

Kandidatafhandling

17. maj 2016

Dansk Udbudsret i EU-retlig kontekst

Fleksible udbudsformer efter direktiv 2014/24/EU, Udbudsdirektivet,
og Lov nr. 1564 af 15/12/2015, Udbudsloven, om offentlige udbud

Danish Procurement Law in an EU legal perspective

Flexible procurement measures, in relation to directive 2014/24/EU,
and Law no. 1564 of 15/12/2015, regarding public procurement

Vejledere:

Anja Piening (juridisk)

Henrik Klem Lassen (økonomisk)

Udarbejdet af:

Martin Nørland Faber

Niclas Oliver Bøgelund Storch

Antal tegn inklusiv executive summary: 263.832

15 modeller af 600 tegn: 9.000

Tegn i alt: 272.832 = 119,92 normalsider

Executive summary

This thesis presents an investigation of the legal restrictions, in relation to the prohibition of negotiation, derived from general principles of equal treatment and transparency, within the public procurement procedure in the European Union, along with an analysis of the economic effects of current regulation.

The analysis of Directive 2014/24/EU, on public procurement, and the Danish law on public procurement, along with relevant interpretation measures, presents an answer to the question regarding the degree to which, negotiation and communication between contractors, under selected procurement forms, is allowed under current public procurement regulation. The analysis finds that current regulation restricts the use of flexible procurement forms, which allows for a certain amount of negotiation and communication. Ultimately, this tendency leads to construction of inefficient procurement procedures.

The inspection of game theory, P/A theory, transaction cost theory and the Edgeworth box framework, in relation to public procurement, presents an analysis, from which, the contractual value, derived from the application of flexible procurement measures, is determined. The analysis concludes the situations, in which, contractors profits from the use of flexible procurement measures, along with an overview of conditions that should be satisfied, in order for negotiation and communication, to generate value.

Ultimately, the legal restrictions and the economic possibilities are combined in an analysis, which presents an answer to the question of how to construct efficient procurement contracts under *lex lata*. Further, the theory is examined, through the application of above economic theories, on a specific procurement procedure, provided by a public principal. It is hereby found that the economic rationale, to a certain degree, provides the ability to create added value, due to the application of flexible procurement measures.

Finally, it is concluded that the prohibition of negotiation has a substantial negative influence on the efficiency of public procurement procedures in the European Union, why flexible procurement measures must be encouraged.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 – Introduktion	7
1.1 Indledning	7
1.2 Problemstilling	8
1.2.1 Problemformulering	9
• 1.2.1.1 Juridisk	9
• 1.2.1.2 Økonomisk	9
• 1.2.1.3 Integreret	9
1.3 Afgrænsning	9
1.3.1 Juridisk afgrænsning	9
1.3.2 Økonomisk afgrænsning	10
1.3.3 Integreret afgrænsning	11
1.4 Metode	11
1.4.1 Formål, synsvinkel og struktur	11
1.4.2 Juridisk metode	14
• 1.4.2.1 Retskildelære	15
• 1.4.2.2 Fortolkningslære	16
1.4.3 Økonomisk metode	18
1.4.4 Integreret metode	20
1.5 Begrebsafklaring	22
1.5.1 Forhandlingsbegrebet	22
• 1.5.1.1 Forhandling i udbud	22
• 1.5.1.2 Forhandling generelt	22
1.5.2 Kontraktøkonomisk værditilvækst	22
1.5.3 Validitet og reliabilitet	22
Kapitel 2 – Juridisk analyse	24
2.1 Partautonomi og offentligt udbud	24
2.2 EU-udbud før og nu	25
2.3 Direktiv 2014/24/EU – Udbudsdirektivet	28
2.3.1 Generelle principper	28
• 2.3.1.1 Ligebehandlingsprincippet	28
• 2.3.1.2 Gennemsigtighedsprincippet	31

2.3.2 Forhandlingsforbuddet	32
2.3.3 Udbudsformer	35
• 2.3.3.1 Almindelige udbudsformer	35
○ 2.3.3.1.1 Offentligt udbud.....	35
○ 2.3.3.1.2 Begrænset udbud.....	36
• 2.3.3.2 Fleksible udbudsformer.....	37
○ 2.3.3.2.1 Udbud med forhandling	37
○ 2.3.3.2.2 Konkurrencepræget dialog.....	39
2.3.4 Centrale bestemmelser.....	41
• 2.3.4.1 Artikel 26, stk. 4, litra a	41
• 2.3.4.2 § 160, stk. 1.....	45
○ 2.3.4.2.1 C-561/12 – Nordecon.....	49
• 2.3.4.3 § 160, stk. 2.....	51
2.3.5 Præambler og forarbejder	52
2.4 Alternativer til fleksibelt udbud.....	54
2.4.1 Forudgående markedsundersøgelse	54
2.4.2 Alternative tilbud.....	55
2.5 Fleksible udbudsformer efter lov nr. 1564 af 15/12/2015 – Udbudsloven	57
2.5.1 En ordregivers perspektiv	57
2.5.2 Klagenævnet for Udbud	62
2.5.3 Nuværende retstilstand	64
2.6 Delkonklusion.....	64
Kapitel 3 – Økonomisk analyse.....	66
3.1 Forhandlingens bidrag i kontraktuelt regi	66
3.1.1 Prisoners dilemma uden forhandling	66
3.1.2 Prisoners dilemma med forhandling.....	68
3.2 Informationsasymmetri	71
3.2.1 Principal-Agent teori	72
• 3.2.1.1 Adverse selection.....	72
○ 3.2.1.1.1 Signaling.....	73
○ 3.2.1.1.2 Screening	74
• 3.2.1.2 Moral hazard.....	75
○ 3.2.1.2.1 Kontraktdesign og incitamentkontrakter	77
▪ 3.2.1.2.1.1 The Informativeness Principle	77
▪ 3.2.1.2.1.2 The Monitoring Intensity Principle	78

▪ 3.2.1.2.1.3 The Equal Compensation Principle	79
• 3.2.1.3 Small numbers og markedsstrukturer	79
3.2.2 Fleksible udbudsformer og P/A problematik.....	81
3.3 Transaktionsomkostningsteori	86
3.3.1 Transaktionsomkostningsteori i udbudsretlig sammenhæng	87
3.4 Edgeworth box	93
3.4.1 Allokering af usikkerhed og cost drivers	95
3.5 Delkonklusion	98
Kapitel 4 – Integreret analyse	100
4.1 Kontraktuel værditilvækst i udbudsretligt henseende	100
4.2 Case studie	105
4.2.1 Robert K. Yin – Case studie	106
• 4.2.1.1 Problemstilling	106
• 4.2.1.2 Analyseenhed	107
• 4.2.1.3 Empiri	107
• 4.2.1.4 Analyse	107
4.2.2 Analyse	108
• 4.2.2.1 Udbudsmaterialets ordlyd	109
• 4.2.2.2 Analyseenhedens erklærede hensigter	110
• 4.2.2.3 Problemafhjælpning	111
○ 4.2.2.3.1 Ex ante	111
○ 4.2.2.3.2 Ex post	112
• 4.2.2.4 Generaliserbarhed	114
4.3 Delkonklusion	114
Kapitel 5 – Konklusion	116
Litteraturfortegnelse	118
Bøger:	118
Videnskabelige artikler:	119
Artikler og artikelsamlinger:	120
Kompendier:	120
Regulering:	120
Domme:	121
Klagenævnet for Udbud:	121
Ikke-bindende retsakter:	121

Konferencer og seminarer:	122
Interviews og kontaktpersoner:.....	122
Illustrationsoversigt.....	123
Bilagsoversigt	125

Kapitel 1 – Introduktion

1.1 Indledning

Kontrakter spiller i dag en væsentlig rolle i forhold til planlægning, regulering og omsætning mellem individer, erhvervsvirksomheder og offentlige instanser.¹ Kontrakter skabes, og udtømmes for sine virkninger, ved udvekslingen af kontraktens genstande, som ofte skal foregå under iagttagelse af bestemte ritualer.² Stigende samfundskompleksitet og international samhandel har medført et omfattende behov for specifikke former, principper og retningslinjer, som af parterne må iagttages, i forbindelse med kontraktindgåelser.

Der er således, i de senere år, opstået et stigende behov for offentlig regulering på forskellige områder.³ Et område, hvorpå det har vist sig nødvendigt, at regulere parternes ageren er Udbudsretten. Udbudsretten reguleres af EU, som i 2014 vedtog Direktiv 2014/24/EU.⁴ Udbudsretten har, historisk set, ikke nydt omfattende opmærksomhed i den Europæiske Union, hvor der, i de første 40 år af dennes eksistens, blot blev afsagt et fåtal af domme inden for Udbudsretten.⁵ Der er derimod, siden slutningen af 1990'erne, blevet afsagt et betydeligt antal domme ved EU-Domstolen inden for Udbudsret, hvilket har skærpet opmærksomheden om emnet.⁶

Udbudsretten reguleres i dag af Direktiv 2014/24/EU, som blev implementeret i Danmark ved Udbudsloven, som trådte i kraft per 1. januar 2016. Direktivet, og den deraf implementerede Udbudslov, indeholder en række procedureskabeloner, herefter omtalt som udbudsformer, som stiller forskellige krav til parternes ageren i forbindelse med offentlige udbud.⁷ Der gælder for udvalgte udbudsformer et forhandlingsforbud, som er afledt af et hensyn til ligebehandling og gennemsigtighed. Forhandlingsforbuddet medfører i praksis, at ordregiver og tilbudsgiver ikke må forhandle om det pågældende udbuds indhold.⁸

Forhandlingsforbuddet tilgodeser hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed, men medfører udfordringer, såfremt information ikke er jævnt distribueret mellem offentlige ordregivere og

¹ Bernard Gomard, *Almindelig kontraktsret* (1996), s. 13

² Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler om mellemmand* (2011), s. 19

³ Bernard Gomard, *Almindelig kontraktsret* (1996), s. 18

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU

⁵ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU-udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 23

⁶ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU-udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 24

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU, kapitel 1, art. 27-31

⁸ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU-udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 115

private agenter. Der opstår herved usikkerhed vedrørende, hvorvidt offentlige udbudskontrakter konciperes på et økonomisk efficient grundlag. Hypotesen er dog, at større fleksibilitet i udbudsprocessen kan anspore paretoefficiente tilstande og derved sikre effektiv anvendelse af offentlige ressourcer.

Enkelte udbudsformer tillader, under iagttagelse af særlige betingelser, forhandling mellem kontraktens parter vedrørende dennes forskellige elementer. Disse benævnes herefter fleksible udbudsformer.⁹ For definition af hvilke udbudsformer som i nærværende sammenhæng betragtes som fleksible, se afsnit 2.3.3.2. Betingelser for anvendelse af de fleksible udbudsformer er reguleret i Udbudsloven, og denne præsenterer ligeså en række bestemmelser, som potentielt kan indskrænke det praktiske anvendelsesområde for disse udbudsformer.

Nærværende afhandling undersøger i hvilket omfang Direktiv 2014/24/EU, og den deraf afledte Udbudslov, tillader anvendelse af fleksible udbudsformer og forhandling, samt i hvilket omfang udvalgte bestemmelser opstiller begrænsninger for den praktiske anvendelse, hvorledes et forhandlingselement i udbudsprocessen kan skabe kontraktøkonomisk værditilvækst, samt hvorledes økonomisk efficiens påvirkes af restriktiv regulering og praktiske anvendelsesbegrænsninger for de fleksible udbudsformer.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen i nærværende afhandling kredser om det faktum, at der i Danmark, traditionelt, har eksisteret et omfattende fokus på at skabe lovlige udbud fremfor gode udbud.¹⁰ Herved negligeres grundlæggende økonomiske betragtninger, således at der skabes inefficiente udbudskontrakter. Det ønskes belyst, i hvilket omfang denne problematik forekommer under det nye regelsæt, hvilke afhjælpningsmuligheder der findes, hvilke økonomiske konsekvenser som udspringer heraf samt hvori barriererne herfor består.

Nedenstående problemformulering er opbygget af tre delspørgsmål, som knytter sig til henholdsvis, en juridisk, en økonomisk og en integreret problemstilling. Besvarelsen af den juridiske – og økonomiske problemstilling er indledningsvist, i kollaboration, nødvendig for at foretage en endelig og fyldestgørende besvarelse af den integrerede problemstilling.

⁹ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU, kapitel 1, art. 29-30

¹⁰ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 122

1.2.1 Problemformulering

- *1.2.1.1 Juridisk*

I hvilket omfang tillader Direktiv 2014/24/EU, i sammenhæng med forhandlingsforbuddet samt generelle EU-retlige principper, anvendelse af fleksible udbudsformer i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter, og hvorledes påvirkes den praktiske anvendelighed af disse af Udbudslovens § 160?

- *1.2.1.2 Økonomisk*

Hvilken kontraktøkonomisk værdi kan anvendelse af fleksible udbudsformer tilføre offentlige udbudskontrakter?

- *1.2.1.3 Integreret*

Hvorledes påvirker nugældende regulering, forhandlingsforbuddet samt generelle EU-retlige principper økonomisk efficiens af offentlige udbudskontrakter, og hvordan kan der, under iagttagelse af gældende ret, konciperes efficiente udbudskontrakter?

1.3 Afgrænsning

1.3.1 Juridisk afgrænsning

Direktiver, herunder Forsyningsvirksomhedsdirektivet, og andre regelsæt end det nugældende Udbudsdirektiv, som historisk har udgjort en del af retsgrundlaget, behandles ikke.

Aftaler, som ikke kan henføres til de danske udbudsregler, herunder udenlandske kontrakter, udbudskontrakter under tærskelværdierne¹¹ samt forskellige in-house konstellationer, behandles ikke. Innovationspartnerskaber behandles ej heller, da denne udbudsform ikke knytter sig til problemstillingens omdrejningspunkter. Derudover anlægges der ikke en dybere analytisk tilgang i relation til udbudsformerne offentligt – og begrænset udbud, da dette, i forhold til problemstillingens kerne, ikke er spalteplassen værd.

Primærretten, herunder Traktaterne, samt folkeretlige implikationer på Udbudsretten behandles ej heller. Øvrige bestemmelser, med undtagelse af centrale bestemmelser, herunder Direktivets art. 26, stk. 4, litra a, Udbudslovens § 61 og 67 samt § 160 stk. 1 og 2 behandles ikke, da disse ej heller bidrager til besvarelsen af den juridiske problemformulering.

¹¹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 100

Der drages undervejs paralleller til praksis fra både Klagenævnet og EU-Domstolen. De konkrete sager er udvalgt med afsæt i disses relevans for problemstillingens kerneområder – om end der utvivlsomt findes anden praksis inden for det relevante problemfelt, behandles denne ikke af hensyn til afhandlingens omfang.

I forhold til den indsamlede empiri, herunder interviews og personlige referencer, som hidrører fra konferencer og seminarer, erkendes det, at palletten af interviewpersoner og talere med fordel kunne udvides for at øge graden af validitet, reliabilitet samt analysens generaliserbarhed. Dette har dog, med tanke på afhandlingens omfang og ikke mindst fremdriftsreformen, ikke vist sig muligt, hvorfor det juridiske afsnit ikke præsenterer interviews med en bredere kreds af interessenter. Da lovgivningen hovedsagligt medfører krav for ordregiver, findes det ikke nødvendigt at indhente dokumentation for tilbudsgivers interesser.

Om end der utvivlsomt findes andre kreative substitutionsmuligheder til fleksible udbudsformer, vurderes forudgående markedsundersøgelser samt alternative bud som eneste relevante alternativer, hvorfor andre optioner ikke behandles.

1.3.2 Økonomisk afgrænsning

Ved anvendelsen af spilteori foretages ikke en dybere analyse af den simple optimeringstilgang, som blev udviklet i forbindelse med neoklassisk teori.¹² Andre spilteoretiske modeller end Prisoners dilemma,¹³ såsom Battle of the sexes,¹⁴ behandles ej heller.

I forbindelse med P/A teori, som belyser incitamentstrukturerne ved kontraktindgåelse, udelades enkelte principper, herunder ratchet¹⁵, da der er tale om one-shot games og således ikke repeated games. Derudover udelades Incentive Intensity Princippet,¹⁶ idet begge parter er erhvervsdrivende og således antages at være risikoneutrale.

Selvom transaktionsomkostningsteori kan anvendes som analyseværktøj på mange forskelligartede beslutningssituationer, vil transaktionsomkostningsteorien i nærværende fremstilling ikke optræde i andre sammenhænge end ved analyse af omkostningerne ved forhandling, under de fleksible udbudsformer.

¹² Christian Knudsen, Økonomisk metodologi (1997), s. 89

¹³ Orley Ashenfelter, David E. Bloom og Gordon B. Dahl, Journal of empirical legal studies, ”Lawyers as agents of the devil in a Prisoner’s dilemma game” (2013), s. 399

¹⁴ Prajit K. Dutta, Strategies and Games (1999), s. 311

¹⁵ Poul Milgrom og John Roberts, Economics, Organization and Management (1992), s. 232

¹⁶ Poul Milgrom og John Roberts, Economics, Organization and Management (1992), s. 221

Det erkendes, at der kunne skeles til andre teoremer end de udvalgte, men det vurderes, at den præsenterede teori på fin vis belyser problemstillingen, hvorefter yderligere teori ikke behandles i dette afsnit.

1.3.3 Integreret afgrænsning

Som overordnet teoretisk ramme anvendes Robert K. Yins case studie design, som vedrører fire delelementer, hvorefter elementer, som ikke fremgår af ovenstående rammeteori, ikke anvendes i nærværende sammenhæng.

Der er tale om et single case studie, hvorefter der afgrænses over for andre offentlige ordregivere og disses fremgangsmåder ved indkøb. Af hensyn til besvarelsens relevans for problemformuleringen, samt afhandlingens omfang, ses der bort fra afdelinger samt kontaktpersoner, som ikke har fungeret som beslutningstagere i relation til valg af udbudsform samt koncipering af krav. Der afgrænses ligeledes over for øvrige udbud forestået af de udvalgte interviewpersoner. I den konkrete sag er omdrejningspunktet, set i relation til problemformuleringen, ét specifikt krav, hvorefter analyse af det øvrige udbudsmateriale ikke foretages.

Enkelte principper, herunder Ratchet og Incentive Intensity, udelades i forbindelse med analysen, da disse, jf. ovenstående, ikke findes relevante i udbudsretlig sammenhæng. I tillæg heraf udelades The Informativeness Principle, da det, i relation til det omtalte krav, ikke giver mening at tale om kompensation på baggrund af random – samt common effects.¹⁷

Det erkendes, at der, for at underbygge studiets generaliserbarhed, kunne foretages undersøgelser af andre udbud ved andre analyseenheder, hvilket dog ikke viser sig ladsiggørligt i relation til afhandlingens omfang samt den tidsmæssige ramme.

1.4 Metode

1.4.1 Formål, synsvinkel og struktur

Formålet med denne afhandling er at præsentere en teoretisk analyse, som belyser anvendelsesmulighederne for fleksible udbudsformer i forhold til grundlæggende EU-retlige principper og Udbudsdirektivet, samt hvorledes anvendelsen af disse kan bidrage til kontraktøkonomisk værditilvækst i kontraktuelle relationer mellem to eller flere parter.

¹⁷ Poul Milgrom og John Roberts, Economics, Organization and Management (1992), s. 219

Udstedelse af de gældende udbudsretlige regelsæt samt tilstedeværelse af grundlæggende EU-retlige principper reducerer offentlige ordregiveres mulighed for at indgå efficiente udbudskontrakter. Årsagen hertil findes i det faktum, at behovet for fleksibilitet og efficiens negligeres af hensyn til principper om ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁸ Der er således behov for at nytænke og reevaluere balancen mellem disse hensyn, således at kontrakter, indgået med offentlige ordregiver som kontraktpart, fremadrettet effektiviseres.

Ovenstående problemstilling analyseres indledningsvist med udgangspunkt i jura og økonomi som adskilte fagområder. Denne sontring foretages for at belyse juridiske – og økonomiske aspekter separat, for derefter at kombinere disse og sammenholde argumentation fra begge fagområder og endelig med udgangspunkt heri konkludere, i hvilket omfang økonomisk teori kan berige den måde, hvorpå offentlige udbudskontrakter indgås inden for rammerne af gældende udbudsretlige regelsæt.

Forløbet i vidensproduktionen foregår således, at der observeres enkelte symptomer som undersøges nærmere, hvorefter der udledes generelle slutninger. Forløbet er således hovedsageligt karakteriseret ved induktion.¹⁹ Dette valg skyldes en forholdsvis ringe forhåndsviden vedrørende genstandsfeltet, som kan begrundes i tidspunktet for indførelsen af det nye regelsæt. Denne ringe forhåndsviden betyder samtidig, at der undervejs i forløbet, i takt med der foretages undersøgelser og tolkes på disse, opstår en ny forståelsesramme, hvorpå der igen kan tolkes, således at læringsprocessen følger den hermeneutiske spiral.²⁰

Der vil derudover grundet det faktum, at det nugældende regelsæt er ganske nyt, og praksis afledt heraf ganske sparsom, være tale om et øjebliksbillede. På sigt ville det dog være hensigtsmæssigt at udarbejde et longitudinalstudie, hvorunder udviklingen observeres.²¹

Der anvendes, som foreskrevet af Ib Andersen, undervejs modeller for at illustrere, hvorledes komplekse tilstande og – elementer hænger sammen og påvirker hinanden.²²

Det anføres, i forlængelse af ovenstående, at der anlægges en samfundsorienteret synsvinkel, således at ovenstående problemstilling belyses med samfundsøkonomisk vinding for øje. Da gældende ret, i nærværende fremstilling, nedstammer fra EU, betragtes EU i det følgende som

¹⁸ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 85

¹⁹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2008), s. 35

²⁰ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2008), s. 193

²¹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2008), s. 49

²² Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2008), s. 84

samfund. Nærværende fremstilling baseres desuden delvist på en normativ tilgang,²³ hvor løsningsorienterede tiltag, vedrørende afhjælpning af diagnosticerede problemer, således må adresseres lovgiver. Undersøgelsesformålet må således, såfremt der henses til Ib Andersens terminologi, hovedsageligt være eksplorativt samt normativt.²⁴ Afhandlingen bygges op af en problemformulering med en dertilhørende konklusion, hvor teori og empiri sammenholdt med analyse og tolkning bidrager til besvarelsen af de enkelte delspørgsmål i overensstemmelse med Enderuds model.²⁵ Da de udbudsretlige regelsæt analyseres med afsæt i anerkendt økonomisk teori, forekommer det oplagt at anlægge en teoretisk tolkningsform, således at de indhentende data tolkes med udgangspunkt i udvalgt teori sammenholdt med common-sense-tolkning.²⁶ Med de, i afhandlingen indeholdte variabler, vil det dog være vanskeligt at måle effekten af forskellige tiltag på en nominal skala, hvorefter der anvendes et ordinale måleniveau.²⁷ Der anvendes til besvarelsen både primær- og sekundærdata, hvor hovedparten af disse dog, i sagens natur, vil have kvalitativ karakter.²⁸

Da det i sagens natur, under de gældende rammer, ikke vil være muligt at foretage en totalundersøgelse, foretages en delundersøgelse, hvor et udsnit af danske udbud undersøges, hvorefter der ved hjælp af inferens drages generelle slutninger.²⁹

Afhandlingen er bygget op af fem kapitler. Kapitel 2 indeholder den juridiske analyse, som relaterer sig til problemformuleringens juridiske delspørgsmål. Herunder analyseres det nuværende retsgrundlag på det udbudsretlige område. Derudover defineres fleksible udbudsformer, ligesom det undersøges, i hvilken grad disse tillader forhandling og informationsdeling mellem parterne.

Kapitel 3 indeholder den økonomiske analyse, som relaterer sig til problemformuleringens økonomiske delspørgsmål. Det analyseres herunder, hvorledes forhandling og informationsdeling bidrager til værdiskabelse i det relationelle forhold.

Kapitel 4 indeholder den integrerede analyse, som er relateret til problemformuleringens integrerede delspørgsmål. Det analyseres herunder, med afsæt i konkrete eksempler, i hvilken grad anvendelse af fleksible udbudsformer tilfører kontraktuel værditilvækst.

²³ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 23

²⁴ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 21

²⁵ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 25

²⁶ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 199

²⁷ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 81

²⁸ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 151

²⁹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 111

Kapitel 5 indeholder afsluttende en, for afhandlingen, samlet konklusion, hvor problemformuleringens tre delspørgsmål sammenholdes med resultaterne af de juridiske –, økonomiske – og integrerede analyser.

1.4.2 Juridisk metode

For at være i stand til at vurdere i hvilket omfang Direktiv 2014/24/EU, i sammenhæng med forhandlingsforbuddet samt generelle principper, garanterer et retsgrundlag, som foranlediger økonomisk efficiente udbudskontrakter, er det en nødvendighed at ræsonnere gældende ret. Det er herunder nødvendigt at foretage en fyldestgørende analyse af anvendelsesmulighederne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Den, af Direktivet, implementerede Udbudslov behandles i nærværende afhandling – årsagen herfor skal findes i det faktum, at det, grundet tidspunktet for afhandlingsforløbet, ikke har vist sig muligt at udelade hverken Direktivet eller Udbudsloven.

Analysen tager afsæt i den retsdogmatiske metode, der behandler de relevante kilder for udarbejdelse af de lege lata³⁰ – derudover inddrages en række fortolkningsbidrag for at være i stand til at udlede, hvordan gældende ret kan – og skal fortolkes.³¹ Til analysen anvendes primært kvalitative data.³² Som nævnt ovenfor omfatter den udvalgte empiri hovedsagligt love og regler, observationsnotater samt semistrukturerede interviews, hvilke alle er udtryk for kvalitative dataformer. Analyse- og tolkningsteknik vil ligeledes i forlængelse heraf være kvalitativ, da det skaber det mest nuancerede billede af retstilstanden og mulighederne, om end en sådan teknik må betragtes som væsentligt mere tidskrævende end kvantitative teknikker.³³ Ib Andersen anfører, i forlængelse af metodetrianguleringsteorien, at anvendelse af enten kvalitativ eller kvantitativ data kan være en svaghed, såfremt der udelukkende henses til én af disse dataformer. I nærværende sammenhæng er anvendeligheden af kvantitativ data dog begrænset, hvorfor der primært tages afsæt i kvalitative datakilder.³⁴ I det juridiske afsnit foretages enkelte, udvalgte observationer, hvorefter generelle udbudsretlige symptomer udledes, sådan at der afsluttende stilles en overordnet diagnose. Fremgangsmåden er således, også i dette afsnit, primært karakteriseret ved induktion, hvilket følger naturligt af en ringe forhåndsviden på genstandsfeltet.

³⁰ ”Gældende ret” – Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & retsteorier (2011), s. 29

³¹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & retsteorier (2011), s. 28

³² Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 27

³³ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 49

³⁴ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 165

- *1.4.2.1 Retskildelære*

Ifølge retskildelæren inddeles retskilderne i fire hovedgrupper, hvorunder regulering, retssædvaner, præjudikater samt forholdets natur udgør de fire hovedgrupper. Før Alf Ross' realistiske retsteori foretog man en principiel sondring mellem regulering på den ene side og de resterende retskilder på den anden side – her blev regulering set som den primære retskilde, der var absolut bindende for dommere og andre, medens de andre retskilder måtte vige for denne.³⁵ Efter gennembruddet af Alf Ross' realistiske retsteori har det være almindeligt accepteret, at der ikke eksisterer nogen rangering mellem danske retskilder i forhold til disses gyldighed.³⁶ Der foretages ikke, i det juridiske afsnit, en slavisk gennemgang af de enkelte retskilder – disse inddrages i stedet udelukkende, hvor det er relevant. Qua det nye regelsæt vil regulering være analysens omdrejningspunkt, medens, eksempelvis, praksis ikke tillægges lige så stor vægt, da der herunder blot eksisterer sparsom præcedens.

Når der er tale om ordregivende myndigheder er disse, i forhold til Udbudsretten, underlagt retskilder af Folkeretlig –, EU-retlig – samt National karakter³⁷. Da denne afhandlings omdrejningspunkt vedrører kontrakter, der er underlagt Direktiv 2014/24/EU, vil den juridiske analyse således primært være bygget på den EU-retlige regulering. Der vil dog som supplement anvendes national ret, hvor der er tale om byrdefuld regulering, og hvor denne ikke umiddelbart kan udledes af Direktivteksten.

Der er i den EU-retlige regulering tale om henholdsvis primære – og sekundære retskilder³⁸. Ved Primærretten forstås Traktaten, hvorunder offentlige ordregivere, i nogen sammenhænge, ligeledes bliver pligtsubjekt. Primærretten behandles ikke i det følgende – se afsnit 1.3.1 – Juridisk afgrænsning.

Udgangspunktet i nærværende fremstilling er Direktiv 2014/24/EU, som i EU-retten betragtes som en sekundær retskilde. Der henses dog også til grundlæggende principper, som ikke reguleres direkte i Direktivet, men i stedet udspringer af grundlæggende EU-retlige hensyn.

³⁵ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier* (2011), s. 28

³⁶ Alf Ross, *Om ret og retfærdighed* (1953) og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier* (2011), s. 28

³⁷ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 35

³⁸ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, kap. 1, afsnit 2.2 og 2.3

I forlængelse af ovenstående anføres det, at der foretages et udpluk af Direktiv- og lovbestemmelser med afsæt i disses relevans for den juridiske problemformulering, hvorefter der udelukkende analyseres på disse. En slavisk gennemgang af Direktiv- og lovbestemmelser foretages således ikke – der vil i stedet være tale om Direktiv- og lovtekst, hvor dette vil være hensigtsmæssigt i forhold til anvendelsesmulighederne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

Direktiver er per definition, jf. art. 288 TEUF, bindende for enhver medlemsstat, medens implementeringen af disse overlades til de respektive nationale myndigheder. Formålet er således at sikre implementering af Direktivets tilsigtede mål³⁹, hvorunder der er pligt til EU-konform fortolkning. Om dette reelt er tilfældet ved den danske version, i Udbudsloven, er på nogle områder tvivlsomt, hvorfor der også vil forekomme analyser af udvalgte nationale bestemmelser.

Praksis fra EU-Domstolen samt kendelser fra Klagenævnet inddrages ligeledes i analysen. Det anføres dog, at praksis, efter de gældende regelsæt, er ganske sparsom, hvorfor der også henses til ældre praksis. Af samme årsag bidrager den udvalgte praksis ikke nødvendigvis til at klarificere gældende ret, men i lige så høj grad til at statuere uheldige udbudsretlige symptomer.

- *1.4.2.2 Fortolkningslære*

Nærværende fremstilling anvender som udgangspunkt objektiv formålsfortolkning. I EU-retlig sammenhæng benyttes som altovervejende hovedregel objektiv formålsfortolkning, da formålet ofte netop fremgår af selve retsakten, som således i sig selv udgør genstand for fortolkning.⁴⁰ Dette er ligeledes tilfældet i Udbudsdirektivet, hvor præambelbetragtningerne gør sig nogle klare tilnærmelser i forhold til fortolkning af de enkelte bestemmelser.⁴¹ Der henses også til ordlydsfortolkning af de enkelte bestemmelser, hvor præambelbetragtningerne ikke bidrager med retningslinjer for, hvorledes de enkelte formuleringer mere konkret skal tolkes.

