Law" Cambridge University Press (2009)

#### Artikler

Peter Kunzlik - "International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement" OECD Journal on Budgeting (2003) Volume 3 No.4

Peter Kunzlik - "Making the Market Work for the Environment: Acceptance of (Some)

"Green" Contract Award Criteria in Public Procurement" Journal of Environmental Law (2003) 15 (2)

Kerstin Ahlberg - "Även sociale kriterier kan beaktes vid tilldelning af offentlige kontrakt" Europarättslig tidskrift (2010) nr. 4

### **Retspraksis**

Sag C-810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherung für Angestellte. Saml. 1980 s. 2747

Sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat (Beentjes). Saml. 1988 s. 4635

Sag C-243/89, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark (Storebælt). Saml. 1993 s. I-03353

Sag C-225/98, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik (Nord-pas de Calais). Saml. 2000 I-07445

Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy ABB, tidligere Stagecoach Finland Oy AB mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne (Concordia). Saml. 2002 I-07213

Sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien (Hospital Ingenieure). Saml. 2002 I-05553

Sag C-448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich (Evn-Wienstrom), Saml. 2003 s. I-14527

Forenede sager C-21/03 og 34/03, Fabricom SA mod den belgiske stat (Fabricom). Saml. 2005 I-01559

Sag C-532/06, Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl (Lianakis). Saml. 2008 s. I-00251

Sag C-368/10, Europa Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene (Max Havelaar). Saml. 2012 s. 00000 (endnu ikke offentliggjort)

### **Andet**

Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EU-traktaten) EFT 2007/C 306/01

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004. Fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjeneste ydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet). Den Europæiske Unions Tidende

Kommissionens meddelelse om offentlige indkøb (KOM(1998)143 endelig) af 11. marts 1998

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Kokott fremsat den 15. december 2011 (1). Sag C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene

### **Kapitel 3**

#### **Bøger**

Oliver E. Williamson - "The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting" The Free Press (1985)

Ringa Raudia - "Law and economics analysis on the Estonian Public Procurement Act" fra G. Piga og K.V. Thai (Red.) "Advancing Public Procurement. Practices, Innovation and Knowledge-Sharing" PrAcademics Press (2007)

R. Edward Freeman – "A Stakeholder Theory of the Modern Corporation" fra Laura P. Hartman og Abha Chatterjee "Perspectives in Business Ethics" McGraw Hill Education (1988) 3. udgave

William Sun, Jim Stewart og David Pollard (Red.) - "Reframing Corporate Social Responsibility: Lessons from the Global Financial Crisis" Emerald Group Publishing (2010)

#### **Artikler**

John R. Commons - "Institutional Economics" Americal Economic Review (1931) Vol. 21

Ronald H. Coase - "The Problem of Social Costs" Journal of Law and Economics (1960) Vol. 3

Victor P. Goldberg - "Competitive Bidding and the Production of Precontract Information" The Bell Journal of Economics (1977) Vol. 8 No. 1

Milton Friedman - "The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits" The New York Times Magazine (1970) September 13

Geoffrey M. Heal – "Corporate Social Responsibility – An Economic and Financial Framework" The International Association for the Study of Insurance Economics (2005) The Geneva Papers 30

Nada K. Kakabadse, Cecile Rozuel og Linda Lee-Davies - "Corporate Social Responsibility and Stakeholder Approach: a conceptual review" International Journal of Business Governance and Ethics (2005) Vol. 1, No. 4

Tom J. Brown og Peter A. Dacin - "The Company and the Product: Corporate Associations and Consumer Product Responses" Journal of Marketing (1997) 61 (January)

Isabelle Maignan, O.C. Ferrel og G. Tomas M. Hult - "Corporate Citizenship: Cultural Antecedents and Business Benefits" Journal of The Academy of Marketing Science (1999) Vol. 27, No. 4

Chi-Shiun Lai, Chih-Jen Chiu, Chin-Fang Yang og Da-Chang Pai - "The Effects of Corporate Social Responsibility on Brand Performance: The Mediating Effect of Industrial Brand Equity and Corporate Reputation" Journal of Business Ethics (2010) 95



Isabelle Maignan og O.C. Ferrel - "Corporate Citizenship as a Marketing Instrument – Concepts, Evidence and Research Directions" European Journal of Marketing (2001) Vol. 35

John A. Quelch og Katherine E. Jocz - "Can Corporate Social Responsibility Survive Recession?" Leader to Leader (2009) 53

Elizabeth H. Creyer – "The Influence of Firm Behaviour on Purchase Intention: Do Consumers Really Care about Business Ethics?" Journal of Consumer Marketing (1997) Vol. 14 Iss:6

Donna J. Wood – "Stakeholder Mismatching: A Theoretical Problem in Empirical Research on Corporate Social Performance" International Journal of Organizational Analysis (1995) Vol. 3 Iss: 3

Jane E. Dutton, Janet M. Dukerich og Celia V. Harquail - "Organizational Images and Member Identification" Administrative Science Quarterly (1994) Vol. 39, No. 2

David A. Jones, Chelsea R. Willness og Sarah Madey - "Why are Job Seekers Attracted to Socially Responsible Companies? Testing Underlying Mechanisms" Academy of Management Annual Meeting Proceedings (2010)

Daniel W. Greening og Daniel B. Turban - "Corporate Social Performance As a Competitive Advantage in Attracting a Quality Workforce" Business Society (2000) Vol. 39, No. 3

Allen Goss and Gordon S. Roberts - "The Impact of Corporate Social Responsibility on the Cost of Bank Loans" Journal of Banking & Finance (2011) Vol. 35 Iss: 7

Harrison Hong og Marcin Kacperczyk "The Price of Sin: The Effect of Social Norms on Markets" Journal of Financial Economics (2009) Vol. 93 No. 1

### **Danske Undersøgelser**

Hanne Fast Nielsen – "Vagthund eller hyrdehund" The Copenhagen Centre (2007)

TNS Gallup – "Kortlægning af CSR-aktiviteter blandt små og mellemstore virksomheder"  
Erhvervs- og Selskabstyrelsen (2005)

Deloitte – "CSR forankring i danske virksomheder " Deloitte (2011)

DanWatch – "The Impact of the Danish Law on CSR Reporting" Danwatch (2011)

### **Andet**

Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget. En ny EU-strategi 2011-2014 for virksomhedernes sociale ansvar (KOM(2011)681 endelig) Bruxelles, den 25.10.2011