Der vil dog fortsat forekomme uklarheder, idet særligt den danske Udbudslov indeholder, hvad Udbudslovsudvalget beskriver som konstruktive uklarheder. Herved udledes, at retstilstanden på flere områder, på trods af den nye lov, og de dertilhørende formålsbetragtninger, ikke fremstår krystalklar. Det vil således, for at sikre et nuanceret billede af retstilstanden, være nødvendigt at gå mere i dybden med de reelle hensigter. Der tænkes i denne forbindelse særligt på § 160, som

³⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier* (2011), s. 131

⁴⁰ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier* (2011), s. 51

⁴¹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & retsteorier* (2011), s. 243

sammen med anvendelsesbetingelserne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, udgør centrale omdrejningspunkter i den juridiske analyse.

I denne forbindelse inddrages ikke-bindende retsakter, såsom Kommissionens svar på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgsmål vedrørende fortolkning af § 160, vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Udbudsrådet samt Rådets og Kommissionens Fælleserklæring. Derudover henses der til Klagenævnets – og Domstolens approach til formålsfortolkning ved tidligere kendelser, herunder hvilken tilgang der anlægges, samt i hvilken grad der, med afsæt i formålsbetragtninger og andre fortolkningsbidrag, tolkes på de enkelte bestemmelser. Der udarbejdes derudover et interview med en offentlig ordregiver fra Københavns Kommune, som giver et bud på, hvorledes de centrale bestemmelser bør tolkes. Der tages afsluttende del i faglige konferencer, hvorunder foredrag, dialog og sparring med eksperter og interessenter, eksempelvis repræsentanter fra udbudslovsudvalget^{42 43}, bidrager til en bedre forståelse af retstilstanden og konkret tolkning af Udbudslovens udvalgte dele.

I forbindelse hermed anvendes udvalgte spørge- og observationsteknikker. Ved udarbejdelse af det kvalitative interview anlægges en relativt høj struktureringsgrad for at sikre, at besvarelsene er relevante, og spørgsmålene følger den, for afhandlingen gennemgående, røde tråd.⁴⁴ I forhold til de observationer som foretages, kan disse karakteriseres som værende skjulte, strukturerede, kvalitative samt indirekte.⁴⁵ Herved menes, at fænomenerne som undersøges er udvalgt på forhånd, at de udvalgte personer ikke er bekendt med det faktum, at de er genstand for en undersøgelse og ej heller kender formålet med observationen. Det vurderes, at der ved disse metoder skabes det mest nuancerede billede af retstilstanden samt de forskellige interesser som er i spil.

Der dannes herved et kompliceret billede af retstilstanden og fortolkningsgrundlagene, som kalder på en metode til at sammenholde dette omfattende dataindtræk. Hertil anvendes rekontekstualisering⁴⁶, hvor meningsenheder, fra en række informanter, samles med det formål at belyse de forskellige interesser og ikke mindst den måde, hvorpå det forventes, at praksis, efter den nye lov, formes.

⁴² Jesper Fabricius, Accura Advokatpartnerselskab

⁴³ Anja Piening, Nørgaard Piening Advokater

⁴⁴ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelig (2010), s. 153

⁴⁵ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelig (2010), s. 155

⁴⁶ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelig (2010), s. 205

1.4.3 Økonomisk metode

Den økonomiske metode fokuserer på det kontraktøkonomiske perspektiv. Det søges belyst, hvorledes, og ved hjælp af hvilke virkemidler, agenter kan maksimere værdien af en given kontrakt, hvor offentlige udbudskontrakter udgør objektet. Til dette formål anvendes en række økonomiske modeller og teorier, herunder spilteori, P/A teori, transaktionsomkostningsteori samt en videreudvikling af Edgeworth Box modellen.

Spilteorien anvendes i nærværende sammenhæng for at illustrere, hvorledes forhandling kan tilføre kontraktuelle relationer værdi.⁴⁷ Der tages afsæt i prisoners dilemma spillet, hvorunder kooperative og ikke-kooperative spil behandles.⁴⁸ Rationalet medfører, at spillets udfald kan påvirkes, såfremt agenterne kan koordinere adfærd ved kommunikation og forhandling. Spilteorien adskiller sig fra den traditionelle neoklassiske tankegang og det parametriske rationalitetsbegreb, således at individuelle agenter træffer beslutninger afhængig af omgivelsernes ageren frem for for at træffe beslutninger ud fra, hvad der betragtes som værende udefra givet.⁴⁹

Dernæst anvendes P/A teori⁵⁰ til at analysere incitamentstrukturer mellem principal og agent – i udbudsretlig sammenhæng kan disse begreber personificeres ved ordregiver og tilbudsgiver.

Der vil i tilfælde, som beskrevet ovenfor, forekomme asymmetrisk information mellem kontraktparterne, som potentielt kan resultere i inefficiente incitamentsstrukturer.⁵¹ Asymmetrisk information ansporer således udfordringer, både i den prækontraktuelle fase (adverse selection⁵²) og i den postkontraktuelle fase (moral hazard⁵³).⁵⁴ Asymmetrisk information vanskeliggør efficient kontrahering og behandles således i nærværende sammenhæng med løbende referencer til Udbudsretten. Der opstilles ligeledes en række løsningsforslag i forhold til ovennævnte problematik, ligesom effekten af disse afsluttende diskuteres i relation til valg af udbudsform.

Der anlægges endvidere en transaktionsomkostningsorienteret vinkel.⁵⁵ Teorien bidrager til en analyse af de administrative omkostninger, som vil forekomme ved inkorporering af

⁴⁷ Prajit K. Dutta, *Strategies and Games* (1999), s. 394

⁴⁸ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi* (1997), s. 86

⁴⁹ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi* (1997), s. 89

⁵⁰ Kirsten Bregn, *Principal-agent teori* (2007), s. 113

⁵¹ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi* (1997), s. 164

⁵² Prajit K. Dutta, *Strategies and Games* (1999), s. 395

⁵³ Prajit K. Dutta, *Strategies and Games* (1999), s. 293

⁵⁴ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi* (1997), s. 165

⁵⁵ Carsten A. Koch, *Transaktionsomkostningsteori* (2007), s. 85

forhandlingselementer i udbudsproceduren. Det er hypotesen, at forhandling, afhængig af transaktionsomkostningernes størrelse og den realiserede merværdi, kan optimere udbudsprocessen. Denne inddrages i nærværende sammenhæng, da transaktionsomkostningerne, ifølge flere praktikere, bliver afgørende i forhold til valg af udbudsform. Det bliver herved, i forhold til valg af udbudsform, relevant at analysere, hvornår, og under hvilke omstændigheder, fleksible udbudsformer kan realisere en kontraktuel merværdi, som kan oppebære de deraf foranledigede transaktionsomkostninger.

Afsluttende anvendes en videreudvikling af Edgeworth Box modellen for at illustrere, hvorledes der kan skabes kontraktuel værditilvækst i den situation, hvor omstændighederne er givet på forhånd. Der kan, på trods det faktum at ydelsen og betingelserne i øvrigt, i udbudsretlig sammenhæng, ofte er givet på forhånd, lukres på effektiv allokering af usikkerhed og cost drivers. Modellen inddrages for at illustrere ovenstående tendenser i sammenhæng med valget af udbudsform.

Der anvendes undervejs i den økonomiske analyse modeller, således at der skabes forenklede systemer i forhold til det udsnit af virkeligheden, som søges belyst.⁵⁶ Den økonomiske analyse indtager, i modsætning til det juridiske afsnit, en mere deduktiv approach. Hvor der, i den juridiske analyse, observeres forskellige fænomener, og deraf drages generelle slutninger, tager det økonomiske afsnit afsæt i hypotesen om, at forhandling og informationsdeling fremmer kontraktøkonomisk efficiens, hvilket således søges bevist ved hjælp af forskellig økonomisk teori.⁵⁷ I denne forbindelse må begrebet kontraktøkonomisk efficiens operationaliseres.⁵⁸ Der tages igen udgangspunkt i et ordinalt måleniveau,⁵⁹ således at graden af kontraktøkonomisk efficient måles relativt i forhold til de forskellige udbudsformer, med afsæt i parternes akkumulerede nytte, som udspringer af den kontraktuelle relation. Undersøgellesdesignet i den økonomiske analyse vil således, i samspil med den normative tilgang, ligeledes være forklarende.⁶⁰

En stor del af den data, som behandles i den økonomiske analyse, kan betragtes som forskningsdata.⁶¹ Udover de udvalgte modeller inddrages således en række betragtninger fra videnskabelige artikler, udarbejdet ved forskellige institutter, som sammenholdes med de, af teorien, udledte slutninger, for at skabe et mere nuanceret billede af de økonomiske tendenser.

⁵⁶ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 85

⁵⁷ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 35

⁵⁸ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 79

⁵⁹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 81

⁶⁰ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 21

⁶¹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 161

Der tolkes efterfølgende på disse slutninger, hvorunder der gøres brug af både teoretisk tolkning og common-sense tolkning.⁶² For slutteligt at udlede noget konkret fra de forskellige modeller og teorier anvendes igen rekontekstualisering, hvor de forskellige slutninger og indtryk sammenholdes for deraf at drage generelle slutninger.⁶³

1.4.4 Integreret metode

I den integrerede analyse kombineres juridiske betragtninger og kontraktøkonomiske teorier i en retsøkonomisk analyse af efficiens, ved henholdsvis traditionelle – og fleksible udbudsformer, under iagttagelse af gældende ret. Med afsæt i juridiske – og økonomiske analyser, stammende fra foregående kapitler, søges der, i den integrerede analyse, svar på en problemstilling, hvor jura og økonomi kombineres.⁶⁴

Da den integrerede analyse opererer i et grænseland mellem jura og økonomi, anvendes der ikke modeller, som nedstammer fra isolerede fagområder – der henses i stedet til slutninger som drages i henholdsvis den økonomiske – og den juridiske vidensproduktion for derved at foretage en analyse af, hvorledes der, under gældende ret, konstrueres efficiente udbudsprocesser.⁶⁵

Den integrerede analyse præsenterer således et normativt aspekt, som, med afsæt i den erhvervsjuridiske metode, søger at optimere gældende ret, i det omfang det er muligt, med udgangspunkt i jura og økonomi som kombinerede discipliner.⁶⁶

Det opsummeres indledningsvist i hvilket omfang gældende ret skaber muligheder for fleksible udbudsformer, samt hvorvidt anvendelse af disse er efficient i en kontraktøkonomisk kontekst. Det belyses herefter, med afsæt i foregående analyser, hvorledes valg af udbudsform påvirker efficiens under indgåelse af offentlige kontrakter, samt om reglerne for anvendelse af fleksible udbudsprocedurer er korrekt opstillet. Herefter opstilles et case studie, hvor et konkret udbud analyseres. Studiet vil være teoritestende, således at det undersøges, i hvilket omfang teorien er anvendelig i praksis.

⁶² Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 198

⁶³ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 205

⁶⁴ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & retsteorier (2001), s. 41

⁶⁵ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & retsteorier (2001), s. 42

⁶⁶ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & retsteorier (2001), s. 447

Til dette formål indhentes Klagenævnets kendelse i den konkrete sag, ligesom Udbudsdokumenterne inddrages. Derudover foretages strukturerede skriftlige interviews⁶⁷ med kontaktpersoner fra den ordregivende myndighed.

Med afsæt i ovenstående empiri vurderes det, om Udbudsmaterialet er konstrueret på en måde, som ansporer efficiente tilstande, samt hvorledes dette i modsat fald kunne optimeres. Der dykkes herved ned i udvalgte afsnit af Udbudsmaterialet, hvorefter der analyseres på ordlyden af det konkrete krav samt ordregivers erklærede hensigter med dette. Herved genereres en vurdering af, om ordregiver har ageret hensigtsmæssigt, samt hvorledes kravspecifikationer følgende, med fordel, kan udformes.

Undersøgellesdesignet vil således være normativt⁶⁸ ligesom der, jf. ovenstående, tages afsæt i kvalitative data.⁶⁹ Der anlægges en åben, deltagende, struktureret og direkte observationsteknik,⁷⁰ hvormed menes, at fænomenerne, som undersøges, er udvalgt på forhånd, ligesom undersøgelsespersonerne er bekendt med undersøgelsen samt dennes formål og selv tager del heri.

Der er tale om en delundersøgelse,⁷¹ mere konkret et single case studie⁷² med én analyseenhed, som er udvalgt ved enkel tilfældig udvælgelse,⁷³ hvor sagens relevans for problemformuleringen dog har været afgørende. Det erkendes hermed, at generaliserbarheden kunne øges ved at betragte flere konkrete udbud, men fremdriftsreformen, samt hensynet til afhandlingens omfang, har umuliggjort dette. Der tolkes efterfølgende på resultaterne ud fra et common-sense princip,⁷⁴ hvor der dog henses til de økonomise teser samt de juridiske begrænsninger.

Det konkluderes afsluttende om måden, hvorpå det konkrete udbud er udformet, foranlediger efficient kontrahering, samt hvad der med fordel kunne ændres, ligesom der tages kritisk stilling til studiets validitet, reliabilitet samt generaliserbarhed.

⁶⁷ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 169

⁶⁸ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 21

⁶⁹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 27

⁷⁰ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 155

⁷¹ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 110

⁷² Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 118

⁷³ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 111

⁷⁴ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 197

1.5 Begrebsafklaring

1.5.1 Forhandlingsbegrebet

- *1.5.1.1 Forhandling i udbud*

Forhandling, i udbudsretlig sammenhæng, er relateret til udbudsformen, udbud med forhandling, som gennemgås mere indgående i kapitel 2. I denne sammenhæng må forhandling betragtes som den proces, der gennemgås, hvorunder ordregiver – og tilbudsgivere forhandler om kontraktens indhold, hvilket kan omfatte selve kontraktens genstand, afklaring af forbehold samt præciseringer og justeringer, som ligeledes kan have bekræftende karakter.

- *1.5.1.2 Forhandling generelt*

Forhandling betegner i nærværende fremstilling den situation, hvor to – eller flere parter forhandler vedrørende fordeling – eller allokering af ressourcer.⁷⁵ Når der således udelukkende tales om forhandling, må der henses til ordets klassiske forstand, som ikke nødvendigvis kan sidestilles med forhandling i udbudsretlig sammenhæng.

1.5.2 Kontraktøkonomisk værditilvækst

Kontraktøkonomisk værditilvækst angiver den yderligere værdi/nytte, som realiseres af kontraktparterne i den situation, hvor en kontrakt indgås på gunstigere vilkår end først antaget og er relateret til det scenarie, hvor anvendelse af en anden udbudsform end den valgte, kunne have generet værdi for parterne. Begrebet anvendes i særdeleshed, hvor udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, med fordel, kunne have været anvendt frem for offentligt – eller begrænset udbud. Andre begreber, som eksempelvis nytteeffekt, kontraktøkonomisk merværdi m.m., anvendes ligeledes i nærværende fremstilling, men må forstås i overensstemmelse med ovenstående.

1.5.3 Validitet og reliabilitet

Validitet dækker i nærværende sammenhæng relevansen af den udvalgte teori/empiri for den samlede problemformulering. Reliabiliteten angiver derimod graden af nøjagtighed i undersøgelserne. Altså hvor sikre og præcise slutningerne, som kan drages med afsæt i den udvalgte

⁷⁵ Anders Poulsen og Niels Bruhn Christensen, *Mikroøkonomi* (2005), s. 103

teori/empiri.⁷⁶ Begreberne anvendes i særdeleshed i kapitel 4 i forbindelse med det undersøgte case studie.

⁷⁶ Ib Andersen, Den skinbarlige virkelighed (2010), s. 83

Kapitel 2 – Juridisk analyse

2.1 Partautonomi og offentligt udbud

Partsautonomien, eller aftale- og kontraktfrihed, er et udtryk for den frihed, som tilfalder parter i forbindelse med kontraktindgåelse. Enhver person, såvel fysisk som juridisk, besidder som udgangspunkt kontraktfrihed, hvilket omfatter frihed til at indgå kontrakter, med hvem den pågældende part måtte ønske, og med det indhold som parterne kan enes om.⁷⁷ Kontraktfriheden har som princip eksisteret siden det 17. århundrede og vandt for alvor anerkendelse i det 19. århundrede. I dag anerkendes princippet om partsautonomi ligeledes som det deklaratoriske udgangspunkt ved kontraktindgåelse, selvom dette nu i højere grad udspringer af gængse retskilder, herunder blandt andre regulering.⁷⁸ Princippet er ligeledes gengivet i Grundloven, hvorefter indskrænkninger i fri – og lige adgang til erhverv, som ikke kan begrundes i det almene vel, skal hæves ved lov.⁷⁹ Konkurrence- og Udbudsretten er eksempler på retsområder, hvor det har vist sig nødvendigt at begrænse kontraktfriheden ved hjælp af offentlig regulering.⁸⁰

Udbudsretten er, i EU, således underlagt særregulering, som har til hensigt at begrænse partsautonomien af hensyn til grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed samt effektiv konkurrence. Reguleringen, inden for EU, har således medført, at indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indgåelse af kontrakter om indkøb af varer eller tjenesteydelser skal sendes i udbud, såfremt kontraktens værdi overskrider de, for ydelsen, fastsatte tærskelværdier.⁸¹

Lovgiver har således fravalgt princippet om partsautonomi, til fordel for en gennemgående regulering af offentligt udbud, for at sikre effektiv konkurrence og lige adgang for alle aktuelle – og potentielle tilbudsgivere til at byde på offentlige kontrakter, såfremt de nærmere omstændigheder medfører udbudspligt.

Valget af denne model kan undre, såfremt der henses til den grundlæggende antagelse om, at kontraherende parter, i fællesskab, vil opnå efficiente tilstande ved hjælp af inter partes forhandling og kommunikation, i tilfælde, hvor der ikke opstilles retningslinjer for, hvorledes de enkelte parter

⁷⁷ Bernard Gomard, *Almindelig kontraktsret* (1996), s. 18

⁷⁸ Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler om mellemmand* (2011), s. 22

⁷⁹ Danmarks Riges Grundlov § 74

⁸⁰ Bernard Gomard, *Almindelig kontraktsret* (1996), s. 19

⁸¹ Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler om mellemmand* (2011), s. 284

skal agere. Denne antagelse udspringer af Coase teoremet, hvorefter der argumenteres for, at individet selv kan organisere handler, som frembringer efficiente resultater, uden indblanding fra tredjemand.⁸²

Svaret på, hvorfor man alligevel, fra lovgivers side, har valgt at regulere området, må formentlig findes i det faktum, at offentlige organer følger et andet værdisæt end private parter, som udelukkende har økonomisk vinding for øje. Offentlige organer må udfylde sine sociale funktioner og tilse, at kontrakter indgås ikke blot i det offentliges – men også i samfundets interesse.⁸³ Det har således vist sig nødvendigt at fastlægge bestemte procedurer for at sikre, at offentlige organer ikke overkrider, eller udnytter, sine beføjelser på samfundets bekostning, selvom dette medfører, at man afviger fra partsautonomien, som, ifølge Ronald Coase, fremmer efficient kontrahering.

Lovgiver anerkender dog i højere og højere grad behovet for fleksibilitet i udbudsretlig sammenhæng, hvilket afspejles i Direktiv 2014/24/EU, hvor man forsøger at etablere en afbalanceret hensynsafvejning mellem ligebehandling, gennemsigtighed og effektivitet. Årsagen hertil findes formentlig i et samfundsmæssigt gennemgående ønske om effektiv anvendelse af offentlige ressourcer, hvilket ultimativt er i samfundets interesse. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed står fortsat som grundstenene i EU Udbudsretten, men med den udvidede adgang til fleksible udbudsformer tillades altså kontraktuelle konstruktioner, som i højere grad minder om partsautonomien, som vi kender den.

Om man ved Direktiv 2014/24/EU har fundet den rette balance mellem de forskellige hensyn, må for nu stå hen i det uvisse. Følgende analyser søger dog at gøre sig nogle tilnærmelser i forhold hertil.

2.2 EU-udbud før og nu

Med det nye Direktiv, og den efterfølgende Udbudslov, er retsgrundlaget for Udbud blevet modificeret på en række områder. Nærværende afsnit behandler de væsentligste ændringer, med fokus på betydningen af de nye tiltag for anvendelsesmulighederne, set i relation til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

⁸² Ronald Coase – Coase teoremet

⁸³ Alf Ross, Ret og retfærdighed (1971), s. 247

Der henses ikke til eventuelle ændringer i proces og fremgangsmåde men udelukkende ændringer, der er relateret til adgangsbetingelserne for anvendelse af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog samt praktiske anvendelsesbegrænsninger for disse.

Det fremgår af betragtning 42 i præamblen til Direktiv 2014/24/EU, at et af formålene med det nye regelsæt har været at give ordregivende myndigheder den nødvendige fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, som giver mulighed for forhandling eller dialog.⁸⁴ Der er herved lagt op til en videre adgang for anvendelse af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

Den tidligere restriktive tilgang til udbud med forhandling var reguleret i art. 30 og 31 i Direktiv 2004/18/EU. Art. 30 regulerede udbud med forhandling *med* forudgående udbudsbekendtgørelse, medens art. 31 regulerede udbud med forhandling *uden* forudgående udbudsbekendtgørelse. Det giver i nærværende sammenhæng blot mening at behandle art. 30, hvorefter udbud med forhandling var tilladt i overensstemmelse med betingelserne som anført udtømmende i stk. 1, litra a-d. Disse omfattede tilfælde, hvor der ikke var modtaget konditionsræssige tilbud ved offentligt – eller begrænset udbud, tilfælde, hvor forudgående samlet prisfastsættelse ikke var mulig, tilfælde, hvor tjenesteydelseskontrakter ikke kunne specificeres i en sådan grad, at det var muligt at identificere det bedste tilbud i henhold til reglerne om offentligt – og begrænset udbud, samt tilfælde, hvor bygge- og anlægskontrakter udførtes med henblik på forskning, forsøg eller videreudvikling.⁸⁵

Det anføres i forlængelse af ovenstående, at Udbudsrådets Vejledning til Direktivet beskrev denne udbudsform som værende tilladelig udelukkende i undtagelsestilfælde.⁸⁶ Denne betragtning taler for en meget begrænset adgang for anvendelse af denne udbudsform, hvilket da også har vist sig at være tilfældet i praksis, hvor blot et fåtal af de gennemførte udbud, under det tidligere regime, blev gennemført som udbud med forhandling.⁸⁷

Adgangen til udbud med forhandling må i dag konstateres at være væsentligt udvidet i forhold til det tidligere regelsæt. Betingelserne for anvendelse er nu reguleret i Direktiv 2014/24/EU, art. 26, stk. 4, litra a, i-iv samt litra b. Betingelserne for anvendelse gennemgås mere udførligt i afsnit 2.4.2.1, men ændringerne må alligevel berøres perifært i denne sammenhæng.

⁸⁴ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 42

⁸⁵ Direktiv 2004/18/EU, art. 30, stk. 1, litra a-d

⁸⁶ Udbudsrådet, Dialog ved udbud – hvad er muligt? (2010)

⁸⁷ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview (2016), s. 1

Henses der til lovteksten alene er der ikke tvivl om, at barrierene for anvendelse lempes, om end adgangen til udbud med forhandling forsat reguleres af en række specifikke betingelser. For et mere entydigt billede af lovgivers hensigter med hensyn til de nye bestemmelser kan der med fordel henses til præambelbetragtningerne, hvor særligt betragtning 42 og 43 i vid udstrækning åbner en række muligheder for anvendelse af fleksible udbudsformer. Det fremgår blandt andet heraf, at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog bør anvendes, *hvor offentligt – eller begrænset udbud ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat*.⁸⁸ Det er en anelse uklart, hvad der skal forstås ved ”et tilfredsstillende resultat” i denne sammenhæng, men det må formentlig tolkes, således at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog bør være tilgængeligt, hvor parterne ikke ved offentligt – eller begrænset udbud kan opnå et ligeså tilfredsstillende resultat som ved udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog. Dette er et stort skridt set i forhold til Direktivet fra 2004.

Hvad angår den konkurrenceprægede dialog er ændringerne væsentligt mere omfattende end ved udbud med forhandling. Konkurrencepræget dialog var, inden Direktiv 2014/24/EU, reguleret af Direktiv 2004/18/EU, art. 29, hvorefter denne udbudsform udelukkende kunne anvendes ved særligt komplekse kontrakter. Bestemmelsen foreskrev ikke, hvad der nærmere skulle forstås ved særligt komplekse kontrakter, men betragtning 31 i præambelen gør sig nogle vage tilnærmelser i forhold til en definition af begrebet. Den uklare retstilstand har formentlig været skyld i, at udbudsformen ikke har været mere udbredt end tilfældet har været.⁸⁹

Med det nye Direktiv ensrettes adgangsmulighederne for konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling, således at der er kohærens mellem betingelserne for anvendelse, uanset hvilken af de to udbudsformer der vælges.⁹⁰ Det er i denne sammenhæng ligeledes værd at bemærke, at lovgiver, i præambelbetragtningerne, udtrykker et ønske om yderligere fleksibilitet, som i lovgivers optik realiseres ved øget anvendelse af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

⁸⁸ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 42

⁸⁹ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 148

⁹⁰ Direktiv 2014/24/EU, art. 26, stk. 4

2.3 Direktiv 2014/24/EU – Udbudsdirektivet

2.3.1 Generelle principper

- 2.3.1.1 Ligebehandlingsprincippet

Ret beset er ligebehandlingsprincippet en almen EU-retlig norm, der kan sidestilles med et krav om, at alle individer skal behandles på et identisk grundlag⁹¹. Det udeledes heraf, jf. sag C-21/03 og C-34/03⁹², at det lige skal betragtes lige, og det ulige skal betragtes ulige, med mindre en sådan forskellig behandling objektivt kan begrundes.⁹³ En sådan lighedsgrundsætning kan, efter sit indhold, sættes i relief til det EU-retlige diskriminationsforbud – forskellen ligger dog i, at diskriminationsforbuddet betragter retsnormen negativt, da dette forbud foreskriver, at der ikke må diskrimineres/forskelsbehandles.⁹⁴

Helt lavpraktisk er ligebehandlingsprincippet reguleret eksplicit i Udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, og medfører, at offentlige ordregivere har pligt til at behandle alle tilbudsgivere på lige vilkår, således at alle tilbudsgivere får mulighed for at konkurrere på lige fod. Der er hermed forbud mod forskelsbehandling som følge af et hvilket som helst usagligt kriterium.⁹⁵

EU-Domstolen har gennem tiden understreget, at udbudsreglerne er skabt med henblik på at udvide varernes – og tjenesteydelseernes fri bevægelighed og hermed minimere/eliminere potentielle hindringer, der måtte foreligge.⁹⁶ Oprindeligt fremgik det dog ikke specifikt af Traktatens bestemmelser, at der gjaldt en almindelig lighedsgrundsætning i EU-retten – dette blev dog stadfæstet af EU-Domstolen i 1977 i C-117/76 & 16/77⁹⁷. Samt C-124/76 & 20/77⁹⁸. EU-Domstolen anførte således, som følge af disse afgørelser, at diskriminationsforbuddet måtte tolkes som et alment lighedsprincip i lighed med Fællesskabsrettens grundlæggende principper. Dette medfører, at EU's institutioner, uden tvivl, er bundet af den almene lighedsgrundsætning, og at det således er en gyldighedsbetingelse for alle EU's institutioners retsakter, at ligebehandlingsprincippet overholdes. Førhen antoges det, at der forelå visse undtagelser – dette var således tilfældet i forbindelse med medlemsstaternes forpligtelse til at overholde den almene

⁹¹ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 63

⁹² C-21/03 og C-34/03 - Fabricom

⁹³ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 99

⁹⁴ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 63

⁹⁵ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 105

⁹⁶ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 64

⁹⁷ C-117/76 & 16/77 – Albert Ruckdeschel & Co

⁹⁸ C-124/76 & 20/77 – S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson

lighedsgrundsætning, når der var tale om unionsretlige forpligtelser, så som retsanvendelse og regeludstedelse, jf. Claus Gulmanns disputats.⁹⁹ EU-Domstolen fastslog dog ved sag C-201 og 202/85¹⁰⁰, at den almene lighedsgroundsætning også måtte overholdes i ovenstående tilfælde, hvorfor anvendelsesområdet hermed måtte antages for udvidet.¹⁰¹

Det kan derfor klarlægges, at ligebehandlingsprincippet, ligesom andre grundlæggende EU-primærretlige principper, udover at gælde internt i EU-retten, skal respekteres i national ret på EU-regulerede områder. Hvad der med sikkerhed kan defineres som EU-regulerede områder, hvor almindelige EU-retlige principper, så som ligebehandlingsprincippet, hermed også skal respekteres i national ret, synes dog i nogen sammenhænge uklart. Der er dog to udbudsområder, der med sikkerhed skal anses for værende EU-regulerede, dels udbud inden for Udbudsdirektivernes anvendelsesområde og dels kontrakter uden for Udbudsdirektivernes anvendelsesområde, der har karakter af grænseoverskridende interesse.¹⁰²

Hvis der foreligger et ikke-EU-reguleret spørgsmål, kan de pågældende medlemsstater selv tage stilling til, hvorvidt de ønsker at respektere det EU-retlige ligebehandlingsprincip i national ret. Den almene EU-retlige lighedsgroundsætning kan således ikke antages at gøres gældende på et forfatningsniveau – det må derfor afledes, at den danske lovgivningsmagt ikke begrænses af den almene lighedsgroundsætning.¹⁰³

Grundlæggende er der stor sammenhæng mellem bestemmelserne i Traktaten vedrørende det indre Europæiske marked og Udbudsdirektivet – dette skyldes, at begge regelsæt må ses som et led i realiseringen af det indre Europæiske marked. Udbudsdirektivet fungerer således i forlængelse af bestemmelserne i Traktaten om varernes – og tjenesteydelsernes fri bevægelighed.¹⁰⁴ Ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivet er dog en lighedsgroundsætning sui generis, hvilket medfører, at beskyttelsen efter Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip gennemgående er skærpet, set i forhold til bestemmelserne i Traktaten. Som eksempel konkretiseres ligebehandlingsprincippet i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, set i lyset af Udbudsdirektivet. Her er der

⁹⁹ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 65

¹⁰⁰ C-201 og 202/85 – Klensch

¹⁰¹ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 66

¹⁰² Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 100

¹⁰³ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 66

¹⁰⁴ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 68

således pligt til offentliggørelse af en Udbudsbekendtgørelse, udarbejdelse af kvalifikationskriterier samt tildelingskriterier, ligesom kravene til de forskellige tidsfrister skal iagttages.¹⁰⁵

Disse handlepligter skal alle sikre overholdelse af ligebehandlings- samt gennemsigtighedsprincippet. Det er dog ikke kun kredsen af beskyttede parter, der er ekspanderet ved ligebehandlingsprincippet set i forhold til bestemmelserne i Traktaten – det er ligeså kredsen af forpligtede, der er udvidet, da Udbudsdirektivet kan anvendes på en bredere kreds af indkøbere end ved bestemmelserne i Traktaten om varernes – og tjenesteydelsernes fri bevægelighed.¹⁰⁶ Fortolkningen af ordregiverbegrebet er således stadfæstet som værende udvidet ved flere domme – det er nødvendigt, at ordregiverbegrebet fortolkes udvidende for at sikre den frie bevægeligheds fulde effekt.¹⁰⁷ Denne udvidende fortolkning er bl.a. understreget i C-360/96¹⁰⁸, præmis 62. I forlængelse heraf har Kommissionen antaget, at de grundlæggende bestemmelser i Udbudsdirektivet, herunder ligebehandlingsprincippet, gælder for alle, der er omfattet af Udbudsdirektivets ordregiverbegreb, selv hvor den respektive tærskelværdi ikke er overskredet.¹⁰⁹

Set i forhold til den positive – og negative retsnorm, som gennemgået ovenfor, opstilles der således et krav om aktivt bidrag ved sikring af ligebehandling efter Udbudsdirektivet, medens der efter bestemmelserne i Traktaten som udgangspunkt alene kræves, at de pågældende medlemsstater ikke overtræder forbuddet mod forskelsbehandling. Det er gjort klart ved bestemmelserne i Traktaten, at der forbydes forskelsbehandling på grundlag af en række begrænsede kriterier så som direkte – og indirekte diskrimination samt restriktioner med tilsvarende virkning, hvor ligebehandlingsprincippet i udbudsretlig kontekst er en almindelig lighedsgrundsætning, der yder beskyttelse mod forskelsbehandling af enhver art – herunder ethvert usagligt kriterium. Forskellen mellem fortolkningen af det almene ligebehandlingsprincip, set i forhold til Udbudsdirektivet og Traktatens bestemmelser, er dog mindre, end den synes ved første øjekast, da forskellen er reduceret betydeligt som følge af EU-Domstolens retspraksis.¹¹⁰

¹⁰⁵ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 69

¹⁰⁶ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 70

¹⁰⁷ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 74

¹⁰⁸ C-360/96 – Arnhem

¹⁰⁹ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 75

¹¹⁰ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 70

- *2.3.1.2 Gennemsigtighedsprincippet*

EU-Domstolen har fastlagt, at der er en tæt sammenhæng mellem ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, hvorfor gennemsigtighedsprincippet, efter EU-Domstolens opfattelse, også antages at gælde uden for det direktivregulerede område.¹¹¹ Ligesom ligebehandlingsprincippet er gennemsigtighedsprincippet tillige formuleret eksplicit i art. 18, stk. 1.

Beslutningsprocessen er således meget regelstyret, og det er derfor nødvendigt, at der er mulighed for reel judicial kontrol, således at der ikke sker regelbrud.¹¹² Gennemsigtighedsprincippet nævnes tilmed i betragtning 1 i præamblen til Udbudsdirektivet, som afledt af TEUF's fri bevægelighedsregler, og EU-Domstolen har ligeledes fremhævet vigtigheden af gennemsigtighedsprincippet i forbindelse med offentlige udbud i flere sager, heriblandt sag C-275/98¹¹³.¹¹⁴

Det nævnes yderligere, at der tidligere har været skærpet adgang til forhandling ved udbudspligtige kontrakter, og at der nu frygtes en øget risiko for mindsket gennemsigtighed, da der, qua det nye Udbudsdirektiv, er skabt en udvidet adgang til forhandling igennem de fleksible udbudsformer.¹¹⁵

Ligesom det er tilfældet med ligebehandlingsprincippet, som behandlet ovenfor, er det ligeså tilfældet med gennemsigtighedsprincippet, at det er gældende ved kontrakter uden for Udbudsdirektivernes anvendelsesområde. EU-Domstolen tilføjede således i sag C-324/98¹¹⁶, at ordregivende myndigheder fortsat er forpligtet til at respektere TEUF's grundlæggende regler samt princippet vedrørende forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.¹¹⁷ I forlængelse heraf supplerede sag C-275/98¹¹⁸ den daværende retstilstand, hvorefter gennemsigtighedsforpligtelsen pålagde ordregivende myndighed at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for potentielle tilbudsgivere.¹¹⁹

¹¹¹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 101

¹¹² Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 118

¹¹³ C-275/98 – Unitron

¹¹⁴ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 120

¹¹⁵ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 118

¹¹⁶ C-324/98 – Telaustria

¹¹⁷ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 121

¹¹⁸ C-275/98 – Unitron

¹¹⁹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 121

2.3.2 Forhandlingsforbuddet

Forhandlingsforbuddet fremgår ikke eksplicit af Udbudsdirektivet, men det antages, at forhandlingsforbuddet er et afledt princip, der udspringer af ligebehandlingsprincippet som hjemlet ved art. 2 i Udbudsdirektivet, samt hidtidig retspraksis, herunder Sag C-243/89¹²⁰, hvorfor forhandlingsforbuddet skal tolkes som værende omfattet af Udbudsdirektivet.¹²¹ Det generelle forhandlingsforbud, i forbindelse med Udbudsdirektiverne, er skabt med det simple formål at undgå konkurrenceforvridning.¹²² Hovedformålet er således at sikre ligebehandling af tilbudsgivere samt at skabe gennemsigtighed og dermed eliminere risikoen for tildeling på baggrund af usaglige kriterier, såsom favorisering af individuelle virksomheder. Ved forhandlingsforbuddet sikres en statisk – og gennemsigtig udbudsprocedure med øgede kontrolmuligheder.¹²³ Som tidligere nævnt fremgår forhandlingsforbuddet ikke eksplicit af Udbudsdirektivet, hvorfor der heller ej foreligger en juridisk definition af forhandlingsbegrebet i forhandlingsforbuddet ved Udbudsdirektivet – en sådan definition findes heller ikke i Fælleserklæringen.

Forhandlingsbegrebet er dog blevet behandlet af Professor, Steen Treumer, hvorunder der gives udtryk for, at begrebet må forstås i en udvidet sammenhæng. Ved forhandling må det objektivt vurderes, at der er tale om skriftlig – såvel som mundtlig kommunikation inter partes, men Steen Treumer fortolker videre på begrebets betydning og konstaterer således, at forhandlingsbegrebet ligeså må være omfattet af al kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiver, hvor det ikke kan udelukkes, at kommunikationen har effekt på det pågældende tilbud – eller udbudsmateriale. Steen Treumer føjer hertil, i sin argumentation, at det ej er af betydning, hvorvidt der er tale om envejskommunikation.¹²⁴ Det primære herved er, at en kommunikativ korrespondance ikke må bevirke, at en tilbudsgiver bliver stillet ringere end andre tilbudsgivere. Det kan i forlængelse heraf tænkes, at et egentligt forbehold fra tilbudsgivers side, der strider mod Udbudsmaterialet, kan tolkes som omfattet af forhandlingsbegrebet – om en sådan form for envejskommunikation betragtes som forhandling kan dog diskuteres, da et forbehold/envejskommunikation ikke automatisk genererer konsensus fra den kontraherende part.

¹²⁰ C-243/89 – Storebælt

¹²¹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 115

¹²² Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 117

¹²³ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 142

¹²⁴ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 144

Ydermere har EU-Domstolen tillige lagt til grund, at der ikke må forhandles i udbudsretlige sammenhænge, jf. sag C-87/94 R¹²⁵, ligesom Rådet – og Kommissionen har udarbejdet en Fælleserklæring¹²⁶ vedrørende fortolkning af forhandlingsforbuddet.¹²⁷

Erklæringen er et udtryk for det underlæggende forhandlingsforbud og dets sammenhæng med ligebehandlingsprincippet og gælder, som beskrevet ovenfor, for offentligt – og begrænset udbud, på trods af det faktum, at erklæringen ikke direkte er en del af Udbudsdirektivet. Retsvirkningen af en sådan Fælleserklæring er dog endnu uvis. I sag C-243/89¹²⁸ vurderede Generaladvokat, Tesauro, Fælleserklæringen som havde den egentlig betydning og indflydelse på sagen, men EU-Domstolen tog ikke konkret stilling til retsvirkningerne af Fælleserklæringen men afsagde dog sagen i overensstemmelse med Tesauros forslag.¹²⁹

Omvendt blev Fælleserklæringen, i sag C-87/94 R¹³⁰, som nævnt ovenfor, benyttet som en konkret del af retsgrundlaget for den egentlige domsafsigelse.¹³¹ Fælleserklæringen kan dog ikke betragtes som et fyldestgørende retsgrundlag, da den ikke kan inddrage mulige afvigelser – samt undtagelser i henhold til forhandlingsforbuddet.¹³² Erklæringen lægges derfor normalt til grund som et udtryk for grundprincipperne i retstilstanden på det udbudsretlige område på trods af det faktum, at erklæringen er af ikke-bindende karakter, jf. TEUF art. 249.¹³³ Fælleserklæringen bygger på et ræsonnement over, hvorledes udbudsreglerne bør fortolkes og gøres gældende, samt hvorledes det følger af Direktivets ligebehandlingsprincip, at der ikke må ske forhandling.¹³⁴

I henhold til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog gælder forhandlingsforbuddet til stadighed i den forstand, at ligebehandlings – samt gennemsigtighedsprincippet ligeså skal overholdes ved disse udbudsformer. Det kan heraf konstateres, at ligebehandlings – og gennemsigtighedsprincippet, i forlængelse med Fælleserklæringen fra 1994, skaber et generelt

¹²⁵ C-87/94 R – Wallonske busser

¹²⁶ EFT. L111/114 af 30. april 1994. En erklæring med lignende indhold blev afgivet i 1989 som bilag til direktiv 89/440 om ændring af direktiv 71/305 vedrørende bygge og anlæg. Denne erklæring blev optrykt i EFT. L210/22 af 18. juli 1989

¹²⁷ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 117

¹²⁸ C-243/89 – Storebælt

¹²⁹ C-243/89, Generaladvokatens punkt 19 samt Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 146

¹³⁰ C-87/94 R – Wallonske busser

¹³¹ C-87/94, præmis 8, Generaladvokatens afgørelse, punkt 30, samt Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 147

¹³² Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 147f

¹³³ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 140

¹³⁴ Grith Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 117

forhandlingsforbud ved offentlige udbud, når disse behandles i lyset af Udbudsdirektivet, hvor andet ikke er fastlagt.

Hovedårsagen bag det restriktive forhandlingsforbud, i det tidligere Udbudsdirektiv, var et EU-retligt ønske om, at tildelingen af offentlige kontrakter skulle søges i et overordnet politisk mål vedrørende et åbent marked for offentlige kontrakter på tværs af landegrænserne i EU. Fordelene ved en sådan kontraheringsmodel er, at parternes forhandlingsudspil bliver fastlåst og processen dermed gennemsigtig, der er muligheder for kontrol med ordregiverens administration af regelsættet samt minimum risiko for forskelsbehandling. Omkostningerne ved en sådan kontraheringsmodel er modsat manglende fleksibilitet på markedet.¹³⁵ Forhandlingsforbuddet var – og er til stadighed kritiseret af både praktikere såvel som den juridiske teori, da det menes at lede til uhensigtsmæssige begrænsninger og resultater¹³⁶ – dette har, som bekendt, resulteret i en udvidet adgang til de fleksible udbudsformer i det nye Udbudsdirektiv.

Retsbeskyttelsen, i forhold til forhandlingsforbuddet, må anses for værende bred. Dette må antages, da forbuddet ikke omhandler situationer, hvormed det kan bevises, at forhandling, der har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, har fundet sted. Retsbeskyttelsen bliver i stedet vægtet ved, at *hvis* der foreligger en mulighed for, at en handling opstår, som kan fortolkes som værende forhandling, er forhandlingsforbuddet overtrådt og dermed ikke forenelig med Fællesskabsretten.¹³⁷ I forlængelse af dette rationale kan der tillige sættes spørgsmålstejn ved, hvorvidt sag C-87/94 R¹³⁸, som behandlet ovenfor, kunne have været afsagt på baggrund af forhandlingsforbuddet, da der forelå beviser for skriftlig kommunikation mellem de implicerede parter, der viste sig at få afgørende betydning for det endelige valg af tilbudsgiver.¹³⁹ Det foreligger i uvished, hvorvidt forhandlingsforbuddet kunne lægges til grund for en egentlig afgørelse, men det tyder på at være realistisk, da der i dommens præmisser henføres til sag C-243/89¹⁴⁰, som blev afgjort på netop denne baggrund, og dommen kunne således indikere, at det ligeså kunne være tilfældet i sag C-87/94 R.

¹³⁵ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 141

¹³⁶ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 142

¹³⁷ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (2000), s. 144

¹³⁸ C-87/94 R – Wallonske busser

¹³⁹ C-87/94 – Wallonske busser

¹⁴⁰ C-243/89, præmis 51 – Storebælt

2.3.3 Udbudsformer

Følgende afsnit inkluderes i nærværende afhandling for at skabe et overblik over, hvad der kendetegner hver enkelt udbudsform, hvorledes fleksibelt udbud adskiller sig fra almindeligt udbud, samt hvorledes de fleksible udbudsformer adskiller sig fra hinanden. En sådan sontring er nødvendig at foretage for senere at være i stand til at determinere hvilke udbudsformer, der bør anvendes i forskellige udbudsretlige henseender.

Ordregivers valg af udbudsform skal fastlægges i begyndelsen af udbudsproceduren, typisk i Udbudsbekendtgørelsen, og dette valg er således bindende for ordregiver, med forbehold for art. 26, litra b.¹⁴¹ Dette betyder ligeså, at det ikke er muligt for ordregiveren at inddrage elementer fra andre udbudsformer, end den valgte, i løbet af udbudsproceduren – dette gælder også, selv om den udbudsform, der lånes elementer fra, kunne være anvendt på lige fod med den valgte udbudsprocedure.¹⁴² Denne restriktion skyldes, at man ønsker at sikre gennemsigtigheden i udbudsproceduren, jf. Udbudsdirektivet, art. 26, stk. 1.

- *2.3.3.1 Almindelige udbudsformer*

Jf. art. 26, stk. 2 og 3, om betingelserne for at benytte de respektive udbudsprocedurer fremgår det, at ordregiver frit kan anvende offentligt udbud, begrænset udbud samt innovationspartnerskaber.¹⁴³

- *2.3.3.1.1 Offentligt udbud*

Ved anvendelse af offentligt udbud forstås en udbudsprocedure, hvor alle interesserede tilbudsgivere frit kan afgive tilbud som respons på den offentliggjorte Udbudsbekendtgørelse, jf. art. 27.¹⁴⁴ Ved alle interesserede menes, alle og enhver der måtte have interesse, det vil sige en hvilken som helst leverandør i EU og EØS samt GPA, uden forbehold for nationalitet eller andre kriterier.¹⁴⁵

Offentligt udbud har, atypisk fra andre udbudsformer, ikke på samme vis en prækvalifikations- eller udvælgelsesfase. På trods af dette faktum er det, ved vurdering af tilbudsgiverne i et offentligt udbud, oplagt, at sikre sig, at de pågældende tilbudsgivere ikke, jf. udelukkelsesgrundene, bør udelukkes. Før de enkelte tilbud endelig evalueres, angives det i art. 56, stk. 2, at medlemsstaterne

¹⁴¹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 202f

¹⁴² Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 203

¹⁴³ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 203

¹⁴⁴ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 204

¹⁴⁵ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 204

kan tillade, at ordregiver frit kan vælge, hvorvidt der først skal foretages en vurdering af tilbudsgivernes kvalitet eller af selve tilbuddene. Der skal dog, som et krav, ved anvendelse af offentligt udbud, fastsættes en frist for afgivelse af tilbud i Udbudsbekendtgørelsen. Art. 27, stk. 1, påpeger således som hovedregel, at der skal være opgivet en frist på minimum 35 dage fra afsendelse af udbudsbekendtgørelsen, før fristen for afgivelse af tilbud oprinder.¹⁴⁶ Der er dog en række undtagelser hertil i form af muligheder for forkortelse af tilbudsfristen – disse frister behandles dog ikke nærmere i nærværende afsnit.

Hertil foreligger der yderligere et krav om, at nedenstående to punkter skal være opgivet i Udbudsbekendtgørelsen:¹⁴⁷

- den periode, i hvilken tilbudsgiveren er forpligtet til at vedstå sit bud
- dato, klokkeslæt og sted for åbningen af tilbuddene samt hvilke personer, der har adgang til at overvære åbningen af tilbuddene.

○ 2.3.3.1.2 Begrænset udbud

Ved anvendelse af begrænset udbud foregår det således, at alle tilbudsgivere kan ansøge om deltagelse, som respons på en Forhåndsmeddelelse eller en Udbudsbekendtgørelse, jf. art. 28, stk. 1 og 2.¹⁴⁸ Måden, hvorpå tilbudsgiver tilkendegiver sin interesse, er ved at fremsende de oplysninger til kvalitativ udvælgelse, som ordregiver har anmodet om i Forhåndsmeddelelsen eller i Udbudsbekendtgørelsen. Det er først efter ordregivers vurdering af tilbudsgivernes kvalitative formåen, at de tilbudsgivere, der hernæst modtager opfordring til at afgive tilbud, kan deltage i udbudsprocessen.¹⁴⁹

Proceduren ved begrænset udbud er således, som udgangspunkt, inddelt i tre faser: en udvælgelsesfase og en tildelingsfase – disse to faser er adskilt af en fase, hvori de tilbudsgivere, der har modtaget opfordring hertil, udarbejder og afgiver deres egentlige tilbud. Der dannes altså en gruppe af tilbudsgivere, som kan deltage i udbudskonkurrencen, disse kaldes de udvalgte/prækvalificerede. Dernæst afgiver disse tilbudsgivere deres tilbud, og afslutningsvist tildeles kontrakten til vinderen af udbuddet.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 204

¹⁴⁷ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 205

¹⁴⁸ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 205

¹⁴⁹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 203

¹⁵⁰ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 205

Ved begrænset udbud skal ordregiver angive sine objektive – samt ikke-diskriminerende kriterier, denne agter at benytte. Ordregiver skal ligeså angive det mindste antal ansøgere, der vil blive opfordret til at aflægge tilbud, og kan frivilligt angive et maksimum antal ansøgere. Ordregivende myndighed kan begrænse antallet af tilbudsgivere, der udvælges til at afgive tilbud, ved begrænset udbud – dette forudsætter dog, at der er et tilstrækkeligt antal egnede ansøgere. Ved begrænset udbud er dette mindsteantal på fem tilbudsgivere. I tilfælde af at der, i Udbudsbekendtgørelsen, ikke er angivet mængde på antal deltagere, skal alle tilbudsgivere, der opfylder de objektive kriterier, prækvalificeres og opfordres til at afgive tilbud. Det har ingen betydning for udbudsprocessen, såfremt færre end fem af de prækvalificerede tilbudsgivere reelt afgiver tilbud. Anderledes er det dog, såfremt færre end fem tilbudsgivere reelt opfylder de objektive minimumskrav. Da kan ordregivende myndighed vælge at gå videre med udbudsproceduren ved at opfordre, den – eller de tilbudsgivere, der opfylder de objektive minimumskrav, og dermed har den krævede formåen, til at afgive tilbud. Ordregivende myndighed må dog ikke inddrage nye tilbudsgivere, som ikke har ansøgt om deltagelse, eller tilbudsgivere, som ikke er i besiddelse af den krævede formåen.¹⁵¹

Proceduren, ved begrænset udbud, kan således være længere end ved offentligt udbud som følge af ovenstående forhold. Fristerne for indgivelse af ansøgning om deltagelse samt fristen for indsendelse af egentligt tilbud, efter prækvalificering, er begge 30 dage ved begrænset udbud.¹⁵² Disse frister kan ligeledes reduceres, når forskellige betingelser er opfyldt – disse vil dog ikke behandles nærmere i nærværende afsnit.

- *2.3.3.2 Fleksible udbudsformer*

Nærværende afsnit præsenterer en beskrivelse af de fleksible udbudsformer med fokus på kendetegn, fremgangsmåde, proces samt kriterier for anvendelse.

- *2.3.3.2.1 Udbud med forhandling*

Ordregiver er som bekendt frit stillet til at gennemføre udbud ved anvendelse af procedureformerne offentligt – og begrænset udbud. Dette er fortsat ikke tilfældet for udbud med forhandling om end adgangen er væsentligt udvidet, jf. Direktiv 2014/24/EU.¹⁵³

¹⁵¹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 205

¹⁵² Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 205

¹⁵³ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 121

Der eksisterer således en række betingelser, som skal være opfyldt, for at udbud med forhandling kan anvendes. Disse betingelser fremgår af Direktivets art. 61, stk. 4, litra a, som er implementeret i Dansk ret ved Udbudslovens § 61, stk. 1, litra a-d. Bestemmelsen er mere eller mindre ordret implementeret i den danske Udbudslov. En dybere analyse af bestemmelsens ordlyd fremgår af afsnit 2.3.3.1 og behandles således ikke mere indgående her – det bemærkes blot at sådanne betingelser eksisterer.

De overordnede rammer for denne udbudsform fremgår af Direktivets art. 29. Det fremgår blandt andet heraf, at udbud med forhandling kan forløbe i flere faser.¹⁵⁴ Overordnet kan processen opdeles i fem faser som illustreret nedenfor.



Figur 1 – Faser ved udbud med forhandling¹⁵⁵

Under prækvalifikation ansøger tilbudsgivere om deltagelse i proceduren, efter ordregiver har offentliggjort Udbudsbekendtgørelsen, hvorunder tilbudsgiver tillades adgang til udbudsdokumenterne, jf. art. 29, stk. 1.¹⁵⁶ Ordregiver skal ved offentliggørelse af Udbudsbekendtgørelsen samtidig anføre hvilke af kontraktens elementer, der betragtes som minimumskrav, samt på baggrund af hvilke kriterier ordregiver vil evaluere de indkomne tilbud. Ordregivers pligt til offentliggørelse af evalueringsmetode, sammen med Udbudsmaterialet, udspringer af Udbudslovens § 160, som er blevet kaldt Udbudslovens mest kontroversielle bestemmelse.¹⁵⁷

Når der er foretaget prækvalifikation, afgiver de prækvalificerede tilbudsgivere et indledende tilbud. Denne fase forekommer udelukkende ved udbud med forhandling og således ikke ved

¹⁵⁴ Direktiv 2014/24/EU art. 29, stk. 6

¹⁵⁵ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 211f

¹⁵⁶ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 211

¹⁵⁷ Martin Stæhr, Udbudsret – med fokus på den nye udbudslov (2016)

konkurrencepræget dialog.¹⁵⁸ Det anføres i denne forbindelse, at ordregiver kan vælge at tildele kontrakten baseret på dette indledende tilbud ved udbud med forhandling, jf. art. 29, stk. 4.

Når der er afgivet indledende tilbud, forhandler ordregiver med samtlige tilbudsgivere, forudsat at kontrakten ikke tildeles på baggrund af indledende tilbud.¹⁵⁹ Det fremgår af præambelbetragtning 45, at der kan forhandles om samtlige af ydelsens karakteristika. Dog ikke minimumskrav og tildelingskriterier, jf. art. 29, stk. 2-3, samt sag C-561/12¹⁶⁰.¹⁶¹ Forhandlingen kan, jf. Udbudslovens § 66, stk. 3, finde sted i flere successive faser, hvor ordregiver forhandler individuelt med hver enkelt tilbudsgiver.

Når de nødvendige forhandlingsfaser er afviklet, opfordres tilbudsgiverne til at afgive endeligt tilbud, som ordregiver evaluerer, hvorefter tildeling finder sted i overensstemmelse med de tildelingskriterier, som er offentliggjort sammen med Udbudsbekendtgørelsen, jf. Udbudslovens § 66, stk. 7.

○ 2.3.3.2.2 *Konkurrencepræget dialog*

Den konkurrenceprægede dialog har mange fællestræk med udbud med forhandling, men også nogle særlige karakteristika. Ligesom ved udbud med forhandling skal betingelserne i Direktivets art. 26, stk. 4, litra a, være opfyldt, før ordregiver kan benytte sig af den konkurrenceprægede dialog. Konkurrencepræget dialog er som udgangspunkt tiltænkt den situation, hvor ordregiver ikke besidder tilstrækkelig viden om de løsningsmuligheder, som kan tilfredsstille ordregivers behov.¹⁶²

Der vil således på baggrund heraf være videre adgang til forhandling, også efter afgivelse af endelige tilbud, jf. art. 30, stk. 6, som tillader afklaring, præcisering og optimering af indkomne tilbud efter afsluttet dialogrunde. Derudover skal der, ved konkurrencepræget dialog, ikke indgives indledende tilbud forud for dialogrunden. Årsagen herfor må formentlig findes i det faktum, at ordregivers uvidenhed om markedets løsningsmuligheder, begrænser muligheden for vurdere

¹⁵⁸ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 213

¹⁵⁹ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 145

¹⁶⁰ C-561/12 - Nordecon

¹⁶¹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 214

¹⁶² Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 149

indkomne tilbud forud for en dialogrunde. Der vil derfor, under dialogen, ikke være tale om tilbud men alene dialogoplæg.¹⁶³

Den faseopdelte proces vil, som udslag heraf, være en anelse anderledes end ved udbud med forhandling. Se illustrationen nedenfor.



Figur 2 – Faser ved konkurrencepræget dialog¹⁶⁴

Prækvalifikationsfasen forløber, for den konkurrenceprægede dialog, vedkommende, på stort set samme vilkår som ved udbud med forhandling. Ordregiver skal, jf. art. 30, stk. 2, offentliggøre tildelingskriterier sammen med Udbudsmaterialet. Ordregiver skal derudover offentliggøre behov og krav til ydelsen i et beskrivende dokument. Man anvender i denne forbindelse bevidst krav i stedet for mindstekrav, hvilket formentlig skyldes et ønske om at tillægge ordregiver videre beføjelser, når løsningsmulighederne skal afgrænses, hvilket giver god mening med tanke på baggrunden for indførelsen af den konkurrenceprægede dialog som procedurereform, jf. ovenstående.¹⁶⁵

Ordregiver påbegynder herefter en dialogrunde med udvalgte tilbudsgivere med henblik på at indsnævre løsningsmuligheder, som tilfredsstiller ordregiver behov. Det anføres i denne forbindelse, at ordregiver, under dialogforløbet, shortlister antallet af løsningsmuligheder, og ikke antallet af tilbudsgivere, som ved udbud med forhandling. Når løsningsmulighederne er afgrænset på tilfredsstillende vis, erklærer ordregiver dialogrunden for afsluttet, hvorefter tilbudsgivere opfordres til at afgive tilbud på grundlag af den – eller de løsningsmuligheder, som har udkrystalliseret sig under dialogforløbet. Efter afgivelse af tilbud er der, som det fremgår af ovenstående, mulighed for afklaring, præcisering og optimering af de fremsatte tilbud. Under udbud med forhandling er der, jf. Forarbejderne til loven, udelukkende adgang til almindelig afklaring og

¹⁶³ Kristian Hartley, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 169

¹⁶⁴ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 211f

¹⁶⁵ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 212

præcisering, hvilket tyder på en videre adgang til forhandling efter afgivelse af tilbud ved konkurrencepræget dialog, dog inden for rammerne af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁶⁶

Herefter foretager ordregiver evaluering af de indkommende tilbud og tildeler kontrakten. Under udbud med forhandling, har ordregiver mulighed for at tildele kontrakten på baggrund af pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. § 162, medens ordregiver, ved konkurrencepræget dialog, skal tildele kontrakten på baggrund af bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor man dog, jf. betragtning 90 i præamblen til Direktivet, må formode, at der indregnes et omkostningselement.

Efter tildeling er der, i modsætning til udbud med forhandling, mulighed for, at ordregiver kan anmode tilbudsgiver om at bekræfte sine økonomiske forpligtelser ved at færdigforhandle kontraktens vilkår.¹⁶⁷ Det står dog klart, at tilbudsgiver, under en sådan slutforhandling, ikke kan ændre på væsentlige vilkår, som vil føre til konkurrencefordrejning, og det må således formodes, at dette element udelukkende er indarbejdet i processen med henblik på bekræftelse af eksisterende vilkår, således at parternes forhandlingsbeføjelser er meget begrænsede på dette stadie.

2.3.4 Centrale bestemmelser

I følgende afsnit analyseres en række af Direktivets centrale bestemmelser med betydning for anvendelsesmulighederne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Det er indledningsvist vigtigt at fastslå, at nærværende afsnit udelukkende behandler bestemmelser med direkte indflydelse på ordregivers muligheder for at gøre brug af de fleksible udbudsformer, hvilket må betragtes som det absolutte omdrejningspunkt i den juridiske analyse. Centrale bestemmelser, vedrørende selve proceduren og skabeloner for anvendelse, behandles således ikke i nærværende afsnit. Se dog afsnit 2.4 vedrørende udbudsformer.

- *2.3.4.1 Artikel 26, stk. 4, litra a*

Art. 26, stk. 4, litra a, lister de situationer, hvor ordregiver kan benytte sig af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Bestemmelsen er implementeret i Dansk ret ved Udbudslovens § 61, stk. 1, for udbud med forhandling og § 67, stk. 1, for konkurrencepræget

¹⁶⁶ Kristian Hartley, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 169-170

¹⁶⁷ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst* (2015), s. 219

dialog. Betingelserne for anvendelse er identiske for begge udbudsformer. Bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende, hvorefter listen må betragtes som værende udtømmende, dog således at betingelserne er alternative og ikke kumulative.¹⁶⁸ Det vil herefter være tilstrækkeligt, såfremt blot én af de, i art. 26, stk. 4, litra a, fremsætte betingelser er opfyldt, selvom der oftest vil være tale om flere.

Betingelserne for anvendelse af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog og dertilhørende formålsfortolkninger analyseres i det følgende.

i) *Den ordregivende myndigheds behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger*

Ved allerede tilgængelige løsninger skal formentlig forstås hyldevarer. Udbudsloven definerer i § 24, nr. 2, en allerede tilgængelig løsning som *"en løsning som allerede findes på markedet, og ikke kræver tilpasning for at tilfredsstille ordregivers behov."*¹⁶⁹ Bestemmelsens formuleringer kan, såfremt der henses til præambelens betragtning 42, undre en anelse. Ifølge betragtning 42, i præambelen, bør ordregiver kunne anvende udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, når offentligt og begrænset udbud ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat. Begrebet i *"et tilfredsstillende resultat"* er ikke defineret klart, men må formentlig forstås som et scenarie, hvor der ikke, ved forhandling, kan opnås en gunstigere løsning. Direktivets formuleringer leder således tankerne hen på et scenarie, hvor en given løsning enten er tilfredsstillende eller ikke-tilfredsstillende. Der tages således ikke højde for, at graden af tilfredshed kan bøjes, således at tilpasning – eller optimering af en allerede tilgængelig løsning vil øge graden af tilfredshed, selvom den allerede tilgængelige løsning delvist kunne imødekomme ordregivers behov. Der kunne med fordel indarbejdes en efficiensbetragtning, således at ordregiver udelukkende afskæres adgangen til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog i situationer, hvor allerede tilgængelige løsninger er optimale. Det bemærkes afsluttende, at der ikke, med afsæt i lovtekst og forskellige formålsbetragtninger, kan antages at gælde et krav om, at ydelsen, sideløbende med de øvrige kriterier, skal besidde en vis grad af kompleksitet.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 123

¹⁶⁹ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 101 under bemærkningerne til § 61, nr. 1, litra a

¹⁷⁰ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 124

ii) *Disse omfatter design eller innovative løsninger*

Design eller innovative løsninger relaterer sig til genstandens æstetiske eller funktionelle karakteristika. Innovation defineres i udbudslovens § 24, nr. 17, som ”*indførelse af en ny eller betydeligt forbedret vare, tjenesteydelse eller proces*”. Det fremgår af Forarbejderne til Udbudsloven, at det er tilstrækkeligt, hvis blot ét af ydelsens elementer kræver udvikling af design eller innovative løsninger. Afgørende for om kriteriet kan finde anvendelse er, at det er markedet, som kommer med løsningsforslag, og at det således ikke er ordregiver, som præsenterer en færdig løsningsmodel. Sidstnævnte kan synes indlysende, da ordregivers forudsætning for at anvende en fleksibel udbudsform ofte vil være et manglende kendskab til mulige løsningsmodeller samt hvilken, som i givet fald, vil være den mest gunstige. Det fremgår specifikt af Forarbejderne til loven, at der skal være et behov for design eller innovative løsninger.¹⁷¹ Der kan ligeledes knyttes en kritisk kommentar til denne formulering, da ordregiver, grundet manglende kendskab til markedets løsningsmuligheder, næppe vil være opmærksom på eksistensen af et sådant behov forud for forhandlingsprocessen. På trods heraf forekommer det sandsynligt, at parterne, via dialog og forhandling, kan optimere ydelsen i overensstemmelse med ordregivers ønsker, således at der bliver skabt et behov, som ordregiver, på tidspunktet for offentliggørelse af det pågældende udbud, ikke var opmærksom på. Der kan heller ikke i dette tilfælde antages at gælde en usagt betingelse om, at ydelsen besidder en vis grad af kompleksitet.¹⁷²

iii) *Hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling*

Ved disse særlige omstændigheder, må der henses til kontraktens art, kompleksitet samt retlige – eller finansielle forhold, som umuliggør tildeling uden forudgående forhandling/dialog.¹⁷³ Betragtning 43, i præamblen, gør sig nogle tilnærmelser i forhold til, hvad der skal forstås ved særlige omstændigheder, hvorefter der skal være tale om komplekse indkøb såsom avancerede

¹⁷¹ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 101f, under bemærkningerne til § 61, nr. 1, litra b

¹⁷² Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 126

¹⁷³ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 102, under bemærkningerne til § 61, nr. 1, litra c

produkter eller intellektuelle tjenesteydelser. I disse tilfælde vil det således være nødvendigt med forhandling/dialog for at sikre, at den pågældende ydelser svarer til ordregivers behov.¹⁷⁴

Der må, i forhold til formuleringen, stilles spørgsmålstegn ved, om det er et krav, at der ikke er mulighed for at tildele kontrakten uden forhandling/dialog, eller om det blot er tilstrækkeligt, såfremt den bedst mulige kontrakt ikke kan opnås uden forhandling/dialog. Der kan argumenteres for, at bestemmelsens formulering er meget uheldig, da det i princippet altid vil være muligt at tildele en kontrakt på baggrund af offentligt – og begrænset udbud.¹⁷⁵ Dette argument synes at finde støtte i præambelens betragtning 42, hvorefter ordregiver bør tillades adgang til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, når blot der ikke, ved offentligt – eller begrænset udbud med en vis sandsynlighed, kan opnås et tilfredsstillende resultat.¹⁷⁶ Der anføres ikke yderligere vedrørende, hvorledes bestemmelsen skal fortolkes i Forarbejderne til §§ 61 og 67 i den danske Udbudslov. Det må således antages, at der i praksis kan støttes ret på sidstnævnte betragtning, om end denne ikke har fundet vej til lovteksten. Dette medfører, at der kan forhandles med tilbudsgivere i alle situationer, hvor ydelsen som indkøbes ikke er fuldstændig ukompliceret, hvilket synes at harmonere fint med lovgivers oprindelige ønske om at udvide adgangen til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.¹⁷⁷

- iv) *Hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference*

Ordregiver kan, jf. ovenstående, gøre brug af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog i tilfælde, hvor de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist ud fra eksisterende standarder, fælles tekniske specifikationer, referencer m.m. på EU plan. Hvad der nærmere skal forstås ved disse begreber fremgår af Direktivets bilag VII, pkt. 2-5.¹⁷⁸ Det fremgår ligeledes af bilag VII, at der, ved tekniske specifikationer, er tale om kvalitetsniveau, miljø- og klima- præstation, udformning til alle behov, overensstemmelsesvurdering, funktionsdygtighed,

¹⁷⁴ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 43

¹⁷⁵ Direktiv 2014/24/EU, art. 26, stk. 2

¹⁷⁶ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 127

¹⁷⁷ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 130

¹⁷⁸ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, *Aktuel Udbudsret II* (2016), s. 127

brugen af produktet, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter, der vedrører handelsbetegnelse og terminologi for produktet, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering, brugsvejledning, produktionsprocesser og -metoder på et hvilket som helst tidspunkt i indkøbets – eller tjenesteydelsens levetid samt procedurer for overensstemmelsesvurdering.¹⁷⁹

Kravene til de tekniske specifikationer er, jf. ovenstående, ganske omfattende, og det er således rimeligt at antage, at ordregiver, ved indkøb, som ikke omhandler hyldevarer, kun vanskeligt kan definere disse tilstrækkeligt præcist. Hvad der videre skal forstås ved "*tilstrækkeligt præcist*" fremgår ikke af hverken præamblen til Direktivet eller lovens forarbejder, men må formentlig fortolkes således, at tilbudsgiver, ud fra de tekniske specifikationer, er i stand til at forstå ordregivers behov og sammensætte et tilbud, som fuldt ud tilfredsstiller dette. Dette vil som oftest være tilfældet for indkøb af hyldevarer, hvorfor anvendelsesområdet for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog med denne bestemmelse udvides markant.

Det kan undre, hvorledes lovgiver har tænkt samspillet mellem art. 26, stk. 1, litra a, iv (til dels også i, ii, og iii) og kravet om offentliggørelse af evalueringsmetode og tildelingskriterier på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet, som nedfældet i Udbudslovens § 160.

Det må forstås, at ordregiver, såfremt denne ikke tilstrækkeligt præcist kan definere de tekniske specifikationer, implicit heller ikke vil være i stand til at fremsætte nøjagtige tildelingskriterier og evalueringsmetoder. Da den primære årsag, for anvendelse af en fleksibel udbudsform, ofte er ordregivers, på tidspunktet for offentliggørelse af Udbudsmaterialet, manglende kendskab til forskellige løsningsmuligheder, kan bestemmelsen virke en anelse uigennemtænkt. Det må under alle omstændigheder undersøges, hvorledes disse modstridende hensyn i praksis bør afbalanceres. Udbudslovens § 160 analyseres i det følgende.

- 2.3.4.2 § 160, stk. 1

Udbudslovens § 160, stk. 1, bestemmer, at en ordregiver i Udbudsmaterialet skal angive kriterier for tildeling, beskrive evalueringsmetoden samt beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. § 160 implementerer ikke en bestemmelse i Direktivet, men er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.¹⁸⁰ Bestemmelsen fraviger ligeledes flere års praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvilket formentlig er årsagen til, at denne bestemmelse er blevet kaldt

¹⁷⁹ Direktiv 2014/27/EU, bilag VII, nr. 1, litra b

¹⁸⁰ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 183, under bemærkningerne til § 160

Udbudslovens mest kontroversielle.¹⁸¹ Der kan, jf. Lovforarbejderne, argumenteres for, at bestemmelsen viderefører Direktivets art. 18, stk. 1,¹⁸² om end § 160, og dennes ordlyd, går markant længere end direktivbestemmelsen for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, hvor den EU-retlige hjemmel, til indførelsen af denne bestemmelse, skal findes. Steen Treumer synes dog at argumentere for, at EU-retlig praksis, herunder særligt Sag C-532/06¹⁸³, har statueret tilstrækkelig hjemmel for, at bestemmelsen nu har fundet sin vej til den danske lovtekst.¹⁸⁴

Det fremgår af lovforarbejderne, at ordregiver i forbindelse med økonomiske under- og delkriterier skal oplyse, hvorledes priser og andre økonomiske forhold vurderes. Dernæst skal ordregiver, i forbindelse med kvalitative under- og delkriterier, oplyse, hvorledes det enkelte kriterium bedømmes. Sidst skal ordregiver angive, hvorledes bedømmelsen af økonomiske og kvalitative kriterier sammenholdes.¹⁸⁵

Detaljeringsgraden i beskrivelsen skal, jf. Vejledningen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, sikre, at ordregiver ikke tillægges ubetinget frit valg. Evalueringsmetoden skal således være egnet til at definere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, også i situationer hvor disse, på udvalgte kriterier, vurderes som værende lige fordelagtige. Derudover må der ikke lægges vægt på forhold, som ikke er oplyst i Udbudsmaterialet.¹⁸⁶

Bestemmelsen skaber nogle udfordringer, særligt for ordregivere, og særligt i de tilfælde, hvor der anvendes udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

Såfremt en ordregiver vælger at gøre brug af udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, må det formodes, at årsagen hertil skal findes i det faktum, at ordregiver, på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsdokumenterne, ikke med nøjagtighed har kunnet definere ydelsen, og således løbende har ønsket at kunne justere forventninger og krav til dennes kvalitative egenskaber. I tilfælde hvor ordregiver ikke, på tilstrækkelig vis, kan definere ydelsen, vil det ligeledes være meget vanskeligt, hvis ikke umuligt, at bestemme hvilke kvalitative kriterier, der skal tillægges vægt på ved evaluering og tildeling.

¹⁸¹ Martin Stæhr, Udbudsret – med fokus på den nye Udbudslov, 3. februar 2016

¹⁸² Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 183, under bemærkningerne til § 160

¹⁸³ C-532/06 – Lianakis

¹⁸⁴ Steen Treumer, Udbudsloven, CEVIA, 4. marts 2016

¹⁸⁵ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 184, under bemærkningerne til § 160

¹⁸⁶ KFST, Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2016, s. 56

Det kan, af bestemmelsens ordlyd, konstateres, at ordregiver, såfremt tilbudsgiver, under en dialogrunde fremsætter en løsningsmodel, som bygger på kriterier, der ikke er angivet i Udbudsmaterialet, ikke må tillægge disse kriterier vægt ved evalueringsfasen, selvom den pågældende løsningsmodel på bedste vis tilfredsstiller ordregivers behov. Mulighederne omfatter herefter tildeling på et usagligt grundlag eller annullation af udbuddet.

Der kan forekomme situationer, hvor ordregiver, på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsdokumenterne, ikke besidder et fuldstændigt overblik over markedets løsningsmuligheder, og der kan således stilles spørgsmålstejn ved, om bestemmelsen hæmmer innovativ problemløsning og efficient kontrahering, hvilket er direkte modstridende med de, for Udbudsloven, bagvedliggende grundtanker.

Det fremgår af Forarbejderne, at ændringer i evalueringsmetode og/eller tildelingskriterier betragtes som ændringer i grundlæggende elementer, som ikke kan gennemføres uden fornyet udbud.¹⁸⁷ Lovgivers stillingtagen, til hensynsafvejningen mellem gennemsigthed og fleksibilitet i § 160, kan således undre med tanke på det erklærede mål om at bringe det gode købmandsskab i fokus. Der kan dog henses til Vejledningen, som blev udsendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i marts 2016, hvoraf det fremgår, at der i konkrete situationer kan foretages justeringer i ordregivers evalueringsmetode, såfremt der gøres brug af såkaldte sekundærmodeller. Dette skal dog fremgå klart af Udbudsmaterialet.¹⁸⁸ Derudover kan der ligeledes, jf. Vejledningen, foretages mindre justeringer i evalueringsmetoden inden tilbudsfristens udløb, såfremt en sådan beslutning ledsages af en fristforlængelse, og det i øvrigt kan godtgøres, at det ikke har haft betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører eller forvredet konkurrencen.¹⁸⁹

Der må således, med afsæt i ovenstående parametre, tages stilling til, i hvilket omfang det, for det konkrete udbud, er muligt at foretage justeringer i evalueringsmetoden.

Martin Stæhr nævner, at der, på grund af uklarhed omkring retstilstanden på området, i flere år har været fokus på at skabe lovlige kontrakter frem for gode kontrakter, hvilket man fra lovgivers side, med den nye Udbudslov, har forsøgt at regulere.¹⁹⁰ Dette lykkes på sin vis med Direktivets art. 26,

¹⁸⁷ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 184, under bemærkningerne til § 160

¹⁸⁸ KFST, Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2016, s. 56

¹⁸⁹ KFST, Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2016, s. 57

¹⁹⁰ Martin Stæhr, Udbudsret – med fokus på den nye Udbudslov, 3. februar 2016

stk. 4, som beskrevet ovenfor, men spørgsmålet bliver herefter, om § 160 spænder ben for det udvidede anvendelsesområde for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

Men tanke på hensigten med – og ordlyden af præambelbetragtning 42, kan der på sin vis herske en formodning for, at bestemmelsen i praksis vil fortolkes mindre restriktivt, hvorefter ordregiver ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog tillades en bredere definition af tildelingskriterier og evalueringsmetoder, således at ordregiver ved tildeling – og evaluering tillægges en vis skønsbeføjelse, hvorefter det vil være muligt at tillægge relevante kriterier betydning, således at grundlaget, hvorpå kontrakten udarbejdes, er økonomisk efficient.

Henses der imidlertid til Kommissionens stillingtagen, i forhold til denne problematik, synes der at foreligge tungtvejende argumenter for det modsatte. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen konsulterede i februar 2016 Kommissionen vedrørende fortolkning af kravet som indeholdt i § 160, stk. 1. Kommissionen besvarede henvendelsen medio marts.¹⁹¹

Kommissionen fastslår indledningsvist, at kompetencen til at fortolke Unionsretten ligger hos EU-Domstolen,¹⁹² men tager dog stilling til både legaliteten for indførelsen af § 160 og delvist også fortolkningsmulighederne. Kommissionen udtaler, at hjemlen for indførelsen af § 160 udspringer af udvalgte artikler, herunder blandt andet art. 18, art. 2, stk. 1 og 13, og art. 53, samt EU-retlig praksis, hvorunder der henvises til sag C-470/99,¹⁹³ og sag C-19/00.¹⁹⁴ Kommissionen anerkender dog samtidig, at der ikke, i Direktivets bestemmelser, eksplicit opstilles nogle generelle retningslinjer for offentliggørelse af evalueringsmetode.¹⁹⁵ I forhold til en direkte hjemmelsangivelse, må det bedste bud være præambelbetragtning 90, hvoraf det fremgår, at ordregivende myndigheder, af hensyn til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, bør være forpligtet til at skabe den gennemsigtighed, som er nødvendig for, at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og ordninger, der anvendes i forbindelse med beslutning om tildeling af kontrakten, hvorefter ordregivende myndigheder bør være forpligtet til at oplyse, hvilke kriterier disse anvender for tildeling af kontrakten, samt hvorledes de enkelte kriterier vægtes relativt.^{196 197}

¹⁹¹ Bilag 6 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160

¹⁹² Bilag 6 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160, s. 1

¹⁹³ C-470-99 – Universale-Bau

¹⁹⁴ C-19/00 – SIAC Construction Ltd

¹⁹⁵ Bilag 6 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160, s. 1

¹⁹⁶ Direktiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 90, 3. afsnit

Kommissionen synes således at være af den opfattelse, at disse betragtninger, sammenholdt med eksisterende EU-retlig praksis, udgør hjemmelsgrundlaget for indførelsen af § 160. Kommissionen synes ej heller at finde indførelsen af § 160 banebrydende i forhold til det tidligere retsgrundlag. Tvært imod kan Kommissionens udtalelser tolkes således, at bestemmelsen blot viderefører tidligere praksis. Om dette rationale afspejles i Klagenævnets kendelser efter Direktiv 2004/18/EU er dog, jf. ovenstående, meget tvivlsomt. Af Kommissionens stillingtagen må det ligeledes forstås implicit, at fortolkningsmulighederne er begrænsede. Det skal dog anføres, at Kommissionens udtalelser ikke kan sidestilles med bindende retsakter, men det er endog værd at bemærke, at der udvises en relativt tilbageholdende approach i forhold til en lempende fortolkning.

Der kan til trods herfor argumenteres for, at det alligevel vil være hensigtsmæssigt at tillade en lempende fortolkning, både med tanke på eksistensgrundlaget for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog samt almindelige økonomiske betragtninger.

Hvorledes praksis udformes, på baggrund af § 160, er endnu uvist, men med henblik på grundtankerne bag Direktivet, som nedfældet i præambelbetragtning 42, er det anbefalingsværdigt, at der findes en vej, som ikke vanskeliggør anvendelsen af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog i uproportional grad.

○ 2.3.4.2.1 C-561/12 – Nordecon

I forlængelse af § 160, i Udbudsloven, bør C-561/12¹⁹⁸ nævnes, da netop denne dom omhandler et udbud med forhandling, men hvor forhandlingsaspektet begrænses af elementer, svarende til dem, der nu er indført i § 160, og de i art. 29, stk. 2-3, oplistede restriktioner, der således foreskriver, at der ikke må forhandles om de, i Udbudsbetingelserne, angivne minimumskrav og tildelingskriterier.¹⁹⁹

For at opsummere så tillader udbud med forhandling, jf. præambel 45, at forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter. § 160, stk. 1, foreskriver dog som nævnt følgende:

¹⁹⁷ Bilag 6 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160, s. 2

¹⁹⁸ C-561/12 – Nordecon

¹⁹⁹ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 214

”En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.”

Der foreligger således to selvmodsigende forhold, hvilket kommer til syne i C-561/12, der på den ene side tillader forhandling, men på den anden side begrænser forhandling, da det påkræves, at Nordecon på forhånd har angivet kriterierne for tildeling, beskrevet evalueringsmetoden samt beskrevet, hvad der tillægges betydning ved den endelige evaluering af de modtagne tilbud. Ved udbud med forhandling vides der ofte ikke præcist, hvad der efterspørges, hvorfor det må anses for værende af begrænsende karakter for forhandlingen, når evalueringsmetoden, samt kriterierne for tildeling, skal være fastlagt, når man som ordregiver ikke er klar over, hvad der efterspørges.

C-561/12 omhandlede således en ordregiver, det Estiske finansministerium, der i udbudsdokumenterne havde opstillet krav om bredden på midterrabbatten på den vej, der skulle anlægges. Det var angivet i udbudsdokumenterne, at bredden på midterrabbatten skulle variere, således at den på en del af strækningen var 13,5 meter, medens den på en anden del var 6 meter. Tilbudsgiveren, Nordecon, indgav således et indledende tilbud lydende på en alternativ løsning, hvor midterrabbatten var 6 meter hele vejen – dette tilbud blevet indgivet på trods af det faktum, at alternative tilbud ikke var tilladt i henhold til udbudsdokumenterne. Ordregiver anmodede efterfølgende alle tilbudsgiverne om at basere deres bud på Nordecons alternative løsningsforslag, hvor midterrabbatten således var 6 meter i bredden på hele strækningen.²⁰⁰

EU-Domstolen udtalte på baggrund af denne sag, at ordregiver er forpligtet til at overholde de, i Udbudsbekendtgørelsen, fastsatte krav, idet gennemsigtighedsprincippet ellers vil anses for værende tilsidesat²⁰¹. Hertil føjede EU-Domstolen, at ordregiver ikke må indlede forhandlinger med tilbudsgivere, som ikke opfylder de, i Udbudsbekendtgørelsen, bindende betingelser som følge af princippet om ligebehandling, da forhandlingerne ellers ikke vil have samme udgangspunkt – dette blev ligeledes stadfæstet i Sag C-243/89^{202, 203}.

C-561/12 illustrerer således på fin vis, hvorledes § 160 begrænser mulighederne for at justere krav, betingelser og kriterier i overensstemmelse med tilbudsgivers kompetencer, hvilket leder til uhensigtsmæssige løsninger.

²⁰⁰ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 214

²⁰¹ C-561/12 – Nordecon, præmis 37

²⁰² C-243/89 – Storebælt

²⁰³ C-561/12 – Nordecon, præmis 38, og C-243/89 – Storebælt

- 2.3.4.3 § 160, stk. 2

§ 160 stk. 2 bestemmer, at en evalueringsmetode, som er beskrevet i Udbudsmaterialet i, overensstemmelse med stk. 1, ikke kan tilsidesættes af Klage- og Retsindstanser, såfremt denne er gennemsigtig og i øvrigt overholder ligebehandlingsprincippet. Det fremgår dog af Forarbejderne, at evalueringsmetoden, jf. § 2, fortsat kan tilsidesættes, såfremt denne ikke overholder generelle principper om ligebehandling og gennemsigtighed.²⁰⁴ Der er således ikke tale om en endelighedsbestemmelse.

Bestemmelsen er relevant, idet der herved skabes mulighed for, at ordregiver kan fastholde en uegnet evalueringsmetode og samtidig frasige sig eventuelle klager herfor, således at en annulation, af det samlede udbud, undgås.

Bestemmelsen skal formentlig ses som et modstykke til indførelsen af § 160 stk. 1. Under det nugældende regelsæt, hvor evalueringsmetode og tildelingskriterier skal offentliggøres på et tidligt tidspunkt, vil der formentlig forekomme situationer, hvor den valgte evalueringsmetode, senere i processen, viser sig uegnet. Dette vil i særdeleshed forekomme i forbindelse med anvendelse af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, idet man, jf. udbudsformen, undervejs i forløbet tilegner sig viden. Ordregiver er herefter, i medfør af stk. 2, beskyttet, således at evalueringsmetoden ikke efterfølgende kan tilsidesættes, forudsat at denne ikke forbryder sig mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Der er således heller ingen krav om, at den valgte model skal afspejle en bestemt spredning i de indkomne tilbud.²⁰⁵

Det må dog betragtes som problematisk, at der herved gives adgang til at gennemføre udbud, med afsæt i en evalueringsmetode, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bestemmelsen står tilmed i skarp kontrast til praksis fra Klagenævnet. Der tænkes i denne forbindelse på Klagenævnets kendelse af 4. november 2015 vedrørende en sag mellem Q-Free ASA og Øresundsbro konsortiet.²⁰⁶ I den konkrete sag blev en klage taget til følge, efter kontrakten var tildelt den tilbudsgiver, som, i medfør af evalueringsmodellen, havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I det pågældende udbud blev underkriteriet, pris, indregnet med en vægtning på 35%, i et spænd på DKK28-38 mio. Den forbigående tilbudsgiver havde afgivet et tilbud på DKK25.945.410, men var, under det pågældende kriterium, blevet tildelt den samme score som den

²⁰⁴ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 185, under bemærkningerne til § 160, stk. 2

²⁰⁵ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 185, under bemærkningerne til § 160, stk. 2

²⁰⁶ Bilag 7 – Klagenævnskendelse af d. 04. November, 2015, J.nr.: 2015-12298

vindende tilbudsgiver, som havde afgivet et tilbud på DKK28 mio. Den forbigåede tilbudsgiver indgav herefter klage med påstand om opsættende virkning.

Henses der til lovens Forarbejder, samt ordlyden af § 160 stk. 2, foreligger der ikke, i det konkrete tilfælde, belæg for at tilsidesætte evalueringsmetoden, medmindre det kan konstateres, at denne ikke overholder principperne og ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke desto mindre blev klagen taget til følge med den begrundelse, at evalueringsmetoden var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Derudover kan der drages paralleller til Vejledningen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som bestemmer, at forskelligt indhold, i forskellige tilbud, ikke må behandles lige.²⁰⁷ Dette kan synes modstridende med ordlyden af § 160, stk. 2, da denne ikke fremsætter krav om en bestemt spredning, således at forskelle i tilbuddene herved belyses.

Der eksisterer således, på dette område, et paradoks, som skaber uklarhed omkring retstilstanden, indtil der, fra Klagenævnet, opstår en mere entydig præcedens.

Med indførelsen af § 160, stk. 2, må det dog foreløbig antages at være således, at det konkrete forhold bedømmes med afsæt i principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, således at en evalueringsmetode udelukkende kan tilsidesættes, såfremt disse er overtrådt.

I modsat fald vil der ligeledes være tale om meget byrdefuld regulering for ordregiver, som i praksis vil være vanskelig at efterleve.

2.3.5 Præambler og forarbejder

Nærværende afsnit behandler, i forlængelse af Direktivets og lovens centrale bestemmer, relevansen af de dertil hørende præambel- og formålsbetragtninger.

Det må indledningsvist fastslås, at præambler og formålsbetragtninger ikke besidder retskildestatus, og der kan således ikke støttes ret direkte herpå.²⁰⁸ Disse tjener i stedet som redskaber til brug for formålsfortolkning af selve lovteksten.

Direktivet er ledsaget af 138 præambelbetragtninger, der fungerer som elaborerende præciseringer i forhold til, hvorledes Direktivets artikler bør fortolkes.²⁰⁹ Derudover er Udbudsloven ledsaget af en

²⁰⁷ KFST, Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2016, s. 13

²⁰⁸ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & retsteorier (2011), s. 243

²⁰⁹ Direktiv 2014/24/EU, s. 27

lang række fortolkningsbidrag, hvorunder der knyttes uddybende kommentarer til lovtekstens enkelte paragraffer.²¹⁰ Flere af disse behandles ligeledes i ovenstående afsnit vedrørende centrale bestemmelser.

Det er særligt Udbudslovens forarbejder, som i denne forbindelse giver anledning til spekulationer. Dette skyldes, at retstilstanden, efter lovteksten, på flere områder, ikke fremstår krystalklar og således indeholder konstruktive uklarheder (Udbudslovsudvalgets terminologi),²¹¹ hvilket er den primære årsag til, at loven efterfølgende er blevet mødt med kritik.²¹²

Af samme årsag er det interessant at undersøge, i hvilket omfang lovens forarbejder og betænkninger, i praksis, bliver tillagt vægt ved fortolkning af de enkelte paragraffer. Denne problemstilling belyses gradvis, efterhånden som der fremkommer præcedens i medfør af Klagenævnets kendelser.

Det er således på nuværende tidspunkt vanskeligt at konstatere noget definitivt i dette henseende, da den eksisterende praksis, efter loven, er ganske sparsom. Dog kan den indsamlede empiri bidrage med nogle indikationer på, hvorledes lovens forarbejder i praksis vil anvendes.

Formanden for Klagenævnet udtaler sig ganske tilbageholdende, i forhold til vid fortolkning af lovens bestemmelser, og bekender sig generelt til den juridiske metode.²¹³ Heraf kan udledes, at Klagenævnet, såfremt et givent forhold ikke er nedfældet i selve lovteksten, ikke vil tillægge dette nævneværdig betydning. Der er således, på baggrund af disse udtalelser, ikke belæg for at antage, at Forarbejderne tillægges nævneværdi betydning i forbindelse med Klagenævnets kendelser. Der kan dog argumenteres for, at det simpelthen ikke er muligt at udlede meningsfyldte slutninger med afsæt i lovteksten alene grundet disse såkaldte konstruktive uklarheder, hvorefter Forarbejderne alligevel må udgøre et tungtvejende fortolkningsbidrag. Flere praktikere tilslutter sig sidstnævnte holdepunkt.^{214 215 216} Til støtte herfor kan ligeledes nævnes tidligere praksis, efter Direktiv 2004/18/EU, hvorunder Klagenævnet ved flere lejligheder, i sine afgørelser, har henvist til præambelbetragtning 8.²¹⁷ Der kan dog ikke drages endegyldige slutninger herpå, da det endnu er

²¹⁰ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov)

²¹¹ Steen Treumer, Udbudsloven, CEVIA, 4. marts 2016

²¹² Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9

²¹³ Michael Ellehauge, Udbudsloven, CEVIA, 4. marts 2016

²¹⁴ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9

²¹⁵ Martin Stæhr, Udbudsret – med fokus på den nye Udbudslov, Advokaternes HR, 3. februar 2016

²¹⁶ Christian Hartlev, Aktuel Udbudsret II, Kammeradvokaten, 25. januar 2016

²¹⁷ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9

usikkert, om Klagenævnet fremover vil referere til Forarbejderne på lige fod med præambelbetragtningerne efter det tidligere gældende direktiv.

Dog må ovenstående betragtes som en indikation på, at der trods Formanden for Klagenævnets udtalelser, alligevel kan støttes ret på udvalgte formålsbetragtninger.

Omvendt har Klagenævnet, tidligere, frasagt sig klare lovbemærkninger i forhold til Håndhævelsesloven vedrørende en sag om Profilaksebekendtgørelser,²¹⁸ hvilket skaber tvivl om, i hvilket omfang der fremadrettet vil henvises til disse.

Det må dog, *ceteris paribus*²¹⁹, betragtes som en nødvendighed at inddrage Forarbejderne i et vist omfang, da der findes meget regulering, og også en del byrdefuld regulering, heri. Som eksempel herpå kan nævnes Forarbejderne til § 160, som lister de forhold som, i forbindelse med offentliggørelse af evalueringsmetode og tildelingskriterier, skal fremgå af Udbudsmaterialet.²²⁰ Ved bedømmelse af, om ordregiver har offentliggjort et tilfredsstillende og tilstrækkeligt Udbudsmateriale, må der således utvivlsomt henses til forskrifterne herfor, som udelukkende findes i Forarbejderne. Det vil således ikke være muligt at navigere, efter Udbudsloven, uden at tage Forarbejderne i betragtning.

2.4 Alternativer til fleksibelt udbud

Som alternativ til fleksibelt udbud kan en ordregiver, i medfør af Udbudslovens § 39 og § 50, vælge at gøre brug af henholdsvis en indledende markedsundersøgelse og/eller tillade alternative tilbud. I det følgende analyseres disse muligheder, samt i hvilket omfang disse kan fungere som substitutter for en fleksibel udbudsform.

2.4.1 Forudgående markedsundersøgelse

§ 39, stk. 1, kan omfatte dialog med potentielle tilbudsgivere, ligesom disse, forud for offentliggørelse af Udbudsdokumenterne, kan rådgive ordregiveren vedrørende det påtænkte udbud.

Bestemmelsen implementerer Direktivets art. 40 og 41, hvor art. 40 omhandler de overordnede rammer for anvendelse af forudgående markedsundersøgelser, medens art. 41 omhandler

²¹⁸ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9f

²¹⁹ ”Alt andet lige”

²²⁰ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 184, under bemærkningerne til § 160

habilitetsspørgsmålet, der opstår såfremt en markedsaktør, som har bistået med rådgivning under en forudgående markedsundersøgelse, ligeledes byder på kontrakten.²²¹

Forudgående markedsundersøgelse, eller teknisk dialog, var ligeledes muligt efter det tidligere gældende Direktiv, jf. dette Direktivs præambelbetragtning 8. Det fremgår ligeledes af praksis, fra EU-Domstolen samt Klagenævnet for Udbud, at forudgående markedsundersøgelser ikke strider mod grundlæggende principper, såfremt den pågældende økonomiske aktør ikke opnår en konkurrencemæssig fordel, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, som nedfældet i lovens § 2, overholdes. Den forudgående markedsdialog kan, jf. Forarbejderne, anvendes ved at konsultere potentielle tilbudsgivere vedrørende tekniske krav for det ønskede indkøb, således at der sikres et markedskonformt udbud, ligesom ordregiver kan foretage undersøgelser af markedets forskellige løsningsmuligheder, samt hvorledes markedet overordnet fungerer.²²²

Ordregiver kan således, såfremt denne ikke ønsker at gøre brug af udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, foretage en indledende markedsundersøgelse for at afdække markedets forskellige løsningsmuligheder, således at der alligevel opnås et nuanceret kendskab til markedets muligheder, hvorefter udbuddet kan offentliggøres og gennemføres på et velinformeret grundlag.

En indledende markedsundersøgelse vil, ligesom udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, medføre omkostninger for ordregiver, dels i form af konsulenthonorarer, men ligeledes i form af transaktionsomkostninger og offeromkostninger for den tid, som en ordregiver må afsætte hertil.

Ordregiver må derfor foretage et skøn over hvilken model, der er mest hensigtsmæssig for det konkrete udbud.

2.4.2 Alternative tilbud

Ved at tillade alternative tilbud overlades det til tilbudsgiverne at udarbejde andre og anderledes måder at tilfredsstille ordregivers behov på, og dette kan således ses som værende et alternativ til at gennemføre et udbud som udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog. Der er dog en række forhold, som ordregiver skal tage hensyn til for at kunne acceptere alternative tilbud fra tilbudsgiver – disse behandles nedenfor.

²²¹ Direktiv 2014/24/EU, art. 40 og 41

²²² Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 84, under bemærkningerne til § 39

I Forarbejderne til Udbudsloven fremgår det, at Udbudsdirektivet ikke indeholder en egentlig definition af begrebet, alternative tilbud, men begrebet dækker over et tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne.²²³ Det fremgår således udelukkende af Udbudsdirektivets, art. 45, stk. 1, hvornår betingelserne for anvendelse af alternative tilbud er opfyldt, samt at alternative tilbud kun kan anvendes, såfremt dette er givet eksplicit i Udbudsbekendtgørelsen²²⁴. Kravene for anvendelse af alternative tilbud er således, jf. art. 45, stk. 1 og 2 og §§ 50-52, at de:

- er knyttet til kontraktens genstand.
- opfylder mindstekrav opstillet i Udbudsdokumenterne.
- opfylder de specifikke krav ordregiver har anført for deres indgivelse.
- *hvis krævet af ordregiver*, kun kan indgives sammen med almindelige tilbud.

§ 51 foreskriver, ved den uddybende fortolkning i Forarbejderne, at ordregiver kan give tilladelse til, eller kræve, at tilbudsgiver fremsætter alternative tilbud. Ved alternative tilbud forstås et tilbud, der, på opfordring af ordregiver, indeholder alternative løsningsforslag på ordregivers pågældende behov, og som i øvrigt afviger fra det, der oprindeligt er fastsat i Udbudsmaterialet, jf. § 24, nr. 3. Alternative tilbud er således ikke tilladt, såfremt ovenstående ikke er anført.²²⁵ Ydermere skal følgende punkter i § 51 være angivet i Udbudsmaterialet, såfremt de alternative tilbud kan accepteres:

- hvilke mindstekrav de alternative tilbud skal opfylde.
- hvilke specifikke krav der stilles til afgivelse af alternative tilbud, navnlig hvis der er krav om, at alternative tilbud kun kan afgives, når der også er et ordinært tilbud.

Hvis ordregiver således har anført, i Udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud accepteres, vil sådanne afvigelser fra Udbudsmaterialet tolkes som værende et alternativt tilbud, med mindre der er tale om afvigelser fra mindstekrav til de alternative tilbud. Indeholder et alternativt tilbud således afvigelser fra mindstekravene til de alternative tilbud, vil der være tale om et tilbudsforbehold. Såfremt ordregiver har præciseret de konkrete forhold i udbuddet, der kan være genstand for alternative tilbud, vil afvigelser i forhold til øvrige dele af udbuddet tolkes som værende et tilbudsforbehold.²²⁶

²²³ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 94, under bemærkningerne til § 50

²²⁴ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's Udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 272

²²⁵ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 94, under bemærkningerne til § 50

²²⁶ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 94, under bemærkningerne til § 50

Ved ordregivers accept af alternative tilbud i Udbudsbekendtgørelsen, fremgår det af Udbudsloven, § 52, at ordregiver ikke kan afvise et alternativt tilbud med den begrundelse, at det alternative tilbud indeholder afvigelser fra Udbudsmaterialet, med mindre disse afvigelser kan karakteriseres som værende et tilbudsforbehold som præciseret per ovenstående. Såfremt ordregiver derudover har opstillet et krav om afgivelse af alternative tilbud, vil ordregiveren være forpligtet til at afvise enhver form for antageligt ordinært tilbud, såfremt den konkrete tilbudsgiver ikke tilmed afgiver et alternativt tilbud. Ordregiver kan dog konkretisere i Udbudsmaterialet, at et alternativt tilbud udelukkende tages i betragtning, såfremt tilbudsgiveren afgiver et ordinært tilbud, og ordregiveren kan ligeledes kræve, at det ordinære tilbud skal være antageligt. I forlængelse heraf fremgår det af § 50, stk. 1, 2. pkt., at alternative tilbud skal have reel tilknytning til kontraktens genstand – dette har til formål at sikre, at der i behørig grad er sammenlignelighed mellem de ordinære og alternative tilbud, således at tilbuddene kan indgå i evalueringsprocessen på lige vilkår. § 50, stk. 1, 3. pkt., foreskriver yderligere, at de valgte kriterier for tildeling skal kunne anvendes i forbindelse med både de ordinære samt alternative tilbud.²²⁷

2.5 Fleksible udbudsformer efter lov nr. 1564 af 15/12/2015 – Udbudsloven

Som beskrevet i tidligere afsnit, vedrørende centrale bestemmelser, lægger § 61, stk. 1 og § 67, stk. 1 op til en udvidet adgang til anvendelse af de fleksible udbudsformer. Det vil således, i nærværende afsnit, handle om, hvordan retstilstanden er lige nu med øje for § 160 og de restriktioner, bestemmelsen medfører. Der vil lægges mindre vægt på adgangen til de fleksible udbudsformer, da disse ikke, isoleret set, foranlediger tvivl.

2.5.1 En ordregivers perspektiv

Det hævdes af Københavns Kommune, at man fremadrettet vil benytte sig af de fleksible udbudsformer ved ca. 50 % af fremtidige udbud – dette værende udbud, hvor man fra start vælger enten udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, og ikke overgår fra de almindelige udbudsformer, jf. art. 26, stk. 4, litra b. Det må derfor antages, at den udvidede adgang til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog tages positivt imod blandt ordregiverne.²²⁸ Det tilføjes ligeledes i forbindelse hermed, at det lige nøjagtig er, hvad præamblerne i Direktivet lægger

²²⁷ Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 94, under bemærkningerne til § 50

²²⁸ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 1

op til – altså, at de fleksible udbudsformer bør anvendes i alle tilfælde, hvor der ikke er tale om en hyldevare.²²⁹

Der vil dog til stadighed foreligge visse barrierer for anvendelse af de fleksible udbudsformer – blandt disse værende transaktionsomkostninger samt markedsstrukturer. Der kan således foreligge tilfælde, hvor transaktionsomkostningerne vil være for høje i forhold til gevinsten ved anvendelse af de fleksible udbudsformer, ligesom der kan foreligge markedsstrukturer, som ikke lægger op til anvendelse af disse – mere herom i afsnit 3.2.1.3 og 3.3.

Disse barrierer mener man dog, som oftest vil opvejes af den gevinst, der realiseres, idet man som ordregiver kan håndtere forbehold, fejl og mangler i de pågældende tilbud i højere grad end ved begrænset – eller offentligt udbud, og samtidig at transaktionsomkostningerne ikke nødvendigvis behøver være så omfangsrige, da man stadig kan forbeholde sig retten til at tildele kontrakten direkte på baggrund af det indledende tilbud. På baggrund af dette ræsonnement stilles der spørgsmålstejn ved, hvorvidt man i virkeligheden burde anvende udbud med forhandling, også selv om man ikke har påtænkt at forhandle, da man i så fald har muligheden for at få afklaret eventuelle uklarheder og forbehold i tilbuddene. Dertil føjes, at det, specielt ved tjenesteydelseskontrakter, handler om signalværdi over for tilbudsgiver. Ordregiver bør således påse, at kompetente tilbudsgivere ikke afskrækkes ved udsigten til en ressourcekrævende udbudsproces, når kontraktens værdi er af mindre omfattende karakter.²³⁰

I forhold til hvilken af de to udbudsformer der fremover vil være den mest anvendelige i praksis, anføres det, at det formentlig bliver udbud med forhandling, der vil være den primære fleksible udbudsform. Selv om betingelserne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog nu er ens, påpeges det, at der er forskelle ved, hvordan man forhandler og shortlister under de to udbudsformer, hvilket således er de primære grunde til, at udbud med forhandling formentlig vil foretrækkes over konkurrencepræget dialog. Yderligere tilføjes, at konkurrencepræget dialog typisk vil anvendes ved udbud, hvor ordregiver har nogle overordnede funktionskrav, som vedkommende ønsker at gå i dialog med tilbudsgiver om. Der gøres her opmærksom på, at udbud, inden for entreprise, typisk er mere detaljeret beskrevet hvilket betyder, at kravene allerede er udformet, således at forholdene, hvorom der kan forhandles, er lette at definere, hvorfor udbud med forhandling bør foretrækkes. Der vil dog være mulighed for anvendelse af konkurrencepræget

²²⁹ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 2

²³⁰ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 3

dialog i tilfælde af helt særlige typer af udbud, hvor krav til økonomiske – og juridiske forhold ikke er kendt på forhånd.²³¹

Der eksisterede indledningsvist en forventning om, at anvendelsen af de fleksible udbudsformer, i høj grad, ville afhænge af kontraktens kompleksitet. Praksis har dog afspejlet et mere økonomisk ræsonnement, hvorefter beslutningen vedrørende anvendelse af de fleksible udbudsformer træffes med afsæt i kontraktens værdi og den ressourcekrævende proces, der følger af de fleksible udbudsformer. Man er således, som ordregiver, ikke nervøs for selve egnetheden af de konkrete udbud i forhold til at kunne gå i dialog eller forhandling – det er snarere en efficiensbetragtning, der giver anledning til bekymringer.²³²

Denne efficiensbetragtning medfører, at ordregiver fravælger forhandling, da processen bliver for byrdefuld, jf. kravet om forhandling med samtlige tilbudsgivere – der er ligeså et tidsmæssigt aspekt i fravælgelsen af de fleksible udbudsformer, da det ligeså er tidsmæssigt krævende at skulle forhandle med alle parter på trods af det faktum, at det oftest kun er to parter, der reelt konkurrerer om kontrakten.²³³

Dette menes at ville medføre, at man, fra ordregivers side, vil prækvalificere færre end de sædvanlige fem tilbudsgivere – man kan prækvalificere ned til tre tilbudsgivere, men dette afføder således en anden problematik, da der er risiko for, at en eller flere tilbudsgivere hopper fra undervejs, hvorfor der pludselig kun er én eller to tilbudsgivere tilbage, og dermed ligeså risiko for at selve konkurrenceelementet forsvinder. Derudover er der risiko for, at ordregiver afskærer en kompetent tilbudsgiver, som efter x antal forhandlingsrunder potentielt kunne have fremkommet med det bedste tilbud. Der er dog forståelse for, at det er for at imødesætte gennemsigtighedsprincippet, at der skal forhandles med alle, men det pointeres samtidig, at flere tilbudsgiverrepræsentanter, herunder FRI²³⁴, som har siddet med i Udbudslovsudvalget, synes overraskede over, at Lovbemærkningerne og Vejledningerne i sådan en grad lægger op til, at der skal forhandles med alle.

Ud over at Lovbemærkningerne lægger op til en ressourcekrævende forhandlingsproces, foreligger der også et skriftlighedskrav i § 5, hvorunder det nævnes, at der til stadighed lægges meget vægt på

²³¹ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 2

²³² Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 3

²³³ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 4

²³⁴ Ingeniørernes Fagforening

kravene til skriftligheden og proceduren, når man indgår i forhandling/dialog med tilbudsgivere. Disse kan ligeså være yderst omkostningsfulde for ordregiver, og typisk vil ordregiver yderligere have brug for at inddrage tekniske rådgivere i forhandlingsprocesserne for at få afklaret specifikke løsninger, som man har forhandlet sig frem til – dette vil gøre skriftlighedskravet endnu mere byrdefuldt.²³⁵

I henhold til hvilke brancher, hvori de fleksible udbudsformer i fremtiden vil være mest fremtrædende, spås det, at det primært vil dreje sig om bygge- og anlægsopgaver, inden for IT-sektoren samt generelt ved komplekse tjenesteydelser. Det er ligeså disse brancher, som bliver fremhævet i Lovbemærkningerne til Udbudsloven, og det antages ligeså at være her, der kan udvindes størst værdi ved anvendelse af de fleksible udbudsformer, fordi der ofte vil være en høj grad af kompleksitet – og et designelement at tage hensyn til.²³⁶

I sidste ende påpeges det, at det er implementeringen af § 160, som skaber usikkerhed, og det er bekymringen for at lave mindre fejl, herunder uegnede evalueringsmetoder og/eller forkert håndtering af forbehold, der vil medføre kontraktens ophør, som i sidste ende skræmmer ordregiver. Betydningen af § 160, for anvendelsen af de fleksible udbudsformer, ses altså som værende en regulær hindring. Det menes, at det i praksis vil betyde, at man enten ikke vil vælge udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, og processen, såfremt disse udbudsformer anvendes, begrænses af, at man hele tiden skal sikre sig, at de forhandlinger eller dialoger, man har, er nogle man kan trække ind under sine tildelingskriterier og sin beskrivelse af, hvordan man ønsker at evaluere det pågældende tilbud. Det vil altså være begrænset, hvor meget klogere man kan blive undervejs, da det ofte vil betyde, at den information man opnår ikke indgår i evalueringsmetoden og/eller tildelingskriterier og derfor ikke kan anvendes ved tildeling af kontrakten.²³⁷

§ 160 ses således som et problem, da formålet med de fleksible udbudsformer netop er at blive klogere undervejs og tilpasse den pågældende ydelse i takt med, at markedet konsulteres. Det tilføjes, at § 160 især er til hinder for en effektiv anvendelse af konkurrencepræget dialog, da man oftest ikke ved, hvad man reelt efterspørger, hvis man anvender denne udbudsform. Den almene

²³⁵ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 2

²³⁶ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 5

²³⁷ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 6

anvendelse kommer således til at stå og falde med, hvordan praksis kommer til at udvikle sig, og hvor specifik man skal være i beskrivelsen af sin evalueringsmetode.²³⁸

For anvendelighedens skyld tilskyndes det, at der i praksis udvikler sig en mindre restriktiv fortolkning af § 160, således at de modstridende hensyn i §§ 61 og 67 og § 160 ikke begrænser brugen af de fleksible udbudsformer, og særligt konkurrencepræget dialog, da det, ifølge Emil Schütze, er en nødvendighed, at man på sigt kan nøjes med at beskrive sine tildelingskriterier og evalueringsmetode på et overordnet plan. Det ses sågar gerne, at der bliver åbnet for muligheden for at ændre i tildelingskriterierne, samt evalueringsmetoden, inden for tilbudsfristen. Der skal dog ikke være tale om grundlæggende krav, således at man kunne have tiltrukket andre tilbudsgivere fra udbuddets start.²³⁹ Der hersker dog en formodning for, at Klagenævnet vil agere meget restriktivt i forbindelse med ovenstående, og da der ikke er lagt op til, at de forskellige udbudsformer skal behandles forskelligt i § 160, tvivles der på, at Klagenævnet vil agere anderledes. Klagenævnet vil derfor formentlig udforme en generel praksis, som gælder for alle udbudsformer.²⁴⁰ Den praksis som Klagenævnet udformede, efter det tidligere Direktiv, bar dog præg af, at man godt kunne formulere sig bredt ved hjælp af termer såsom ”for eksempel” og ”blandt andet” i relation til kvalitet – dette ses som en mulighed for bredere formuleringer i fremtiden.

Det uddybes hertil, at man godt kan forestille sig en praksis, der bærer præg af mere fleksible Udbudsmaterialer, hvori der kan foretages ændringer i evalueringsmetoder og kriterier, når der anvendes udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog. Dette er muligt netop som følge af det faktum, at man kan tillade sig at formulere Udbudsmaterialet bredere fra start og dermed undgå, at tilbudsgiverne ser det som værende et udtryk for grundlæggende ændringer, når der forekommer justeringer af udbudsmaterialet undervejs. Omvendt udtrykker forfatterne af bogen, Udbudsloven, at det må være direkte i strid med Udbudsdirektivet at ændre i Udbudsmaterialet – der eksisterer derfor tvivl om, hvordan man kan formulere sig, og hvad man, som ordregiver, kan tillade sig at ændre undervejs i en udbudsproces.²⁴¹

Afslutningsvist tilføjes det, at den fleksible regulering giver ordregiver sindsro, når det drejer sig om udbud på funktionskrav, som også bliver beskrevet som værende en konkurrencefremmende faktor, som derfor også leder til efficiente udbud. Tidligere har det været tilfældet, at ordregiver ofte

²³⁸ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 7

²³⁹ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 8

²⁴⁰ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9

²⁴¹ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9

er endt med utilfredsstillende løsninger ved udbud med funktionskrav, fordi man ikke har kunne ændre og/eller justere funktionskrav undervejs i udbudsprocessen på samme måde, som det er muligt efter den nye Udbudslov. Her ses den nye regulering som værende en kilde til at skabe større kontraktuel værdi ved gennemførelse af udbud, inden for de fleksible udbudsprocesser, fordi man er i stand til at definere sine funktionskrav mere overordnet til at starte med og efterfølgende uddybe – naturligvis inden for visse grænser. Dette skal ses i forhold til det tidligere direktiv, hvor det påpeges, at det i vid udstrækning handlede om krav, således at det samlede Udbudsmateriale indeholdte uforholdsmæssige lange kravsspecifikationer fra forskellige afdelinger.

Problemet med disse krav var, og er til stadighed, at når man spørger de pågældende personer, om vedkommendes individuelle krav er vigtige, så er svaret ofte nej, hvorfor kravene altså skrives ind som en helgardering som følge af det tidligere Direktivs mangel på fleksibilitet – dette medfører, at kravene får en negativ effekt set i et samfundsøkonomisk perspektiv. I den nye Udbudslov er der lagt op til, at disse krav, og cost drivers, kan diskuteres, som følge af den nye regulering, da unødvendige krav løbende kan modificeres, når disse selvsagt ikke er defineret som mindstekrav.²⁴²

2.5.2 Klagenævnet for Udbud

Som dokumenteret i ovenstående afsnit vil fremtiden, for specielt udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, være lagt i hænderne på Klagenævnet og den praksis, som i fremtiden vil formes i forbindelse med fortolkningen af § 160.

D. 15. marts 2016 afsagde Klagenævnet endnu en kendelse²⁴³ vedrørende ordregivers skønsfrihed i relation til evalueringsmetoder – resultatet af denne kendelse stemmer overens med den hidtidige retspraksis på området, hvor Klagenævnet gentagende gange har udtrykt et betydeligt skøn i forbindelse med ordregivers evaluering.²⁴⁴

I forlængelse af kendelsen af d. 15. marts 2016 udtalte Klagenævnet, at det således følger af Klagenævnets faste praksis, at ordregiver har en vid skønsbeføjelse ved evaluering af tilbuddene i relation til de kvalitative underkriterier.²⁴⁵ Klagenævnet tilføjede i forbindelse hermed, at formuleringer som ”bør” og ”ser gerne” til stadighed ikke anses for værende i strid med

²⁴² Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 11

²⁴³ Bilag 9 – Klagenævnskendelse af d. 15. marts, 2016, J.nr.: 2015-14280

²⁴⁴ Bilag 9 – Klagenævnskendelse af d. 15. marts, 2016, J.nr.: 2015-14280, s. 11

²⁴⁵ Bilag 9 – Klagenævnskendelse af d. 15. marts, 2016, J.nr.: 2015-14280, s. 11

gennemsigtighedsprincippet²⁴⁶, hvilket stemmer overens med Emil Schützes betragtninger, i forhold til implementeringen af den nye Udbudslov.²⁴⁷

På trods af det faktum, at implementeringen af § 160, i Udbudsloven, lægger op til øget gennemsigtighed, fastholder Klagenævnet, at ordregiver fortsat har et vidt skøn i sin vurdering.²⁴⁸

I en kommentar til Klagenævnets kendelse af d. 15. marts 2016 uddyber Sara Klougart²⁴⁹ og Thomas Larsen²⁵⁰, at det er interessant at beskue de mange reaktioner det nye krav, om offentliggørelse af evalueringsmetoden, afføder. Som følge af disse reaktioner har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen rettet henvendelse til Kommissionen for at få bekræftet, at § 160 ikke indfører strengere regler end intentionerne i Udbudsdirektivet.²⁵¹

Kommissionen afgav herefter et svar til Styrelsen d. 16. marts 2016. Kommissionen svarede for egen regning, at:

*”...de danske udbudsregler, om offentliggørelse af evalueringsmetoder, efter Kommissionens opfattelse er en følge af Udbudsdirektivet sammenholdt med fast retspraksis fra EU-domstolen.”*²⁵²

Denne holdning fra Kommissionen har, ifølge Sara Klougart og Thomas Larsen, givet debatten, vedrørende § 160, et interessant input, da flere praktikere, teoretikere samt Klagenævnet, alle synes enige om, at kravet om offentliggørelse ikke kan aflæses ud af det udbudsretlige regelsæt – hverken direkte eller indirekte.²⁵³ Sara Klougart og Thomas Larsen påpeger dog, at Kommissionen udelukkende svarer på egne vegne, og at selv samme Kommission, i et utal af andre sager for EU-Domstolen, førhen har været fortalere for mere restriktive regler og firkantede fortolkninger af de udbudsretlige regler, hvor de ganske ofte er blevet underkendt af EU-Domstolen.²⁵⁴

Modsætningsvist nævner Emil Schütze bl.a. sag C-6/15²⁵⁵, hvor Generaladvokat, P. Mengozzi, giver sit forslag til en afgørelse på det præjudicielle spørgsmål om, hvorvidt det kræves af ordregivende myndighed altid, eller under visse omstændigheder, at være forpligtet til på forhånd, i

²⁴⁶ Bilag 9 – Klagenævnskendelse af d. 15. marts, 2016, J.nr.: 2015-14280, s. 11

²⁴⁷ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 9

²⁴⁸ Bilag 9 – Klagenævnskendelse af d. 15. marts, 2016, J.nr.: 2015-14280, s. 11

²⁴⁹ Sara Klougart, Associate, Bird & Bird

²⁵⁰ Thomas Larsen, Partner, Bird & Bird

²⁵¹ Bilag 6 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160

²⁵² Bilag 6 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160, s. 2

²⁵³ Bird & Bird artikel af d. 4. april, 2016, s. 2

²⁵⁴ Bird & Bird artikel af d. 4. april, 2016, s. 2

²⁵⁵ C-6/15 – TNS Dimarso NV

Udbudsbekendtgørelsen eller Udbudsbetingelserne, at fastsætte den bedømmelsesmetode eller de vægtningsregler, der bliver lagt til grund for bedømmelsen af tilbudsgivernes tilbud. Det påpeges, at Generaladvokat, P. Mengozzi, stiller sig yderst kritisk over for selve legaliteten af det faktum, at man som lovgiver kan kræve, at ordregiver på forhånd, i Udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, offentliggør bedømmelsesmetoden. Emil Schütze mener, på baggrund af Generaladvokat, P. Mengozzis, udtalelse, at Generaladvokaten, ved at stille sig kritisk over for ovenstående præjudicielle spørgsmål, ligeså stiller spørgsmålstegn ved legaliteten af § 160.²⁵⁶

2.5.3 Nuværende retstilstand

Ud fra ovenstående analyse af retstilstanden, med fokus på den nye Udbudslov, særligt § 160, er det svært at udlede noget generelt, da der til stadighed sås tvivl om bestemmelsens omfang, og hvordan denne skal fortolkes. Der er parter, der finder bestemmelsen tilpas restriktiv, og der er parter, der finder den for vidtgående – det eneste der kan siges er, at hvis der henses til Direktivets lovtekst er det, isoleret set, vanskeligt at udlede en direkte hjemmel for indførsel af § 160.

Det ligger dog klart, at adgangen til anvendelse af de fleksible udbudsformer er betydeligt udvidet, og disse bestemmelser lægger således ikke, isoleret set, an til de store diskussioner retligt set.

2.6 Delkonklusion

På baggrund af den juridiske analyse kan det konkluderes, at Udbudsretten er et område, hvorpå partsautonomien i væsentligt omfang begrænses. Adgangen til de fleksible udbudsformer, er efter Direktiv 2014/24/EU væsentlig udvidet, i forhold tidligere, ligesom adgangsbetingelserne nu er identiske for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Det konkluderes dog, at principper, om ligebehandling og gennemsigtighed, fortsat må iagttages. Derudover skal forhandlingsforbuddet, som medfører begrænsninger i parternes forhandlingsbeføjelser, under offentligt og begrænset udbud, iagttages. Det konkluderes tilmed, at de centrale bestemmelser, for nærværende problemstilling, omfatter §§ 61 og 67, som regulerer adgangsbetingelserne for de fleksible udbudsformer, samt § 160, som opstiller barrierer for den praktiske anvendelse af disse.

Betingelserne i §§ 61 og 67 giver umiddelbart ikke anledning til yderligere spekulationer, medens § 160, og de heri indeholdte krav, i væsentlig grad forulemper ordregiver i forbindelse med udarbejdelse af Udbudsmaterialet – særligt ved anvendelse af udbud med forhandling og

²⁵⁶ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 8f

konkurrencepræget dialog. § 160, stk. 2, kompenserer dog ordregiver herfor ved at determinere, at en uegnet evalueringsmetode ikke efterfølgende kan tilsidesættes, såfremt denne ikke strider mod principper om ligebehandling og gennemsigtighed. I medfør af Udbudslovens såkaldte konstruktive uklarheder, kan det konkluderes, at der ved fortolkning af disse må henses til forskellige fortolkningsbidrag, herunder forarbejder og præambelbetragtninger, ligesom der må henses til udtalelser og Vejledninger fra relevante myndigheder.

Det konkluderes, at der herved ikke fremstår et entydigt fortolkningsgrundlag, for særligt § 160, således at praksis fra Klagenævnet følgende må forme praksis, inden noget endegyldigt kan udledes. Klagenævnet udviser umiddelbart en tilbageholdende approach i forhold til udvidende fortolkning, hvilket taler for en fortsat restriktiv tilgang til forhåndsmæssig offentliggørelse af Udbudsmaterialet. Samme tilgang udvises af Kommissionen ved dennes Vejledninger for tolkning af § 160. Det konkluderes samtidig, at danske ordregivere synes at være af den overbevisning, at der må etableres en lempeligere fortolkning af de, i § 160, indeholdte krav. Dette synspunkt harmonerer med hensigtserklæringerne, som hjemlet ved betragtning 42, samt de generelle bagvedliggende betænkninger. Det konkluderes tilmed, at hjemmelsgrundlaget for indførelsen af § 160 er tvivlsomt, hvilket kan tale for en lempelig fortolkning af denne bestemmelse, idet håndhævende myndigheder har pligt til EU-konform fortolkning.

Det konkluderes endeligt, at ordregivende myndigheder, i ethvert udbud, som ikke involverer indkøb af hyldevarer, lovligt kan anvende de fleksible udbudsformer, medens tilstedeværelsen af § 160, med al sandsynlighed, i væsentligt omfang, vil reducere den praktiske anvendelse af disse, indtil der opstår klar præcedens vedrørende fortolkning af de heri indeholdte krav.

Kapitel 3 – Økonomisk analyse

3.1 Forhandlingens bidrag i kontraktuel regi

I det følgende analyseres relevansen af forhandling i kontraktuel sammenhæng med udgangspunkt i klassisk spilteori. Der tages udgangspunkt i prisoners dilemma spillet, som for første gang blev analyseret i 1953, af Melvin Dresher og Al Tucker, og i dag betragtes som en af grundstenene til moderne spilteori.²⁵⁷

Det søges herved belyst, hvorledes forhandling mellem parter, som deler en kontraktuel relation, kan skabe merværdi og paretoforbedringer i forbindelse med kontraktindgåelsen.

Der tages således, indledningsvist, udgangspunkt i en situation, hvor der ikke tillades forhandling – og dialog mellem parterne, hvilket, i udbudsretlig kontekst, svarer til en udbudsform, som er underlagt en restriktiv fortolkning af forhandlingsforbuddet. Dernæst tages der udgangspunkt i en situation, hvor parterne tillades forhandling – og dialog undervejs i forløbet, således at der kan koordineres adfærd, med det formål at fremme paretoforbedringer, til gavn for samtlige kontraktsparter.

De to scenarier som beskrevet ovenfor opstilles og analyseres i det følgende.

3.1.1 Prisoners dilemma uden forhandling

En aftale bygges på viljeserklæringer, som, for begge parter vedkommende, er underliggende for den kontrakt som indgås. Begge parter har et ønske, eller en vilje, som indfries ved at indgå i en kontraktuel konstellation med modparten. Heri ligger implicit, at hver part, for at opnå tilfredsstillelse, i relation til vedkommendes specifikke ønsker, er afhængig af modparten.²⁵⁸ Dette er en grundlæggende antagelse i spilteorien, hvorefter hver part, ud fra en rationalitetsbetragtning, vælger den strategi, som, givet modpartens strategivalg, er mest lukrativ.

Prisoners dilemma opstilles som et scenarie, hvor to tilfangetagne kriminelle afhøres uden mulighed for intern kommunikation. Begge parter har, forud for tilfangetagelsen, foretaget en kriminel handling. Der findes dog ikke tilstrækkeligt bevismateriale for, at begge kriminelle ifalder den fulde strafudmåling uden et supplerende vidneudsagn fra en eller flere parter. Spillet er opstillet under

²⁵⁷ Prajit K. Dutta, *Strategies and games* (1999), s. 11

²⁵⁸ Prajit K. Dutta, *Strategies and games* (1999), s. 3

den antagelse, at strafnedsættelse kan forekomme, såfremt en part hjælper ordensmagten til sagens opklaring.

Begge parter har herved to mulige strategivalg, at samarbejde med modparten og benægte kendskab til dennes kriminelle handlinger eller at tilstå og samtidig angive modparten.

De mulige strategier er sat op i normal form med dertilhørende nyttefunktioner nedenfor.

S1/S2	Angive	Samarbejde
Angive	<u>-5, -5</u>	0, -15
Samarbejde	-15, 0	-1, -1

Figur 3 – Prisoners dilemma uden forhandling²⁵⁹

Ovenfor ses en klassisk illustration af prisoners dilemma. De lodrette kolonner, i tabellens venstre side, angiver de mulige strategivalg for spiller 1, medens de vandrette rækker, i tabellens top, angiver de mulige strategivalg for spiller 2. De numeriske størrelser angiver parternes nytteværdier, baseret på disses respektive nyttefunktioner, hvor det forreste tal, i hvert felt, angiver nytten for spiller 1, medens det bagerste tal angiver nytten for spiller 2. Det antages, i nærværende fremstilling, at parterne har identiske nyttefunktioner.

Det fremgår af tabellen, at hver part har en dominerende strategi ved at angive modparten. Ved en dominerende strategi forstås det scenarie, hvor en given strategi altid vil være at foretrække uagtet modpartens strategivalg.²⁶⁰ Såfremt spiller 2 vælger at samarbejde, kan spiller 1 opnå en nytte på 0 ved at angive denne, medens nytten, ved at samarbejde, er -1. Såfremt spiller 2 vælger at angive, opnår spiller 1 en nytte på -5, ved ligeledes at angive, medens nytten, ved at samarbejde, er -15. Spiller 1 vil således, ud fra en rationalitetsbetragtning, altid vælge at angive modparten.

Det anføres, at der er tale om et spil med perfekt information, og spiller 2 er derfor bekendt med spiller 1's mulige strategivalg og de dertil hørende nytteværdier.²⁶¹ Af samme årsag forventer spiller 2, at spiller 1 angiver og må således selv angive for at afværge nytteværdien på -15.

²⁵⁹ Prajit K. Dutta, Strategies and games (1999), s. 11

²⁶⁰ Prajit K. Dutta, Strategies and games (1999), s. 41

²⁶¹ Prajit K. Dutta, Strategies and games (1999), s. 11

Ovenstående hændelsesforløb er ganske sammenligneligt med traditionel kontrahering, hvorunder hver part, via egenoptimering, forsøger at opnå den størst mulige gevinst givet de strategivalg som står til modpartens rådighed.

De to spillere ender således med at angive hverandre, hvorefter de begge modtager en negativ nytteværdi på 5. Det anføres, i forlængelse heraf, at der ikke er tale om et nulsumsspil hvilket ultimativt medfører, at der er mulighed for paretoforbedringer. Et nulsumsspil betegner det scenarie, hvor den gevinst, som tilfalder den ene part ved et givent strategivalg, udlignes af et tab hos modparten.²⁶² Dette er ikke tilfældet i det pågældende scenarie, hvor der, ved det rette strategivalg, kan realiseres en gevinst på 4 for begge parter, såfremt de begge vælger at samarbejde.

Analogien kan ligeledes overføres på udbudskontrakter. Ved anvendelse af offentligt – eller begrænset udbud opstår, i princippet, en situation, som angivet ovenfor, hvorunder parterne sidder i hvert sin lejr uden mulighed for kommunikation. Ved disse udbudsformer tillades det ikke, at parterne forhandler undervejs i forløbet, ligesom adgangen til simpel kommunikation også, af hensyn til forhandlingsforbuddet samt principper om ligebehandling og gennemsigtighed, er meget begrænset. Der er således belæg for at antage, at der, ved offentligt – og begrænset udbud, vil opstå et lignende inefficiënt scenarie, som skitseret ovenfor, hvorfor et samarbejde må tilskyndes.

Et samarbejde forudsætter dog kommunikation, hvilket illustreres i det følgende.

3.1.2 Prisoners dilemma med forhandling

Ovenstående model betragtes endnu en gang, denne gang under den forudsætning, at der kan kommunikeres – og forhandles mellem parterne forinden tidspunktet, hvorpå der skal tages stilling til hvilken strategi, der vælges.

Det anføres endnu en gang, at der er tale om økonomisk rationelle agenter, samt at der eksisterer perfekt information.

For at parterne kan realisere den før omtalte gevinst på 4, må der etableres et samarbejde som medfører, at parterne, hver især, vælger at samarbejde frem for at angive. Herved vil begge parter opnå en nytte på -1 frem for ligevægtsnyttens på -5.

Såfremt der tillades adgang til kommunikation og forhandling har parterne mulighed for at aftale, hvilken strategi der vælges, således at der skabes en fælles konsensus vedrørende et samarbejde.

²⁶² Prajit K. Dutta, Strategies and games (1999), s. 11f

Problemet herved er, som beskrevet ovenfor, at de deltagende spillere betragtes som økonomisk rationelle agenter, hvilket medfører at der, selv hvor der indgås en aftale om et samarbejde, eksisterer incitament til at angive, da den pågældende spiller, i givet fald, ville modtage en nytte på 0 i stedet for -1. Hver spiller vil således, ud fra rationalitetsantagelsen, fortsat vælge at angive, hvilket igen resulterer i ligevægtsnyttens på -5.

For at sikre et bæredygtig samarbejde, hvor parterne ikke behøver at bekymre sig om modpartens incitament, kan der derfor med fordel konstrueres en aftale, der, som udslag af forhandling og dialog, pålægger parterne en bod, såfremt aftalen fraviges. Denne bod kan, for eksempel, konstrueres således, at den brydende part modtager en samlet negativ nytte på 2. Ovenstående spil vil i givet fald ændres som illustreret nedenfor.

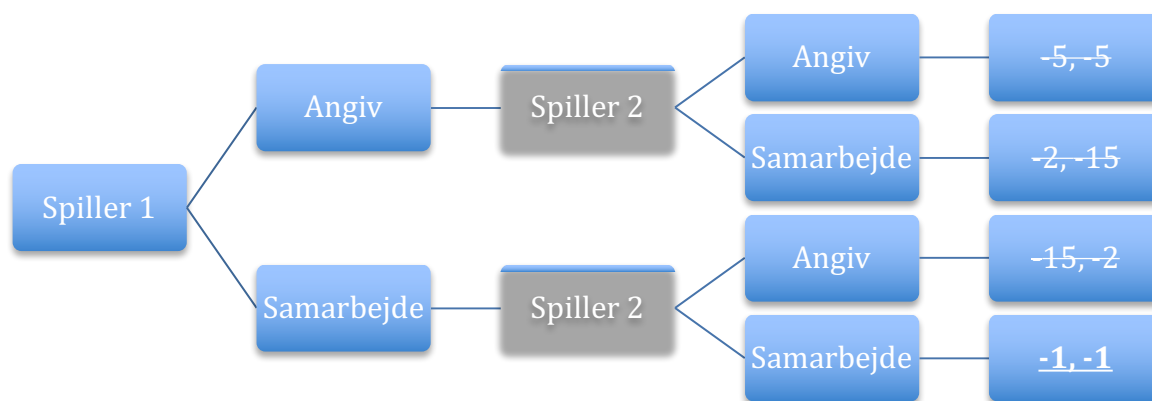
S1/S2	Angive	Samarbejde
Angive	-5, -5	-2 , -15
Samarbejde	-15, -2	-1, -1

Figur 4 – Prisoners dilemma med forhandling

Den negative nytte på -2, som udspringer af bodsbestemmelsen, er i ovenstående tabel markeret med rød skrift.

Det fremgår af tabellen, at spillerne nu ikke længere har en dominerende strategi. Spillet må således løses via backwards induction.²⁶³

²⁶³ Prajit K. Dutta, Strategies and Games (1999), s. 7



Figur 5 – Prisoners dilemma med forhandling, ekstensiv form²⁶⁴

Spillet er ovenfor opstillet i ekstensiv form, således at dette kan løses via backwards induction. Både spiller 1 og spiller 2 har fortsat mulighed for at samarbejde eller at angive. Spillet løses, jf. definitionen, bagfra, således at spiller 2 vælger strategi først.

Såfremt spiller 1 vælger at angive, har spiller 2 valget mellem at angive, hvilket resulterer i en nytte på -5, eller at samarbejde, hvilket resulterer i en nytte på -15. Spiller 2 vælger således at angive, hvorefter strategikombinationen angiv/samarbejde elimineres.

Såfremt spiller 1 vælger at samarbejde, har spiller 2 igen valget mellem at angive, hvilket nu resulterer i en nytte på -2, eller samarbejde, hvilket resulterer i en nytte på -1. Spiller 2 vælger således at samarbejde, hvorefter strategikombinationen samarbejde/angiv elimineres.

Spiller 1 er, jf. den perfekte information, bekendt med spiller 2's strategivalg, og har således valget mellem at angive, hvilket ultimativt resulterer i en nytte på -5, eller at samarbejde, hvilket ultimativt resulterer i en nytte på -1. Spiller 1 vælger således at samarbejde, hvorefter strategien angiv/angiv elimineres.

Herefter er det optimale strategivalg, for begge parter, at samarbejde, således at både spiller 1 og spiller 2 opnår en nytte på -1, som markeret i ovenstående figur. Dette er en forbedring svarende til 8 nytteenheder, hvor hver spiller modtager 4 af disse.

Dette scenarie muliggøres udelukkende af forhandlingens tilstedeværelse, og er således et udmærket eksempel på, hvorledes forhandling og dialog kan skabe en nytteforøgelse. Igen kan der drages paralleller til udbudskontrakter, særligt i forhold til hvilken udbudsform som vælges.

²⁶⁴ Prajit K. Dutta, Strategies and Games (1999), s. 157

Såfremt udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog anvendes, er der, som beskrevet i kapitel 2, mulighed for, at parterne kan gå i dialog vedrørende kontraktens indhold, dog med de gældende forbehold for blandt andet minimumskrav og tildelingskriterier. Selv om scenariet, i udbudsretlig sammenhæng, er et ganske andet, end det ovenfor skitserede, kan forhandling bidrage positivt forstået på den måde, at forbehold kan afklares, ligesom parterne kan forhandle sig frem til et udfaldsmæssigt bedre udgangspunkt end det, som udspringer af de traditionelle udbudsformer. Derudover vil forhandling, nøjagtig som i ovenstående tilfælde, reducere opportunistisk adfærd, da informationsasymmetrien mellem parterne gradvist udlignes, idet der løbende kommunikeres. Mere herom i det følgende afsnit vedrørende P/A teori.

Det anerkendes, at ovenstående er en meget forsimplet model. Særligt i tilfælde, hvor denne skal appliceres på kontraktuelle relationer, som ofte er mere komplicerede end som så. Modellen skaber dog et fint overblik over de muligheder, som skabes i udbudsretlig sammenhæng, ved at tillade forhandling. Det er således rimeligt at antage, at der, ved at tillade forhandling, som illustreret og beskrevet ovenfor, kan skabes mere effektive kontrakter mellem offentlige ordregivere og private tilbudsgivere.

3.2 Informationsasymmetri

Som behandlet i kapitel 2 skaber udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog en udvidet adgang til at forhandle om det pågældende udbuds indhold, og dermed burde udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog skabe en kontraktuel merværdi, i forhold til hvad de pågældende parter ville have opnået via de almindelige udbudsformer.

Denne påstand vil blive søgt forklaret, i nærværende afsnit, ved at analysere det udbudsretlige regelsæt, med fokus på de fleksible udbudsformer, ud fra et Principal-Agent, herefter P/A, teoretisk synspunkt. Afsnittet vil tage afsæt i en grundlæggende gennemgang af P/A teorien, og hvilke elementer der hertil hører i en kontraktuel kontekst.

Herefter analyseres plausible P/A problemstillinger, i forhold til en udbudsretlig kontrakt, med afsæt i almindelige udbudsformer kontra udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, sammenholdt med de informationsasymmetriske problemstillinger, der måtte følge heraf. Efterfølgende anvendes P/A teorien til at analysere den værdimæssige forskel mellem en almindelig udbudskontrakt og en kontrakt ved udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog.

Nedenstående afsnit, afsnit 3.2.1, vil tage afsæt i P/A problemstillinger i relation til de almindelige udbudsformer.

3.2.1 Principal-Agent teori

P/A teorien analyserer det egentlige forhold mellem en principal og en agent, hvor agenten anses som værende ansat under principalen og dermed sættes til at varetage principalens interesser.²⁶⁵ P/A teorien er udformet med henblik på belysning af de problemstillinger, der forekommer, mellem principalen og agentens informationsfordeling, inter partes.

Udgangspunktet ved P/A teorien er således den egentlige fordeling af information, inter partes, hvor agenten, generelt set, anses for værende den informationsbærende part, da agenten, som oftest, besidder større markedskendskab samt information om egne incitamenter.

Det er principalen, som udsteder regler samt guidelines for agentens ageren og for kontraktens indhold. Disse regler og guidelines udstedes med henblik på at få opfyldt principalens mål, der ligger til grund for selve kontraktens eksistens.²⁶⁶ P/A teori anvendes, som hovedregel, i ansættelsesforhold eller i mere organisatorisk grad internt i virksomhedssammenhæng, hvor der er tale om flere organisationsniveauer.²⁶⁷

P/A teorien er blevet behandlet, og analyseret, på forskellig vis, og af flere forskellige forfattere, herunder Demski & Feltham (1978), Harris & Raviv (1979), Holmstrom (1979) og Shavell (1979), men de har alle det tilfælles, at de finder P/A teoriens omdrejningspunkt værende det trade-off, der eksisterer mellem (a) omkostningerne ved monitorering og (b) omkostningerne ved at måle usikkerheden ved kontraktens resultat og overføre risikoen til agenten.²⁶⁸

- 3.2.1.1 *Adverse selection*

Adverse selection er udtryk for en inefficent samfundsøkonomisk tilstand, hvor asymmetrisk information leder til markedsfejl i den prækontraktuelle fase – se faseopdelingen frem til tildeling i figur 1 og 2. Nærmere bestemt er der tale om en situation, hvor agenten er i besiddelse af information, der kan være brugbar i forbindelse med fremtidige beslutninger. Eftersom principalen ikke har adgang til den samme information som agenten, kan vedkommende således ikke vide,

²⁶⁵ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi (1997), s. 164f

²⁶⁶ Kirsten Bregn, Principal-Agent teori (2007), s. 116f

²⁶⁷ Kirsten Bregn, Principal-Agent teori (2007), s. 112f

²⁶⁸ Kathleen M. Eisenhardt, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1, (1989), s. 61

hvorvidt agenten har truffet den mest efficiente beslutning – informationsfordelingen er således i agentens favør.

For at belyse delelementet, adverse selection, tages der afsæt i George Akerlofs ”Market for ”lemons””²⁶⁹ samt Milgrom og Roberts’ ”Economics, Organization and Management”²⁷⁰, som begge behandler adverse selection problematikken. Indholdet af George Akerlofs journal article vil ikke blive behandlet nærmere.

Ved en mere teoretisk gennemgang af adverse selection kan der, eksempelvis, være tale om en agent, der påstår at have specifikke kompetencer og/eller kapacitet, der medfører, at den pågældende agent bliver hyret til en opgave af principalen. Adverse selection opstår, da principalen ikke med sikkerhed kan verificere agentens kompetencer – eller kapacitet på tidspunktet for ansættelsen, eller imens agenten udfører jobbet.²⁷¹

For at afhjælpe adverse selection kan principalen anvende enten signaling eller screening som redskab til at minimere/eliminere adverse selection problematikken.²⁷²

○ 3.2.1.1.1 Signaling

Signaling knytter sig i høj grad til risikoen for, hvorvidt den pågældende agent ret beset besidder den kunnen og kompetencer, som denne har påstået at være i besiddelse af. Der kan, eksempelvis, være tale om uddannelsesmæssige – eller faglige kompetencer, som agenten påstår at være i besiddelse af, og for at principalen kan være sikker på, at disse påstande er valide, ønsker principalen at få udleveret beviser på agentens uddannelsesmæssige – samt faglige kompetencer.²⁷³ Således udligner principalen informationsasymmetrien inter-partes – dette kaldes signaling.

Dette kan eksemplificeres i udbudsretlig sammenhæng, ved at ordregiver påkræver en bestemt form for certificering af tilbudsgivers faglige kompetencer samt kapacitetsmæssige formåen. Signaling kan dog være ressourcekrævende, hvorfor gevinsten heraf skal vurderes i forhold til de relative omkostninger – mere herom i afsnittet vedrørende transaktionsomkostninger.

Der skal dog tages forbehold for self-selection, da agenter, over tid, kan aflæse, hvad principaler efterspørger. Da agenter handler i egen interesse, vil der være incitament til, eksempelvis, at tilegne

²⁶⁹ George A. Akerlof, Market for ”Lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism (1970)

²⁷⁰ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992)

²⁷¹ Kathleen M. Eisenhardt, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (1989), s. 61

²⁷² Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), s. 154

²⁷³ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), s. 155

sig specifikke certificeringer, som signalerer bestemte former for kvalitet, uddannelse og/eller kapacitet, selv om det ikke er agentens hensigt at efterleve disse. Principalen bør derfor overveje, hvorvidt de parametre, som vedkommende signalerer, også er, hvad principalen, i virkeligheden, får i udbytte heraf.²⁷⁴

○ 3.2.1.1.2 *Screening*

Screening må ej forveksles med signaling, men knytter sig ligeså til inter-partes forholdet mellem principalen og agenten, og den indbyrdes risikofordeling. Den ene part, screeneren, som er vedkommende med mindst information, principalen, vil forsøge at tilegne sig så meget information om agenten, tilbudsgiveren, før kontraktindgåelsen, for at udligne informationsasymmetrien parterne imellem – dette gøres via screening.

Forskellen mellem screening og signaling er, at man, ved anvendelse af screening, fra principalens side, på forhånd forsøger at screene agenter, således at man differentierer agenterne efter specifikke kriterier og ønsker. Man screener altså efter, hvad man, som principal, forventer agenterne skal have af kompetencer samt kapacitet, og gør således den pågældende kontrakt attraktiv efter disse forhold.²⁷⁵ Informationsasymmetrien udlignes således, da principalen på forhånd fraskiller agenter, som ikke er i besiddelse af de ønskede egenskaber.

I udbudsretlig sammenhæng kan der drages paralleller til ordregiverens Udbudsmateriale, hvori ordregiveren således har mulighed for at screene agenter i udvælgelsesfasen ved at sætte specifikke krav til agenternes kapacitet og kompetencer i de henseender, hvor ordregiveren må finde det nødvendigt samt efficient.

Ovenstående afhjælpningsmetoder eliminerer dog ikke adverse selection problematikken, da disse kun delvist kan regulere agentens incitamenter. Der kan således stadig foreligge uidentificerbare usikkerheder, i form af specifikke samfundsforhold, så som statslige politikker, teknologiforandringer, miljø m.m., der individuelt kan påvirke agentens adfærd, uagtet af dennes kapacitet samt evne til at kunne opfylde kontrakten.²⁷⁶

²⁷⁴ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 155

²⁷⁵ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 157

²⁷⁶ Kathleen M. Eisenhardt, *The Academy of Management Review*, Vol. 14, No. 1 (1989), s. 61

- 3.2.1.2 *Moral hazard*

I økonomisk forstand forekommer moral hazard, når en part tager større risici, fordi omkostningerne ved denne risiko bæres af en anden part end parten selv.²⁷⁷

Moral hazard er en beskrivelse af en tilstand, hvor agenten engagerer sig i opportunistisk adfærd, i den postkontraktuelle fase (efter tildelingsfasen – se figur 1 og 2), som påvirker principalen og agentens akkumulerede nytte. Principalen, der bærer risikoen, er kun i stand til at observere agenten, der tager risikoen, og dennes signalerede adfærd, og ikke agentens egentlige adfærd, hvorfor der er risiko for, at agenten skulker og dermed ikke yder efficient. En principal kan således ikke observere agentens adfærd 100 %, og dermed er der risiko for, at ovenstående scenarie opstår, hvorefter agenten følger sine egeninteresser på bekostning af principalen og den akkumulerede nytte inter-partes. Moral hazard defineres ligeså som skjulte handlinger, eftersom principalen ikke har kendskab til, hvordan agenten reelt agerer.²⁷⁸

Terminologien, moral hazard, udspringer af forsikringsbranchen, hvor der refereres til en tendens, hvor individer, som har tegnet forsikring, ændrer deres adfærd, således at de modtager større forsikringssummer fra deres respektive forsikringsselskaber ved skade. At være forsikret resulterer altså i, at individer i højere grad undlader at tage forbeholdsregler og/eller minimere eventuelle tab.²⁷⁹

Før moral hazard kan opstå, er der tre betingelser, der skal være til stede:²⁸⁰

- Der skal foreligge potentielle divergerende interesser inter-partes.
- Der skal foreligge en udveksling/et samarbejde, hvoraf parterne kan aflede nytte.
- Der skal foreligge vanskeligheder ved at determinere, hvorvidt vilkårene i aftalen er blevet fulgt, og om selve kontrakten er blevet efterlevet.
 - o Ovenstående vanskeligheder opstår oftest, når monitorering og verificering af informationer er omkostningsfuld eller umuligt.

Et typisk eksempel på situationer, hvoraf der kan opstå moral hazard, er ved, at køber, principalen, oplever vanskeligheder ved at monitorere kvaliteten af det produkt eller den service, køber, principalen, efterspørger. Der opstår i sådanne scenarier en tendens til, at leverandører substituerer

²⁷⁷ Bengt Holmstrom, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1 (1979), s. 74

²⁷⁸ Kirsten Bregn, Principal-Agent teori (2007), s. 113

²⁷⁹ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), 167

²⁸⁰ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), 167f

deres sædvanlige produkt- eller servicekvalitet med en ringere kvalitet, fordi køber, principalen, har svært ved at monitorere, hvorvidt de modtager den ene eller den anden form for kvalitet.²⁸¹

I udbudsretlig sammenhæng vil det, eksempelvis, betyde, at principalen, ordregiver, ønsker et nyt hospital bygget og, i den sammenhæng, ønsker, at der skal anvendes en bestemt type sten af en bestemt kvalitet i hospitalsgården. Det er dog, for principalen, svært at vurdere, hvorvidt denne sten er benyttet, når stenene endeligt er lagt, hvorfor der opstår incitament for agenten, tilbudsgiver, til at skulke, da principalen har svært ved, eller ingen mulighed for, at monitorere ovenstående forhold – hermed opstår risikoen for moral hazard.

Kilden til moral hazard er som sagt en følge af asymmetrisk information inter-partes, og da disse moral hazard forhold, som udgangspunkt, ikke kan observeres, kan de ej heller håndhæves i en kontrakt. Der findes dog løsninger, hvorpå man kan minimere eller helt eliminere moral hazard – principalen kan således investere i monitorering af agentens adfærd og benytte sig af den heraf fremkomne information i kontraktudarbejdelsen. I simple tilfælde kan det være muligt at foretage perfekt monitorering og dermed eliminere informationsasymmetrien – moral hazard forholdet elimineres ved at indføre misligholdelsesklausuler i kontrakten, der straffer dysfunktionel adfærd. Oftest forholder det sig dog sådan, at perfekt monitorering ikke er en mulighed, da det enten er umuligt – eller for omkostningsfuldt for principalen. En anden løsning på moral hazard er ved at minimere incitamentet til at udnytte informationsasymmetrien fremfor at udligne den. I udbudsretlig sammenhæng kan dette, eksempelvis, gøres ved at rate tilbudsgivere online, således, at ordregiver, når denne har brug for en tilbudsgiver, inden for et givent felt har mulighed for at se, hvordan andre ordregivere tidligere har ratet tilbudsgiveren. Risikoen, for at informationsasymmetrien således bliver udnyttet, minimeres, og agenten, tilbudsgiveren, bliver i så fald nødt til at tænke over virksomhedens renommé, hvis denne vil sikre sig kontrakter i fremtiden.²⁸²

Det behøver nødvendigvis ikke kun være på kvalitet, at agenten skulker – det kan ligeså være på tid. Sådanne moral hazard incitamenter kan ligeledes minimeres/elimineres ved at ændre betalingsstrukturen i kontrakten – kontrakten kan konciperes således, at dele af betalingen først udbetales ved arbejdets tilfredsstillende fuldendelse, hvorfor agenten har incitament til at få færdiggjort arbejdet fremfor at påtage sig nye kontrakter.

²⁸¹ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 167

²⁸² Bengt Holmstrom, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, No. 1 (1979), side 74

Alle ovenstående løsninger, på moral hazard-problemet, har dog det tilfælles, at der foreligger transaktionsomkostninger forbundet hermed, hvorfor det risiko trade-off, der sker inter-partes, oftest vil resultere i en inefficent kontrakt.²⁸³

- 3.2.1.2.1 *Kontrakt design og incitamentkontrakter*

Paul Milgrom – og John Roberts definerede, i 1992, fem principper²⁸⁴, som, når der foreligger ufuldkommen information, potentielt kan løse moral hazard problematikken i kontraktuelt regi. Tre af disse fem principper behandles i nedenstående afsnit 3.2.1.2.1.1-3.2.1.2.1.3. De udvalgte principper er selekteret med afsæt i deres anvendelighed, set i et udbudsretligt perspektiv.

- 3.2.1.2.1.1 *The Informativeness Principle*

Ved anvendelse af The Informativeness Principle må det vurderes, hvorvidt agentens samlede performance er mest afhængig af dennes egen præstation eller af eksterne hændelser. Dette må vurderes, så principalen er i stand til at identificere, hvordan agentens performance skal evalueres og kompenseres mest effektivt. En agents compensation skal, ifølge komparativ performance evalueringsteorien, som er en undert teori til nærværende princip, således ikke være afhængig af eksterne hændelser, da dette anses for værende unfair samt værende for byrdefuld en risiko for agenten. Denne evalueringsteori anvendes ved vurdering af såkaldte ”common effects”. Common effects anses for værende hændelser, der påvirker alle agenter ligeligt. Der er altså tale om forhold, så som oliepriser eller realkreditrenter – sådanne hændelser kaldes ligeså for ”state of the world” forhold. Omvendt skal en agents compensation, ifølge den relative performance evalueringsteori, som ligeså er en undert teori til nærværende princip, afhænge af den enkelte agents performance og de forhold, som hermed påvirker den enkelte agent. Denne evalueringsteori anvendes ved vurdering af ”random effects”. Random effects anses for værende hændelser, der påvirker individuelle agenter forskelligt. Der er altså tale om forhold, der er inden for agentens egen kontrol.²⁸⁵

Komparativ performance evalueringsteori bør anvendes, når mængden af common effects er større end mængden af random effects. Hvis mængden af random effects, som påvirker enkelte individer er større end mængden af ”common effects”, bør relativ performance evalueringsteori anvendes.²⁸⁶

²⁸³ Steven Shavell, The Oxford Journal, The Quarterly Journal of Economics, On moral hazard and insurance (1979), s. 541

²⁸⁴ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), s. 219f

²⁸⁵ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), s. 220

²⁸⁶ Paul Milgrom og John Roberts, The Economics, Organization & Management (1992), s. 220

Ved udarbejdelse af kontrakter er det således nødvendigt, for principalen, at analysere, hvilken evalueringsform som er mest effektiv, set i forhold til agentens performance. Ved udvælgelse af den korrekte evalueringsform vil der være mulighed for at kompensere agenten, således at dennes incitamenter til at skulke minimeres yderligere som følge af, at agentens performance evalueres på et efficient grundlag. Agenten er ligeledes villig til at påtage sig mere risiko, hvis dennes performance bliver evalueret efficient.²⁸⁷

I udbudsretlig sammenhæng kan dette illustreres ved et kontraktuelt forhold mellem ordregiver og tilbudsgiver, hvor kontraktens beskaffenhed er yderst følsom over for eksterne hændelser. Det vil således være nødvendigt for ordregiver at kompensere tilbudsgiver, jf. komparativ performance evalueringsteorien, således at de eksterne forhold, som vil have indflydelse på tilbudsgivers arbejde indgår lige i evalueringen af dennes performance. Omvendt vil det, hvor kontraktens beskaffenhed er yderst følsom over for individuelle hændelser, være i ordregiverens interesse at evaluere tilbudsgiveren via relativ performance evalueringsteorien, således at tilbudsgiver bliver kompenseret i overensstemmelse med de individuelle forhold, som påvirker tilbudsgiver.

▪ 3.2.1.2.1.2 *The Monitoring Intensity Principle*

Nærværende princip lægger sig tæt op ad The Incentive-Intensity Principle, hvor især fire faktorer gør sig gældende ved vurdering af, i hvilken grad man bør skabe incitamenter til at performe for den pågældende agent. Disse fire faktorer anvendes ligeledes ved vurdering af nærværende princip og knytter sig til (1) den profit, principalen udvinder ved agentens øgede indsats, (2) præcisionen af den ønskede aktivitets udførelse, (3) agentens risikotolerance samt (4) agentens respons på incitamenter.²⁸⁸

For at analysere hvilken mængde af monitorering, der er efficient, må ovenstående forhold således tages i betragtning. Monitorering kan være yderst omkostningsfuldt, hvorfor gevinsten heraf ligeså må være derefter, hvis monitorering skal være et efficient middel mod moral hazard.²⁸⁹

I udbudsretlig sammenhæng kan ordregiveren således anvende forskellige monitoreringstiltag for at øge agentens performance. Ordregiveren kan, eksempelvis, inkorporere x antal kvalitetstjek i kontrakten, således at agentens arbejde vil blive kvalitetstjekket x antal gange undervejs i udførselsprocessen. Et sådan tiltag vil øge ordregivers information vedrørende tilbudsgivers

²⁸⁷ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 220

²⁸⁸ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 221

²⁸⁹ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 226

egentlige performance, og tilbudsgiveren vil således have mindre incitament til at skulke. Der skal dog tages forbehold for de fire ovenstående faktorer ved udvælgelse af monitoreringstiltag.

▪ 3.2.1.2.1.3 *The Equal Compensation Principle*

Princippet, vedrørende "equal compensation", består af en teori, hvoraf det må vurderes, at aktiviteter, der vægtes lige af en principal, også må belønnes lige af en principal. Denne teori relaterer sig til problemet, vedrørende agenter, som engagerer sig i flere aktiviteter, og hvis nogen aktiviteter således belønnes, og nogen aktiviteter ikke belønnes, vil de aktiviteter, som ikke belønnes, blive negligeret, da agenten favoriserer aktiviteter med den højeste marginale gevinst.²⁹⁰

Ifølge Holmstrom og Milgrom (1991)²⁹¹ samt Baker (1992)²⁹² er ovennævnte blevet kendt som "multi-tasking", hvor agenter, som nævnt, til- og fravælger aktiviteter efter disses gevinst. Der vil, som følge af dette fænomen, i kontrakter, med komplekse aktiviteter, ikke anvendes performance relaterede belønning, fordi det vil være for svært, for agenten, at identificere hvilke aktiviteter, der belønnes, og agentens incitament, til at udføre aktiviteterne, vil således ikke blive realiseret.²⁹³

Når der anvendes eksplicitte delmål, ved fuldførelse af aktiviteter, i en kompleks kontrakt, fremstår disse typisk som et samlet delmål, sådan at disse aktiviteter bliver mere målbare.

I udbudsretlig sammenhæng betyder dette således, at når ordregiver vægter nogen kriterier højere end andre, er det ligeså essentielt, at ordregiver forstår at belønne disse kriterier højere, når disse udføres af agenten. Såfremt ordregiver formår at implementere ovenstående korrekt, vil det minimere risikoen for moral hazard, da det således også vil være i agentens egeninteresse at fuldføre de aktiviteter, som er værdifulde for ordregiver. Omvendt vil det skabe en inefficent tilstand, hvis ordregiver ikke formår at belønne de aktiviteter i overensstemmelse med, hvad denne finder mest essentielt.

• 3.2.1.3 *Small numbers og markedsstrukturer*

Der foreligger dog forhold, som ikke kan elimineres ved anvendelse af ovennævnte afhjælpningsmetoder. Der er nærmere tale om specifikke markedsstrukturer, hvor antallet af

²⁹⁰ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 228

²⁹¹ Bengt Holmstrom og Paul Milgrom, *Journal of Law, Economic and Organization*, Vol. 7, Special issue, Multitask Principal-Agent Analysis: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design (1991)

²⁹² George P. Baker, *The Journal of Political Economy*, Vol. 100, No. 3, Incentive Contracts and Performance Measurements (1992)

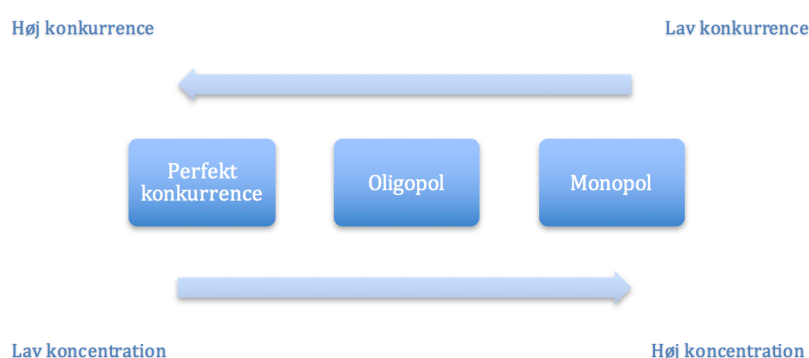
²⁹³ Paul Milgrom og John Roberts, *The Economics, Organization & Management* (1992), s. 228

tilbudsgivere kan være så lavt, at der, uanset monitorering eller screening m.m., ikke vil foreligge noget incitament hos den pågældende tilbudsgiver til at udligne informationsasymmetrien inter-partes – dette fænomen kaldes small numbers.

Det vil sige, at kontrakten hermed sjældent bliver efficient, uagtet om ordregiver vælger at gennemføre udbuddet som almindeligt – eller fleksibelt udbud. Dette skyldes, at tilbudsgiver er bevidst om, hvordan markedsstrukturen er på det marked, vedkommende befinder sig på, og dermed også bevidst om, at chancen for at ordregiver får sit udbud gennemført andetsteds er minimal, og i nogen tilfælde umulig, såfremt ordregiveren ikke indgår kontrakt med den pågældende tilbudsgiver.

I ovenstående tilfælde vil der være tale om markeder, hvor der, som udgangspunkt, godt kan være mange tilbudsgivere, men hvor kontrakterne typisk er yderst specifikke og/eller – komplekse, hvorfor der oftest kun vil være en meget lille andel af tilbudsgivere, som i sidste ende har kapacitet og kompetencer til at udføre kontrakten.

Når kontraktens kompleksitet afskærer størstedelen af tilbudsgiverne på markedet, betyder det, at graden af markedskoncentrationen ligeså øges. Som illustreret, nedenfor, medfører en høj grad af koncentration på markedet en lav grad af konkurrence – de to forhold er altså negativt korrelerede. Når der er høj koncentration, og dermed få tilbudsgivere, ved en specifik udbudsproces, betyder det, at der opstår monopollignende tilstande, hvorfor tilbudsgivers incitamenter, til at udligne informationsasymmetrien inter-partes, ikke ændres ved afhjælpning af hverken adverse selection – eller moral hazard problematikker.



Figur 6 – Markedsstrukturer

I udbudsretlig praksis opstår ovenstående scenarier ofte i IT- og lignende brancher, hvor der, i høj grad, udbydes individuelle – og komplekse kontrakter, inden for nicheområder, som kun få tilbudsgivere kan byde ind på. En ordregiver vil derfor være nødt til at kigge på antallet af

tilbudsgivere, som reelt har mulighed for at byde ind på kontrakten for at være i stand til at vurdere, hvorvidt small numbers-fænomenet er til stede. Small numbers fænomenet vil således være en klar faktor i forhold til, hvorvidt det, potentielt, kan skabe kontraktuel værdi at vælge en fleksibel udbudsform frem for de almindelige.

3.2.2 Fleksible udbudsformer og P/A problematik

I afsnit 3.2.1 blev de udbudsretlige P/A problematikker behandlet i forhold til de almindelige udbudsformer, og i dette afsnit vil udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog således behandles i forhold til de P/A problematikker, som hermed løses/minimeres, når disse udbudsprocesser anvendes. Baggrunden for at behandle disse to udbudsformer udspringer af det faktum, at det er disse to udbudsformer, der giver størst spillerum for forhandlinger og dialog, under det nugældende Udbudsdirektiv og Udbudsloven, som behandlet i afsnit 2.3.

P/A problematikkerne i dette henseende må således vurderes primært at omhandle adverse selection, når der er tale om problemstillinger i henhold til den udbudsretlige tildelingsprocedure – ex ante. Dette skyldes, at den udbudsretlige procedure omhandler den prækontraktuelle fase, hvortil adverse selection hører, og moral hazard må siges at tilhøre problemstillinger knyttet til den postkontraktuelle fase, ex post, som ikke berøres i samme omfang i den udbudsretlige tildelingsprocedure. Der vil derfor være fokus på de prækontraktuelle P/A problemstillinger i følgende afsnit.

Det unikke ved P/A problematikkerne, set i et udbudsretligt henseende, er Udbudsrettens konkurrencebaserede kontrakttildeling. Selv om konkurrenceelementet er til stede ved alle udbudsformer, antages det per nedenstående, at P/A problematikken ændres ved anvendelse af de fleksible udbudsformer, da der således er mulighed for kommunikation inter-partes. Det er tidligere fastlagt i afsnit 3.2.1, at ordregiver anses som værende principalen og tilbudsgiver som værende agenten. Alle agenter har hver sine individuelle incitamenter, og disse agenter forsøger at vinde de pågældende udbud med henblik på at opfylde egne incitamentsmål. Det gælder ved disse udbudsformer, at det billigste – eller bedste tilbud målt på forholdet mellem pris og kvalitet vinder udbuddet.²⁹⁴

²⁹⁴ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015), s. 588

Nedenstående analyse er foretaget med forbehold for fænomenet, small numbers, som nævnt i afsnit 2.6.3. Der er således tale om markeder, hvorpå der er en forholdsvis lav markedsconcentration og dermed øget grad af konkurrence.

Agenterne har, på baggrund af dette faktum, incitament til at fremsende det bedste tilbud ved alle udbudsformer baseret på ovenstående kriterier – agenterne har dog ikke incitament til kategorisk at omkostningsminimere, da disse stadig ønsker at maksimere en eventuel profit.²⁹⁵ Specielt for de fleksible udbudsformer gælder det, at der foreligger uvisheder om, hvorvidt kontrakttildelingen falder efter første tilbudsrunde eller efter x angivne forhandlingsrunder.

Ved analysen, i afsnit 3.2.1, er det fastslået, at der er øget grad af incitament hos agenten til at tilbageholde – og skjule information for principalen – der foreligger altså risiko for adverse selection. Dette incitament antages dog at blive reduceret, når der er tale om udbud via de fleksible udbudsformer, da kommunikationselementet, ved disse udbudsformer, begrænser incitamentet hos agenterne til at udnytte informationsasymmetrien inter-partes som følge af screening og signaling.²⁹⁶ Kommunikationsaspektet åbner således for muligheden af at anvende signaling samt screening af agenterne, der, som fastslået i afsnit 3.2.1, afhjælper informationsasymmetri. Screeningen tager form af forhandlingsrunder/dialogrunder, hvor principalen er forpligtet til at forhandle med alle parter, med respekt for ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet, ligesom principalen har mulighed for at nedbryde informationsasymmetrien via signaling undervejs i processen ved fleksible udbudsformer. Antagelsen lyder derfor på, at desto mere der forhandles, desto større chance er der for, at informationsasymmetrien, inter-partes, reduceres/elimineres.

Mængden af kommunikation antages således at være med til at belyse agenternes kapacitet og kompetencer, hvorfor agenterne tvinges til at afgive deres mest efficiente tilbud med – eller uden små forbehold for adverse selection. Dette betyder, at incitamentet til at tilbageholde – og skjule information antages at være reduceret, ved forhandling eller dialog, fordi agenternes skjulte – og tilbageholdte information antages at blive screenet eller signaleret i processen.

Det udbudsretlige konkurrenceelement, ved alle udbudsformerne, medfører teoretisk, at den agent med den laveste omkostningsfunktion (MC), inden for rammerne af principalens kvalitetsefterspørgsel, vil vinde udbuddet. Det forholder sig dog ikke helt så teoretisk, da agenten

²⁹⁵ Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (1988), s. 34f

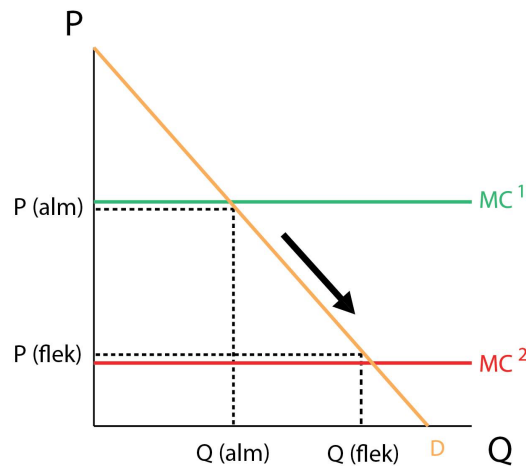
²⁹⁶ Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (1988), s. 113

nødvendigtvis ikke ønsker at afgive et tilbud, der afslører dennes pågældende MC. For at vinde udbuddet kan den pågældende agent, teoretisk set, nøjes med at placere sit tilbud marginalt under det næstbedste tilbud, hvorfor dette, i praksis, må anses som værende målet for agenterne, da agenten samtidig sigter efter at maksimere egen profit.²⁹⁷

Ovenstående betyder således, at kontraktens værdi risikerer at være inefficent, ved anvendelse af almindelige udbudsformer, som følge af adverse selection. Kommunikationselementet er dog, som analysen påviser, med til at nedbryde informationsasymmetrien ved anvendelse af fleksible udbudsformer – dette betyder, i forhold til ovenstående, at principalen får bedre kendskab til de pågældende agenter og deres kapacitet og kompetencer, hvorfor agenterne i højere grad er nødsaget til at afgive et tilbud, der er tættere på sin egen marginale omkostningsfunktion (MC), end tilfældet vil være ved anvendelse af de almindelige udbudsformer. Kontraktens værdi må derfor anses for værende mere efficient ved anvendelse af de fleksible udbudsformer.

Effekten ved anvendelse af fleksible udbudsformer, frem for almindelige udbudsformer, illustreres via nedenstående model, hvor forskellen, ved en kontrakt udarbejdet via henholdsvis almindelige udbudsformer kontra fleksible udbudsformer, illustreres. Det afbilledes således, at kontrakten, udarbejdet via almindelige udbudsformer ($P(alm)$), vil generere en inefficent kontraktpris, da den vindende agent med dertilhørende omkostningsfunktion (MC^2) vil forsøge at prissætte således, at denne lægger sig marginalt under den næstbedste agents tilbud, der har omkostningsfunktionen (MC^1), for at stjæle så meget af kontraktens overskud som muligt og dermed profitmaksimere. Omvendt afbilledes det, at kontrakten, udarbejdet via fleksible udbudsformer ($P(flek)$), vil generere en mere efficient kontraktpris, der lægger sig op ad den vindende agents egen MC (MC^2).

²⁹⁷ Jean Tirole, The Theory of Industrial Organization (1988), s. 34f

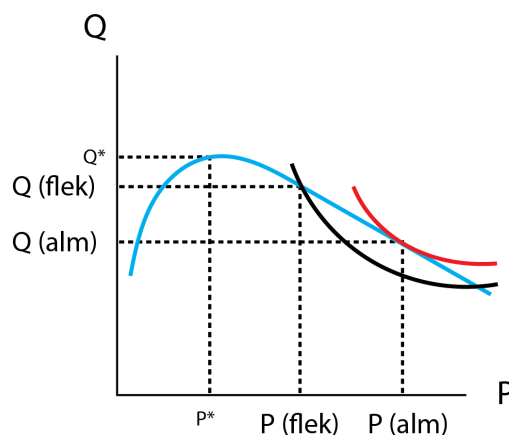


Figur 7 – Almindeligt udbud vs. Fleksibelt udbud

Det forholder sig formentlig ikke således i praksis, at agenterne frigiver alt deres skjulte og tilbageholdte information, da agenterne stadig ønsker at besidde et forhandlingsgrundlag og optimere individuel nytte. Det ligger dog klart, at agenterne er villige til at udveksle en større mængde af information, ved anvendelse af de fleksible udbudsformer, da forhandlingen/dialogen med principalen, udover at være nødvendig, viser engagement og kan give en form for medindflydelse i forhold til koncipering af kontraktens karakter og indhold. Som følge af forhandlingsrunderne/dialogrunderne skal agenterne herefter afgive tilbud, og på trods af det faktum, at principalen kan vælge at tildele kontrakten baseret på det indledende tilbud, må det vurderes, at det generelt er tilfældet, at principalen benytter sig af forhandlingsrunderne/dialogrunderne ved anvendelse af de fleksible udbudsformer.

Dette betyder, at desto længere forhandlingsrunderne/dialogrunderne skrider frem, desto færre agenter vil der også være tilbage i konkurrencen om tildelingsbeslutningen. Det kan derfor udledes, at den skærpede konkurrence, mellem de pågældende agenter, vil medføre den effekt, at ønsket – og muligheden for at skjule information reduceres til det minimale ved anvendelse af de fleksible udbudsformer – risikoen for adverse selection vil altså være betydelig reduceret som også påvist per ovenstående i figur 7. Risikoen – og ønsket om at skjule information reduceres ligeledes desto længere hen i forhandlingsprocessen, parterne kommer. Dette sker som følge af de transaktionsomkostninger, mere herom i afsnit 3.3, der opstår ved forhandling, og som efterfølgende må betragtes som sunk costs.

Effekten af den reducerede informationsasymmetri illustreres ligeså nedenfor, hvor det kan aflæses, hvordan en traditionel kontrakt på klassisk vis skaber unødige høje omkostninger for principalen som følge af adverse selection.²⁹⁸



Figur 8 – Agenteres indifferenskurver

I ovenstående figur ses en lyseblå linje, som repræsenterer principalens foretrukne Q i relation til P . Den røde kurve afspejler den vindende agents nyttefunktion ved tildeling af en kontrakt, gennemført som almindeligt udbud. Ved anvendelse af fleksibelt udbud vil konkurrencen, som påvist ovenfor, øges, hvorfor agenten er nødt til at frigive information og dermed udligne informationsasymmetrien²⁹⁹ – dette illustreres via den sorte indifferenskurve. Den vindende agents nytte flytter sig således indad, hvilket betyder, at agenten fravælger sin mest nyttegivende indifferenskurve og, at agentens nytte således minimeres, da agenten er nødsaget til at vælge et nytteniveau og en indifferenskurve, der ligger lavere end før – dette er ligeledes i overensstemmelse med ovenstående teori. Det er dog vigtigt at pointere, at den vindende agents nyttefunktion i sig selv ikke ændres, da der ikke sker en reel justering af agentens nyttefunktion ved anvendelse af de fleksible udbudsformer.

Agenten går altså fra punkterne, $P(\text{alm})/Q(\text{alm})$, til punkterne, $P(\text{flek})/Q(\text{flek})$, og det kan således aflæses, og lægges fast, at redueringen af informationsasymmetrien, ved anvendelse af fleksible udbudsformer, mindsker omkostningerne, da $Q(\text{alm})$, erstattes af $Q(\text{flek})$, og dermed rykkes nærmere Q^* , som er det optimale Q for principalen. Den pågældende kontrakt vil altså blive mere efficient.

²⁹⁸ Kip W. Viscusi, Joseph E. Harrington og John M. Vernon, *Economics of regulation and antitrust* (2005), s. 209

²⁹⁹ Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (1988), s. 113

3.3 Transaktionsomkostningsteori

Transaktionsomkostninger omfatter omkostninger til at anskaffe viden om andre agenter, der indgår økonomiske relationer med, samt omkostninger, som afholdes for at afdække de usikkerheder, som kan opstå i det relationelle forhold.³⁰⁰

Transaktionsomkostningsteorien vandt for alvor terræn op igennem 1970'erne, ved Oliver Williamson (1971, 1973 og 1975), med inspiration fra Ronald Coase (1937)³⁰¹.

Transaktionsomkostningsteorien har, traditionelt, været anvendt til at analysere internaliseringsbeslutninger, herunder vedrørende vertikal integration, hvorunder det bedst kendte eksempel er sagen mellem Fisher Body og General Motors.³⁰² Derudover har teorien være anvendt til at skabe optimale styringsstrukturer (governance structure i Williamson's terminologi), som minimerer opportunistisk adfærd. Williamson definerer transaktionsomkostninger som *"En omkostning som er forbundet med overførsel af ejerskab, herunder ved organisering, tilpasning og regulering af ydelser på markedet"*. Teorien bygger på antagelser om begrænset rationalitet, og opportunistisk adfærd, hvorfor denne betegnes som uortodoks, i forhold til neoklassisk teori samt PA-teori, hvorunder det er muligt at beregne det forventede tab ved markedsimperfektioner.³⁰³

Når der eksisterer usikkerhed – og målkongruens mellem parterne, vil behovet, for at regulere forholdet, være større. Det vil dog være noget nær umuligt at aftale sig ud af enhver potentiel diskurs, hvorfor man taler om inkomplette kontrakter. En komplet kontrakt betegner et scenarie, hvor parterne, ex ante, har aftalt løsningen på enhver tænkelig uoverensstemmelse. Det er i sagens natur, meget tids- og ressourcekrævende at koncipere sådanne kontrakter, og det forekommer derfor ikke i praksis, ligesom lovgivningen heller ikke, til fulde, kan regulere et hvert konfliktansporende element.

Transaktionsomkostninger afholdes, når størrelsen af disse kan oppebæres af nytten ved en reduceret usikkerhed, eller ved en merværdi, som på sigt kan udvindes af den kontraktuelle relation. Der er dog ingen garanti for, at der skabes efficiente tilstande ved at afholde transaktionsomkostninger. Dette kan eksemplificeres ved de spilteoretiske betragtninger, som fremgår af afsnit 3.1. I den konkrete situation forhandler parterne sig frem til en udfaldsmæssig

³⁰⁰ Anders Christian Hansen, Uden for hovedstrømmen (2007), s. 85

³⁰¹ Ronald Coase, The nature of the firm (1937)

³⁰² Oliver Williamson, The Economics of Organization: The transaction cost approach (1981), s. 561

³⁰³ Carsten A. Koch, Transaktionsomkostningsteori (2007), s. 87f

bedre aftale, men det kan herved ikke konstateres, at der opnås efficiente tilstande, såfremt transaktionsomkostningerne er ukendte. I den konkrete situation genererer parterne ved forhandling en merværdi på 8 nytteenheder. Spørgsmålet bliver herefter, om størrelsen af de afholdte transaktionsomkostninger, målt i tid og ressourcer, overstiger denne nytteeffekt. I givet fald vil det ikke være efficient at facilitere forhandling, selvom aftalen, fra en udfaldsmæssig betragtning, er paretooptimal.

Transaktionsomkostningerne skal således udelukkende afholdes, såfremt den realiserede nytteeffekt overstiger de omkostninger som afholdes for at tilvejebringe denne.

I nærværende afsnit anvendes transaktionsomkostningsteorien for at skabe et overblik over, hvilke transaktionsomkostninger som kan opstå i udbudsretlig sammenhæng, hvorledes disse adresseres, samt hvorledes ordregiver, som principal og koncipist, håndterer transaktionsomkostningsrelaterede udfordringer.

3.3.1 Transaktionsomkostningsteori i udbudsretlig sammenhæng

Transaktionsomkostninger, i udbudsretlig sammenhæng, kan omfatte flere elementer, og der er derfor, indledningsvist, brug for en begrebsafklaring. Der henses i det følgende udelukkende til transaktionsomkostninger, som udspringer af de forhandlingsmuligheder, som i sagens natur faciliteres af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Andre former for transaktionsomkostninger behandles således ikke i nærværende afsnit. Formålet med analysen er, at udvikle en model som, med afsæt i transaktionsomkostningsteorien, belyser hvorvidt det, i det konkrete udbud, vil være hensigtsmæssigt at gøre brug af en fleksibel udbudsform.

Når der gøres brug af en fleksibel udbudsform, herunder udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, er der samtidig lagt op til en ressourcekrævende udbudsproces.³⁰⁴ Ordregiver må således, ex-ante, vurdere, om de omkostninger, som afholdes til forhandling og dialogrunder, kan oppebæres af den kontraktuelle værditilvækst, som herved faciliteres.

Det faktum, at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan vælges i næsten ethvert tilfælde, stiller ordregiver i en situation, hvor vedkommende må tage stilling til, om udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog vil være hensigtsmæssigt i det konkrete udbud, og der er derfor brug for nogle parametre, hvorefter dette forhold kan bedømmes. I denne forbindelse må

³⁰⁴ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 5

der henses til kontraktens størrelse og kompleksitet.³⁰⁵ Emil Schütze argumenter for, at lovteksten foranlediger en kompleksitetsbaseret betragtning, men mener samtidig, at der, fra en praktisk synsvinkel, i lige så høj grad, må henses til kontraktens økonomiske størrelse. Der kan dog argumenteres for, at kontraktens økonomiske størrelse stiger proportionalt med kontraktgenstandens kompleksitet.

I situationer, hvor kontraktgenstanden er kompleks, vil der, i sagens natur, være flere potentielle forbedringer, ligesom disse udvindes på en større skala, såfremt kontraktværdien er høj. Det vil samtidig være begrænset, hvor stor nytteeffekt, der kan skabes ved forhandling i tilfælde, hvor der gennemføres forholdsvis simple udbud af, for eksempel, hyldevarer. I disse tilfælde vil ydelsen typisk være let definerbar samtidig med, at alle relevante krav og – specifikationer er fastlagt på forhånd. Emil Schütze argumenterer ligeledes til støtte herfor, idet han anfører, at områder, hvorpå det giver bedst mening at anvende fleksible udbudsformer, ligger inden for bygge- og anlægskontrakter, IT-anskaffelser samt anskaffelser af komplekse tjenesteydelser. Disse områder er alle karakteriseret ved store – og komplekse kontrakter, hvilket understøtter rationalet i ovenstående antagelse.

Det antages, at kontrakten, såfremt denne bliver udbudt som offentligt – eller begrænset udbud, har en konstant kontraktøkonomisk værdi for de involverede parter. På grund af forhandlingsforbuddet, som regulerer disse udbudsformer, er der ikke mulighed for at påvirke kontraktens konstante værdi undervejs, da det, i sagens natur, ikke er muligt at forhandle om kontraktens indhold. Udbydes kontrakten i stedet som udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, vil forhandlingen, jf. ovenstående antagelse, skabe merværdi i form af paretoforbedringer.

Ved grafisk opstilling af disse tendenser, vil kurven for kontraktuel værditilvækst, ved forhandling, i komplekse udbud, følge ”Law of diminishing marginal returns”, da det antages, at forhandling, på et givent tidspunkt, ikke vil resultere i yderligere værditilvækst. Er der i stedet tale om en simpel kontrakt, vil kurven for kontraktuel værditilvækst, ved forhandling, være flad, således at parterne, uanset mængden af forhandling, opnår en nytte svarende til kontraktens konstante værdi, som nævnt ovenfor.

Ordregiver må således nøje overveje, om der er grundlag for at indbyde til forhandlingsrunder, idet denne mulighed frafalder, såfremt der gøres brug af offentligt – eller begrænset udbud.

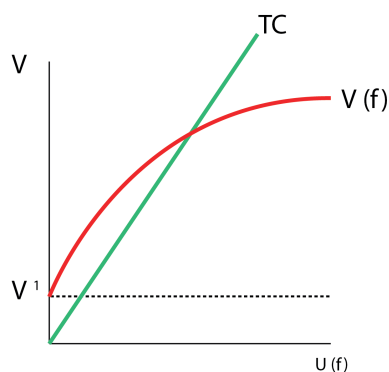
³⁰⁵ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 3

Om der er grundlag for at indbyde til forhandlingsrunder afhænger af det konkrete udbud, og de parametre, som berøres ovenfor. Værditilvæksten, som kan realiseres på baggrund af disse, skal i sagens natur, ses i forhold til transaktionsomkostningernes størrelse. Transaktionsomkostningernes tilstedeværelse er foranlediget af diverse forhandlings- og dialogrunder, som er ressourcekrævende, målt i tid.

Transaktionsomkostningerne følger ikke, som forhandlingens nytteeffekt, en degressiv kurve. Årsagen herfor skal findes i det faktum, at forhandling koster den samme mængde ressourcer, uanset hvor langt parterne er i forhandlingsprocessen. Derfor stiger transaktionsomkostningerne proportionalt med mængden af forhandling, hvorefter der dannes en ret linje. Dette faktum betyder samtidig, at uendelige mængder af forhandling aldrig vil være hensigtsmæssigt, fordi transaktionsomkostningerne på sigt vil overstige nytteeffekten ved forhandling uanset udbuddets karakter.

Ordregiver skal således ikke blot tage stilling til, hvorvidt der skal indbydes til forhandlingsrunder eller ej, men ligeledes, i hvilket omfang, og på hvilke parametre, det er efficient at forhandle. Dette afhænger, i sagens natur, igen af udbuddets kompleksitet og – størrelse.

I det følgende illustreres de oven for beskrevne tendenser, hvorunder kontraktens konstante værdi, værditilvækst ved forhandling og transaktionsomkostninger sammenholdes.



Figur 9 – Kontraktøkonomisk værditilvækst ved forhandling

X-aksen repræsenterer antallet af forhandlingsenheder, medens Y-aksen repræsenterer parternes værdi målt i nytte. V^1 repræsenterer den konstante værdi, som realiseres, såfremt der ikke eksisterer et forhandlingsgrundlag, medens $V(f)$ repræsenterer den kontraktuelle værditilvækst, som kan opnås ved forhandling. TC repræsenterer transaktionsomkostningerne, som, i sagens natur,

genererer en negativ nytte for parterne. Det er således en forudsætning for at udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, bør vælges, at $V(f)$, i en periode, overstiger TC.

Kurven $V(f)$ vil være stejlere ved store komplekse kontrakter, hvorimod den vil være fladere ved relativt simple kontrakter, idet nytteeffekten i højere grad afviger fra V^1 , hvor kontraktens økonomiske værdi er stor, og hvor parametrene, hvorpå der forhandles, er mange og komplekse.

Sammenholdes resultaterne af ovenstående betragtninger, kan følgende konstateres.

$$V(f) > V^1 \rightarrow \textit{Forhandling indledes}$$

Det bemærkes yderlige, at den marginale værditilvækst først, på et senere tidspunkt i forhandlingsforløbet, neutraliseres af de marginale transaktionsomkostninger. Dette bliver afgørende, i forhold til hvor meget forhandling ordregiver, med fordel, kan initiere.

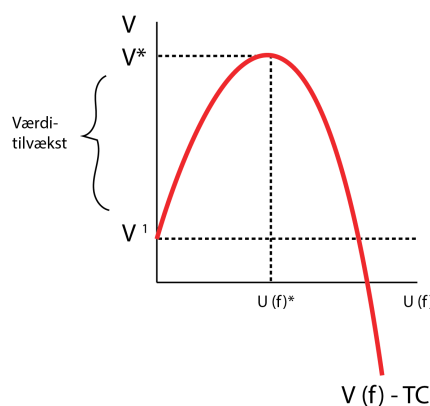
Når ordregiver har besluttet at indlede forhandling, må det, jf. ovenstående, besluttes, i hvilket omfang det er efficient at forhandle. På grund af den faldende værditilvækst, ved den marginale forhandlingsenhed, vil ordregiver på et tidspunkt opleve, at transaktionsomkostningerne overstiger værditilvæksten ved forhandling. Dette scenarie vil forekomme, da $v(f)$ følger Law of diminishing marginal returns, medens transaktionsomkostningerne stiger kontinuert på en ret linje.

Dette kan sammenfattes således.

$$M V(f) > M TC \rightarrow \textit{Forhandling fortsættes} ; M V(f) \leq M TC \rightarrow \textit{Forhandling indstilles}$$

Det vil således være efficient af fortsætte forhandlingerne, indtil det tidspunkt i forløbet, hvor de marginale transaktionsomkostninger overstiger den marginale værditilvækst ved en ekstra forhandlingsenhed. Dette tidspunkt opleves, hvor forhandlingerne ikke længere kan realisere en kontraktuel merværdi, som kan oppebære de transaktionsomkostninger, der må afholdes for at tilvejebringe denne.

Dette illustreres nedenfor.



Figur 10 – Marginal værditilvækst fratrasket marginal TC

Ovenstående model illustrerer parternes akkumulerede nytte ved forhandling, når transaktionsomkostningerne indregnes. Kurven udtrykker, som illustreret, $v(f)$ -TC, således at hvert koordinatsæt angiver parternes nytte ved en given forhandlingsmængde fratrasket de deraf foranledigede transaktionsomkostninger. Kurvens toppunkt angiver den maksimale nytte, som kan udvindes af kontrakten, hvilket i modellen symboliseres ved V^* .

Kurven er herefter nedadgående, idet omkostningerne, ved forhandling, overstiger nytteeffekten. Der forhandles således, indtil kurvens toppunkt nås, hvorefter forhandlingerne indstilles og kontrakten indgås på de vilkår, som udspringer af de afholdte forhandlingsrunder.

Gabet mellem V^1 og V^* udtrykker den samlede værditilvækst, som udvindes ved forhandling. Denne må herefter allokeres mellem parterne. Hvorledes fordelingen udformes afhænger af en række faktorer, hvorunder parternes forhandlingsstyrke, herunder BATNA³⁰⁶, spiller en afgørende rolle.

Ordregiver må således, såfremt grundlaget for at indlede forhandlingsrunder er på plads, jf. ovenstående, tilrettelægge og skalere forhandlingsrunderne, således at der fremkommer efficiente tilstande.

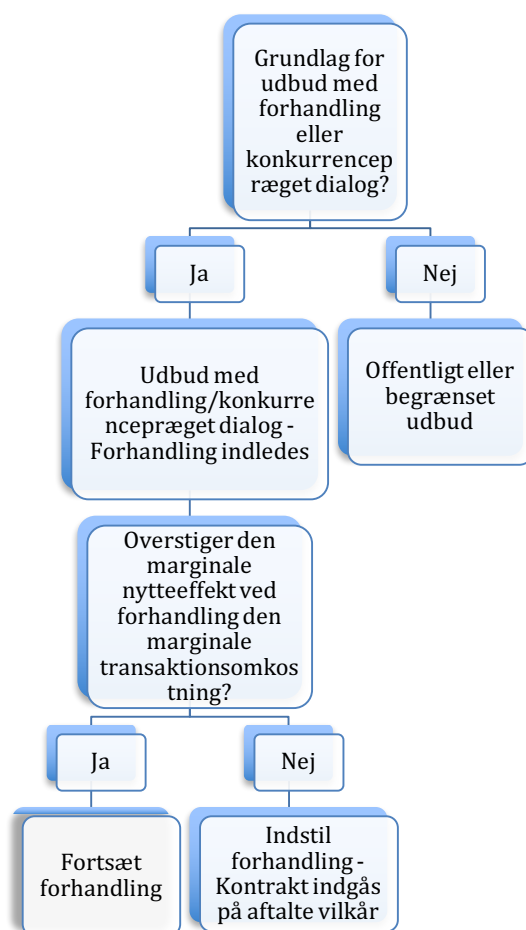
Er der tale om små ukomplicerede kontrakter, er der i sagens natur ingen grund til at facilitere forhandling. I disse situationer tilfører forhandlingsrunderne ingen værdi, men transaktionsomkostningerne stiger endog stødt. Når forhandling således ikke bidrager med en positiv nytteeffekt, forbliver kontraktens værdi V^1 , hvorefter den maksimale nytte, som kan

³⁰⁶ Max H. Bazerman, "BATNA Basics: Boost Your Power at The Bargaining Table" (2012), s. 1

udvindes af denne kontrakt forekommer ved 0 forhandlingsenheder. Forhandling indledes således ikke.

Det kan, på baggrund af ovenstående analyse, opsummerende konstateres, at der eksisterer to vigtige beslutningstrin for ordregiver. Ordregiver må, indledningsvist, tage stilling til, om der er grundlag for at vælge en fleksibel udbudsform og herefter initiere forhandling med tilbudsgivere. Denne beslutning kan træffes med afsæt i ovenstående modeller. Er dette ikke tilfældet vælges offentligt – eller begrænset udbud, hvorefter værdien V^1 realiseres. Kan spørgsmålet derimod besvares bekræftende, må ordregiver tilrettelægge og skalere udbuddet således, at der forhandles indtil tidspunktet, hvorpå den marginale transaktionsomkostning overstiger den marginale nytteeffekt.³⁰⁷

Dette kan sammenfattes således.



Figur 11 – Ordregivers beslutningstræ

³⁰⁷ Figur 9 og 10, afsnit 3.3.1

Ovenstående model illustrerer beslutningsprocessen for ordregiver. Beslutningerne må træffes med reference til ovenstående analyser og modeller, således at der, fra et, isoleret, transaktionsomkostningsteoretisk synspunkt, skabes efficiente udbudsprocesser.

Det er på nuværende tidspunkt belyst, hvorledes forhandling – og kommunikation kan bidrage til kontraktuel værditilvækst, hvorledes informationsdeling og samarbejde skaber efficiente incitamentstrukturer i det relationelle forhold samt hvorledes transaktionsomkostningsteori kan fungere som et styringsredskab i forhold til den efficiente forhandlingsmængde i det konkrete udbud.

I det følgende fremsættes en model, som belyser hvilke parametre der, i det konkrete udbud, med fordel, kan forhandles på. Analysen tager afsæt i Edgeworth box modellen.

3.4 Edgeworth box

I nærværende afsnit belyses hvorledes, og på hvilke parametre, parterne kan sætte de, jf. ovenstående, dokumenterede forhandlingsmuligheder i spil. De forrige afsnit har behandlet forhandlingens anvendelighed i forskellige sammenhænge, medens følgende afsnit belyser, hvorledes parterne, i et givent udbud, via de eksisterende forhandlingsmuligheder, kan realisere en fælles nytte, samt på hvilke parametre denne kan udvindes.

Analysen tager udgangspunkt i Edgeworth box modellen, som for første gang blev fremsat af Francis Edgeworth i 1881, ved bogen *Mathematical Psychics*.³⁰⁸

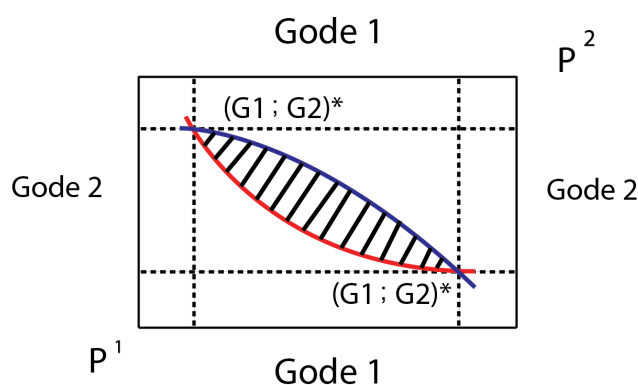
Modellen behandles, indledningsvist, i sin klassiske form for at belyse det teoretiske grundlag. Herefter videreudvikles modellen, i overensstemmelse med udbudsretlige problemstillinger, som beskrives i det følgende. Det konkluderes endeligt, hvorledes den, for modellen, bagvedliggende teori er anvendelig i udbudsretlig sammenhæng.

Forhandling vedrører, som bekendt, omfordeling – eller reallokering af ressourcer mellem to eller flere parter. Modellen illustrerer imidlertid, hvorledes forhandling, på baggrund af forskellige nyttefunktioner, ved omfordeling af de involverede goder, kan skabe en merværdi for begge parter.³⁰⁹

³⁰⁸ Robert H. Frank, *Microeconomics and behavior* (2010), s. 89

³⁰⁹ Anders Poulsen og Niels Bruhn Christensen, *Mikroøkonomi* (2005), s. 103

Modellen anvender indifferenskurver til at bestemme alle allokeringsmuligheder, mellem to parter, for to goder eller produktionsfaktorer.³¹⁰ Modellen består af to sammensatte koordinatsystemer, hvor, henholdsvis X – og Y akser, for hver part, danner en rektangulær firkant. Hver part værdiansætter henholdsvis gode 1 og gode 2, hvorefter der, med afsæt i den individuelle nyttefunktion, dannes indifferenskurver for enhver given sammensætning af de to goder for begge parter. Tanken er herefter, at hver part er indifferent mellem enhver kombination af de to goder, som befinder sig på indifferenskurven.³¹¹ Da det antages, at mængden af henholdsvis gode 1 og – 2 er konstant, vil det, i fravær af kommunikation, ikke være muligt at opnå en højere placeret indifferenskurve. Ligevægten findes herefter i skæringspunkterne mellem parternes indifferenskurver, som illustreret nedenfor. Det anføres tilmed, at spiller 1's nytte stiger mod nordøst, medens spiller 2's nytte stiger mod sydvest.



Figur 12 –Klassisk Edgeworth box

Ovenstående model illustrerer på klassisk vis Edgeworth box modellen. Hver part har, som angivet, en indifferenskurve, som udtrykker kombinationsmulighederne, hvorved hver part er individuelt indifferente. Ligevægten findes, som nævnt, i skæringspunkterne, som er markeret ved $G1^*$ og $G2^*$. Det skraverede areal angiver forhandlingsrummet. Forhandlingsrummet kan ikke nødvendigvis entreses, da det forudsætter mulige paretoforbedringer, som, i sagens natur, vil resultere i højere placerede indifferenskurver, således at mindst en af parterne vil foretrække denne allokering frem for den oprindelige ligevægt.³¹² Da mængden af goder er konstant, vil det kræve kommunikation og forhandling at entresse forhandlingsrummet. Det vil, som nævnt, ikke

³¹⁰ Anders Poulsen og Niels Bruhn Christensen, Mikroøkonomi (2005), s. 101

³¹¹ Robert H. Frank, Microeconomics and behavior (2010), s. 66

³¹² Anders Poulsen og Niels Bruhn Christensen, Mikroøkonomi (2005), s. 102

nødvendigt bære frugt at forhandle, men i nogle situationer kan det alligevel være lukrativt. Der kan i denne forbindelse drages paralleller til rationalet bag Coase-teoremet.³¹³

Antag, at to produktionsvirksomheder, uafhængigt af hinanden, fremstiller et produkt ved anvendelse af to forskellige produktionsfaktorer. Mængden af disse produktionsfaktorer er konstante, og virksomhederne må således bestemme en rimelig allokering af disse. Det antages ydermere, at virksomhed 1 har en produktivitet på x , medens virksomhed 2 har en produktivitet på $x + \varepsilon$, hvor ε angiver en hvilken som helst positiv værdi mellem 0 og ∞ , således at virksomhed 2's produktivitet overstiger virksomhed 1's. Coase-teoremet bestemmer herefter, at parterne, såfremt de gældende betingelser er opfyldt³¹⁴, kan forhandle sig frem til et scenarie, hvor virksomhed 2 tildeles samtlige tilgængelige produktionsfaktorer, og herefter kompenserer virksomhed 1 herfor ved at udbetale et beløb, svarende til dennes nytte i den oprindelige ligevægt, plus en andel af den profit, som opnås ved at lade den effektive virksomhed forestå produktionen. Herved opnår begge parter en nytte beliggende på en højere placeret indifferenskurve.

Der findes talrige andre eksempler på situationer, hvor forhandling og kommunikation kan skabe en mere efficient allokering af en given mængde ressourcer, men principperne vil være identiske med de oven for belyste, hvorfor disse ikke behandles yderligere i nærværende fremstilling.

Modellens rationale er, på nuværende tidspunkt, belyst i tilstrækkelig grad, og der drages således i det følgende analogier til udbudsretlige problemstillinger. Modellen videreudvikles herefter, således at denne ikke behandler kombinationsmuligheder af forbrugsgoder eller produktionsfaktorer, men i stedet parametre, imellem hvilke, der ved forhandling i udbudsretlig sammenhæng, kan opnås efficiente trade-offs. Det bemærkes, at modellen ikke tidligere er anvendt til dette formål.

3.4.1 Allokering af usikkerhed og cost drivers

I udbudsretlig sammenhæng vil der, som nævnt, ikke være tale om goder eller produktionsfaktorer, som skal allokeres, men i stedet usikkerhed.

Det fremgår af litteraturen^{315 316}, og underbygges af udtalelser fra offentlige ordregivere, at de områder, hvorpå der, i særdeleshed, kan udvindes værdi ved forhandling i udbud, er de såkaldte cost

³¹³ Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost" (2010), s. 1

³¹⁴ Veldefinerede ejendomsrettigheder og lave transaktionsomkostninger

³¹⁵ Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, Aktuel Udbudsret II (2016), s. 129

drivers. Cost drivers omfatter, i al sin enkelhed, elementer, som hæver prisen på de indkomne tilbud. I nogle tilfælde vil cost drivers være fornuftige og proportionale, idet det pågældende kontraktelement, skaber en værdi for ordregiver, som kan retfærdiggøre den omkostning, som herved påføres tilbudsgiver. I andre situationer vil ordregiver have en tendens til at helgardere over for tilbudsgiver i form af krav og betingelser, som ikke nødvendigvis er vitale for det samlede udbud, men alligevel hæver prisen, som sættes hos tilbudsgiveren.³¹⁷ Der er således grundlag for at antage, at det i nogle tilfælde vil være muligt at skabe en mere efficient allokering af den usikkerhed, som ordregiver, ved de pågældende krav og betingelser, forsøger at undvige, således at der tilvejebringes en gensidig nytteeffekt.

Henses der igen til Edgeworth box modellen, giver det, på baggrund af ovenstående, mening, at lade x-aksen repræsentere pris/kvalitet, alt efter hvilke tildelingskriterier der konkurreres på, og lade y-aksen repræsentere usikkerhed. Placeringen på akserne angiver graden af tilfredshed på det pågældende parameter. Ordregiver vil således stille sig tilfreds med en ringere kvalitet/højere pris for en given reduktion af usikkerhed.

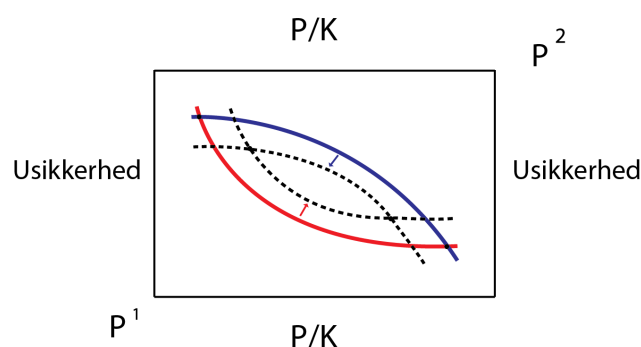
Såfremt et krav i Udbudsmaterialet, ikke ansporer en værditilvækst, som kan oppebære den omkostning, som herved indregnes i tilbuddet, er ordregiver bedre stillet ved at undlade det pågældende krav i Udbudsmaterialet – herved genereres en uproportional cost driver. Dette eksemplificeres i det følgende.

Ordregiver indarbejder et krav i Udbudsmaterialet, som reducerer usikkerheden, svarende til en nytteeffekt på 10. Det koster tilbudsgiver 15 at efterleve det pågældende krav. Der bliver herved genereret en akkumuleret negativ nytteeffekt på 5. Parterne kan således, med fordel, aftale, at ordregiver påtager sig usikkerheden og kompenseres herfor, med eksempelvis 2,5, svarende til halvdelen af den værditilvækst, som genereres ved at afvige fra den oprindelige ligevægt. Ordregiver oplever således en positiv nytteeffekt, som enten kan omsættes til en lavere pris eller en forbedret kvalitet, medens tilbudsgiver kan undlade at afholde den pågældende omkostning. Begge parter placeres herefter på en højere beliggende indifferenskurve ved en reallokering af en given mængde input.

Dette illustreres nedenfor.

³¹⁶ Jens Bødtker-Hansen og Rasmus Holm Hansen, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, Udbudsloven (2016), s. 202

³¹⁷ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 11

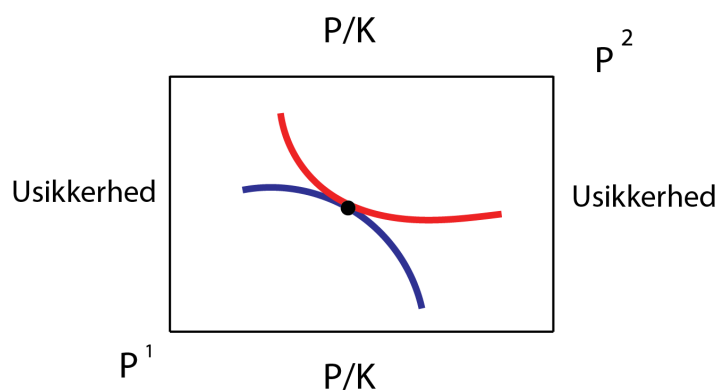


Figur 13 – Edgeworth box i Udbud

Det illustreres ovenfor, hvorledes forhandling, vedrørende cost drivers, i det konkrete udbud, i nogle tilfælde, kan føre til paretoforbedringer. Der genereres herved nye indifferenskurver, beliggende i højere lag end ved den oprindelige aftale, ligesom der genereres en ny ligevægt til gavn for begge parter.

Der vil i et hvert punkt, langs kurven, foreligge et marginals substitutionsforhold, i hvilket ordregiver er villig til at påtage sig en given mængde usikkerhed, mod et afslag i pris eller en forbedret kvalitet. Den pågældende part kender dog ikke modpartens forhold, og der kan derfor forekomme situationer, hvor der opnås en større nytteeffekt på ét parameter, end der kræves for at holde den pågældende part indifferent. Denne effekt kan kun opnås ved forhandling og kommunikation.

Det optimale scenarie opnås i den situation, hvor parternes indifferenskurver flyttes op, således at der blot forekommer ét skæringspunkt mellem de to kurver, i modsætning til ovenstående model, hvor der findes to skæringspunkter. I dette scenarie vil det, jf. antagelsen om en given mængde input, ikke være muligt at foretage yderligere forbedringer. Det optimale scenarie illustreres nedenfor.



Figur 14 – Paretooptimal allokering af usikkerhed

Ovenstående model illustrerer det optimale scenarie, som omtalt ovenfor. Det vil ikke altid være muligt at opnå dette. Det afhænger, i sagens natur, af parternes værdiansættelse af de forskellige cost drivers, men parterne må bestræbe sig på at arbejde sig i denne retning ved at forhandle om de forskellige kontraktelementer, således at der udvindes maksimal nytte.

Elementer, der med fordel kan forhandles om, i udbudsretlig sammenhæng, udgøres således, hovedsagligt, af uproportionale cost drivers, hvor afvigende værdiansættelser – og nyttefunktioner skaber et grundlag for kontraktuel værditilvækst.

3.5 Delkonklusion

Spilteoretiske principper foreskriver, at der kan skabes paretoforbedringer i det relationelle forhold ved forhandling – det kan dog ikke konkluderes, med afsæt i empiriske studier, da praksis på nuværende tidspunkt ikke foreligger, hvorfor ovenstående forbliver en påstand som udelukkende begrundes i teorien. P/A teorien foreskriver, at der, i den prækontraktuelle fase, ved informationsasymmetri, skabes inefficente incitamentsstrukturer. Der fremsættes en række afhjælpningsforslag, hvis effekt, grundet sparsom praksis, delvist dokumenteres i casestudiet, men, i nærværende afsnit, fortsat betragtes som teoretiske påstande.

Det anføres samtidig, at anvendelse af fleksible udbudsformer, ifølge teorien, ikke eliminerer risikoen for adverse selection, da uidentificerbare forhold fortsat kan påvirke agents incitamentsstruktur, men der forekommer, i medfør af analysen, dog belæg for at antage, at risikoen herfor reduceres. Der foreligger ligeså, i den postkontraktuelle fase, risiko for opportunistisk adfærd, hos agenten, som, ifølge teorien, kan nedbringes, såfremt ordregiver konstruerer et kontrakt design, som, med afsæt i Milgrom & Roberts' principper, sikrer optimale incitamenter hos dennes medkontrahent. Det anføres, at skjult information, i medfør af teoretiske betragtninger,

gradvist belyses ved diverse forhandlingsrunder, som foranlediges af anvendelse af fleksible udbudsformer, hvorefter incitamentstrukturen optimeres. Denne påstand har ligeledes grund i teorien, idet der endnu ikke findes tilstrækkelig empiri for dokumentation af denne tendens.

Det konstateres, at der, med afsæt i transaktionsomkostningsteorien, udelukkende bør vælges en fleksibel udbudsform, hvor den marginale nytteeffekt overstiger den marginale transaktionsomkostning. Derudover foreskriver en videreudvikling af Edgeworth box teorien, sammenholdt med udtalelser fra praktikere, at der kan udvindes værdi ved en efficient allokering af usikkerhed, således at denne afspejler parternes respektive nyttefunktioner.

Samlet set kan det konkluderes, at anvendelse af fleksible udbudsformer, på en teoretisk baggrund, skaber en kontraktuel værditilvækst, om end dette, qua den spasomme praksis, endnu ikke findes empirisk dokumenteret. Det konkluderes slutteligt, at størrelsen af nytteeffekten, hidrørende fra anvendelse af fleksible udbudsformer, jf. det ordinale måleniveau, ikke på nuværende tidspunkt kan determineres.

Kapitel 4 – Integreret analyse

4.1 Kontraktuel værditilvækst i udbudsretligt henseende

Nærværende afsnit sammenholder betragtninger, fra henholdsvis den juridiske – og den økonomiske analyse, med det formål at belyse vigtigheden af en fornuftig balance mellem de negative juridiske restriktioner og de positive økonomiske muligheder.

Med udgangspunkt i den økonomiske analyse kan det sammenfattende konstateres, at der eksisterer uudnyttede muligheder for efficient – og strategisk kontrahering, i udbudsretlig sammenhæng, som begrænses af det udbudsretlige regelsæt, herunder særligt forhandlingsforbuddet, og nu også Udbudslovens § 160.

De økonomiske muligheder, som udspringer af den anvendte teori, behandles indledningsvist, hvorefter disse sammenholdes med de, på området, gældende juridiske restriktioner, ligesom det vurderes, hvilke foranstaltninger, der må træffes, for i højere grad at tilgodese det økonomiske potentiale.

Der tages, indledningsvist, afsæt i spilteorien, hvor prisoners dilemma bidrager til forståelsen af forhandlingens relevans. Spillet er en meget forsimplet udgave af de forhandlingselementer, som forekommer i forbindelse med kontraktindgåelser. Dog illustrerer spillet hvorledes, og under hvilke forudsætninger, forhandling – og samarbejde kan skabe gensidigt forbedrede tilstande.

Spilteorien bidrager altså med en del af forklaringen på, hvorledes forhandling kan udløse positive synergier, som udspringer af en samordnet praksis, til gavn for begge parter.

Herefter behandles P/A teorien, med fokus på de udfordringer, som foranlediges af den informationsasymmetri, som uundgåeligt forekommer ved udbud af offentlige opgaver, samt nogle udvalgte løsningsmodeller, som minimerer graden af informationsasymmetri og P/A problemer. Rationalet er herefter, at skjult information, ved anvendelse af fleksible udbudsformer, igennem forhandling og kommunikation, gradvist belyses, således at behovet for sikkerhedsforanstaltninger, så som monitorering og screening, reduceres.

Den værdiskabelse, som ansføres heraf, forklarer blot den ene halvdel af de muligheder, som udspringer af P/A teorien. Modellens rationale bygger på en antagelse om, at agenten besidder viden, som principalen ikke har adgang til. Dette kan, som nævnt, ovenfor foranledige opportunistisk adfærd hos agenten, men antagelsen resulterer samtidig i det faktum, at

Udbudsmaterialet ikke kan udformes på efficient vis, da Udbudsmaterialet, kravene og den deraf udspringende kontrakt, konciperes ensidigt af ordregiver. De manglende konsultations- og kontrolmuligheder medfører således både omkostninger til monitorering og screening samt et Udbudsmateriale, som ikke nødvendigvis afspejler markedets formåen og – kernekompetencer.

Argumentationen går herefter på, at begge problemstillinger, delvist, kan adresseres ved anvendelse af en fleksibel udbudsform, da løbende kommunikation medfører en indbygget kontrolfunktion, således at ordregiver kan føre tilsyn med modparten. Derudover afsløres tilbudsgivers skjulte markedsviden ved kommunikation, således at udbuddet kan tilpasses markedsaktørernes viden og formåen, samt afspejle den konkrete tilbudsgivers kernekompetencer, for en bedre eller billigere løsning.

Hvor spilteorien og P/A teori belyser, hvorledes tilstedeværelse af elementer som forhandling og informationsdeling skaber værdi, i det relationelle forhold, behandler transaktionsomkostningsteorien de væsentligste begrænsninger for anvendelsen af disse værktøjer, således at det, efter en transaktionsomkostningsteoretisk analyse, står klart, i hvilke situationer, og under hvilke forudsætninger, disse værdiskabende værktøjer, med fordel kan tages i brug.

Transaktionsomkostningsteorien skaber således værdi på den måde, at analysen udgør et værktøj til bestemmelse af, hvorvidt, og i hvilket omfang, forhandlingen, jf. spilteoretiske principper, kan skabe værdi, baseret på karakteren af det konkrete udbud. Heri ligger implicit, at forhandling og kommunikation ikke altid medfører en værdiforøgelse, hvorefter der må henses til størrelsen på kontraktens transaktionsomkostninger og forhandlingspotentiale og derefter foretages et skøn med afsæt i modellerne, som fremgår af afsnit 3.3.

Edgeworth box modellen belyser hvilke parametre, der med fordel kan forhandles på. Denne belyser således, hvordan, og på hvilke parametre, der kan forhandles, når det antages, at ydelsen, og rammerne i øvrigt, er fastlagt på forhånd. I udbudsretlig sammenhæng kan der, i denne forbindelse, lukres på de såkaldte uproportionale cost drivers, hvor parternes respektive værdiansættelser, af de forskellige kontraktelementer, er varierende.

Analysen tager dog ikke højde for de juridiske begrænsninger, som fremgår af Udbudsloven, og i øvrigt behandles i kapitel 2. Det må således undersøges, i hvilket omfang de økonomiske muligheder, som beskrevet ovenfor, kan realiseres under iagttagelse af gældende ret.

De nævnte tiltag er, i sagens natur, blot mulige, såfremt det konkrete udbud gennemføres efter udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog. Udbudslovens § 61 og 67 medfører en vid

adgang til disse udbudsformer, således at der, i denne forbindelse, ikke opstår anledning til spekulationer. Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan således, i modsætning til tidligere, lovligt anvendes i situationer, hvor forhandling og dialog, på baggrund af økonomisk teori, vil være hensigtsmæssig.

Det springende punkt bliver herefter spørgsmålet om, hvor langt forhandlingsbeføjelsen rækker med henblik på justeringer og modifikationer af kontaktvilkår, samt i hvilket omfang § 160 reducerer den praktiske anvendelse af fleksible udbudsformer.

For at der kan skabes kontraktuel værditilvækst, på baggrund af de værktøjer, som afstedkommer af den økonomiske analyse, må der, for ordregiver, eksistere en vis frihed til at justere på de kontraktelementer, som indeholder uproportionale cost drivers. Der må derudover eksistere en frihed for ordregiver til at indarbejde fordelagtige løsningsforslag, på dele af kontrakten, som udspringer af konsultation hos aktuelle tilbudsgivere undervejs i forhandlingsprocessen. Herved opstår spørgsmålet om rækkevidden på ordregivers beføjelser i dette henseende. Det vil, i sagens natur, være nødvendigt at justere og tilsidesætte krav, som tilbudsgiver oplever som uproportionale, set i relation til den værdi, som genereres hos ordregiver, ligesom det vil være nødvendigt at afvige fra standardløsninger, som foreskrives i Udbudsmaterialet.

Hvorvidt dette kan tillades afhænger naturligvis af mængden – og størrelsen på de påtænkte ændringer, samt hvorledes krav og forskrifter, er defineret i Udbudsmaterialet.

Det kan dog, på baggrund af den juridiske analyse, med rimelig sikkerhed konstateres, at sådanne justeringer ikke kan foretages uden problemer. Et eksempel herpå findes i sag C-561/12, som behandlet i afsnit 2.3.3.2.1. Det må alt andet lige afhænge af, om der herved opstår konkurrencefordrejning, således at kontrakten, med de pågældende ændringer, kunne have genereret interesse, hos potentielle tilbudsgivere, som ikke, forinden tidspunktet for de pågældende ændringer, havde søgt om prækvalifikation.

Med tanke på markedets størrelse og antallet af potentielle tilbudsgivere må risikoen, for at en anden tilbudsgiver potentielt kunne have søgt om prækvalifikation, betragtes som værende relativt stor, forudsat at der ikke forekommer small numbers, hvorefter ordregivers råderum i forhold til at foretage ændringer, under det nugældende regelsæt, må være ganske begrænset.

Der synes således at være tungtvejende argumenter for, at ændringer, i Udbudsmaterialet, ikke kan foretages i det omfang, som den økonomiske teori foreskriver. Et eksempel herpå findes også i en kendelse fra Klagenævnet af 9. februar 2016,³¹⁸ hvorunder ordregiver havde lagt vægt på en række kriterier, som ikke fremgik af evalueringsmetoden, men som, efter dialog med tilbudsgiver, til trods herfor indgik i evalueringen.

Dog må banen kridtes op, så forudsætningerne, for at foretage ændringer undervejs, er så gunstige som muligt. Hermed menes, at der, i Udbudsmaterialet, må søges brede formuleringer, således at ordregiver besidder et vist råderum til at foretage justeringer. Der findes naturligvis grænser for den tilladte vidde af ordregivers penselstrøg, men der findes eksempler, hvor Klagenævnet har godtaget formuleringer som ”bør” og ”ser gerne”, som jo, i sagens natur, må betragtes som relativt brede.³¹⁹

Det pålægges således ordregiver at udforme Udbudsmaterialet på en måde, som maksimerer forhandlingsrummet inden for grænserne af, hvad Klagenævnet og Domstolene vil tillade. Der må, som nævnt, i forbindelse hermed, søges brede formuleringer, ligesom anvendelsen af minimumskrav må begrænses til et minimum.

En mere fleksibel regulering er fortsat ønskværdi, men under de gældende regelsæt, synes ovenstående løsningsmodel som eneste realistiske middel for realisering af kontraktuel værditilvækst.

Tilstedeværelsen af § 160 gør ikke problematikken mindre, tvært imod. Tidligere har det været således, at udbudsprocessen kunne igangsættes, inden tidspunktet for offentliggørelse af tildelingskriterier og evalueringsmetode, hvilket offentlige ordregiver, i vidt omfang, har gjort brug af.³²⁰ Således kunne ordregiver vente med at definere tildelingskriterier og evalueringsmetode, indtil tidspunktet, hvorpå man havde et rimeligt overblik over, hvorledes ordregivers behov bedst kunne tilfredsstilles. Dette er ikke længere muligt efter indførelse af § 160. Ordregiver skal herefter offentliggøre det fulde Udbudsmateriale, inden processen iværksættes, hvilket stiller større krav akkuratheden af tildelingskriterier og evalueringsmetode.

Det vil, ved en fleksibel udbudsform, ofte være således, at ordregiver ikke kender det nøjagtige behov, og de dertil knyttede løsningsmuligheder. Risikoen, for at der udarbejdes upræcise eller decideret forkerte tildelingskriterier, er således overhængende.

³¹⁸ Bilag 10 – Uddrag af Klagenævnskendelse af 9. februar 2016, Jr. nr.: 2014-0037936

³¹⁹ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af 28. januar 2016, Jr. nr. 2015-14280

³²⁰ Bilag 8 – Emil Schütze, Interview, s. 6

Følges dette rationale, øges risikoen for, at Udbudsmaterialet, senere i processen, ikke kan rumme værdiskabende tiltag, således at der, igen, må gennemføres inefficente udbud. Sammenholdes denne betragtning med Klagenævnets kendelse af 4. november 2015, skærpes problematikken yderligere. Herved fastslås, at ordregiver på den ene side skal påse, at der ikke lægges vægt på elementer, som ikke er specificeret i Udbudsmaterialet, men samtidig skal sikre at andre forhold, jf. ligebehandlingsprincippet, indregnes med rette vægtning. I den konkrete sag havde ordregiver, i Udbudsmaterialet, specificeret, at underkriteriet, ”pris”, blev vurderet i et spænd mellem DKK28 mio. og DKK38 mio. Der blev herefter afgivet to tilbud på henholdsvis DKK26 mio. og DKK28 mio. Ordregiver stod herefter i en situation, hvor de to tilbud, ifølge evalueringsmetoden, på underkriteriet, ”pris”, skulle vurderes som værende lige fordelagtige. Samtidig fastslog ovenstående kendelse, at det var et brud på ligebehandlingsprincippet, såfremt tilbudsgiver ikke blev belønnet for den lavere pris.³²¹

Eneste reelle løsning i denne inappellable situation var således at lade udbuddet gå om, hvilket må betragtes som en ganske byrdefuld og uproportional løsning.

Det er således vanskeligt at se, hvorledes udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog skal eksistere i praksis, således at der er grundlag for at realisere de økonomiske fordele, som beskrevet i kapitel 3, uden et modstykke til § 160. Dette modstykke kunne, eksempelvis, bestå af en udvidende fortolkning af Forarbejderne til § 160, under hvilke, forholdende, som i medfør af § 160, skal offentliggøres, fremgår.³²² Hermed menes, at de forhold, som skal indgå i beskrivelserne af tildelingskriterier og evalueringsmetode, må konciperes bredere med minimal anvendelse af minimumskriterier.

Det er endnu uklart, i hvilket omfang Klagenævnet og Domstolene vil tillade ovenstående. Både på grund af den sparsomme praksis, samt det faktum, at en stor del af fortolkningsbidragene findes i Forarbejderne, hvis retskildestatus fortsat er usikker. Umiddelbart lægges der, i medfør af lovtæksten og bemærkningerne til § 160, ikke op til en udvidende fortolkning. Hertil kommer det faktum, at Formanden for Klagenævnet for Udbud, indtil videre forholder sig ganske tilbageholdende i forhold til udvidende fortolkning, og herved fastholder anvendelse af den klassiske juridiske metode.³²³

³²¹ Bilag 7 – Klagenævnskendelse af d. 04. november, 2015, Jr. nr.: 2015-12298

³²² Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov), s. 184, under bemærkningerne til § 160

³²³ Michael Ellehauge, Udbudsloven, CEVIA, 4. marts 2016

Dog synes der en økonomisk rationel fornuft i at tillade et sådant modstykke til § 160, for at undgå scenarier, som det ovenfor beskrevne, og der er da også pligt til EU konform fortolkning som, jf. det manglende hjemmelsgrundlag for indførelse af § 160, muligvis kan medføre en mindre restriktiv approach.

4.2 Case studie

I nærværende afsnit overføres teori – og slutninger fra tidligere afsnit på en konkret sag, der, af Klagenævnet, blev behandlet d. 28. januar. 2016³²⁴

Den pågældende sag omhandlede et udbud ved Aarhus Kommune. Sagen vedrørte et begrænset udbud af en bygge- og anlægsopgave, ved Bernhardt Jensens Boulevard, med tildelingskriteriet laveste pris.³²⁵

M. J. Eriksson, som havde budt på opgaven, indgav klage til Klagenævnet, d. 29. December 2015, vedrørende anmodning om opsættende virkning, i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., jf. § 12, stk. 2. Klagenævnet tog herefter stilling til klagen.³²⁶

M. J. Eriksson afgav, med en margin på DKK3.951.000, det laveste tilbud – DKK94.679.000 mod næstlaveste tilbud på DKK98.630.000, og burde således, jf. Udbudsmaterialet, som udgangspunkt have tildelt kontrakten.³²⁷ M. J. Eriksson havde dog tilsidesat et krav i Udbudsmaterialet, vedrørende maksimum procentandel af den samlede tilbudssum til indretning, drift om rømning af arbejdspladsen. Kravet fremgik af tilbuds- og afregningsgrundlaget og medførte, at den omtalte post maksimalt måtte udgøre 5 % af den samlede tilbudssum.³²⁸ M. J. Erikssons tilbud blev, herefter, erklæret ukonditionsmæssigt som følge af det faktum, at det pågældende krav var tilsidesat.

M. J. Eriksson anførte, at der ikke var tale om et minimumskrav, hvorfor Aarhus Kommune ikke var berettiget til at forkaste M. J. Erikssons tilbud.³²⁹ Sagen endte med, at Klagenævnet for Udbud gav Aarhus Kommune medhold i, at M. J. Erikssons tilbud kunne erklæres for ukonditionsmæssigt, og at tildelingsbeslutningen således var berettiget.³³⁰

³²⁴ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51

³²⁵ Bilag 12 – Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)

³²⁶ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51, s. 1

³²⁷ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51, s. 9

³²⁸ Bilag 13 – Uddrag af kapitel 1 (Arbejdsplads) Tilbuds- og Afregningsgrundlag (TAG)

³²⁹ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51, s. 1

³³⁰ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51, s. 10

4.2.1 Robert K. Yin – Case studie

Et case studie differentierer sig fra andre analysedesigns, da et case studie forsøger at opnå mere komplekse – samt fyldestgørende forklaringer på et specifikt fænomen. Udgangspunktet er således, at en teori skal forklare et bestemt fænomen, og af denne betragtning udspringer ligeledes den antagelse, at en teori, med bestemte karakteristika, vil have et bestemt resultat. Pointen med dette studie vil altså være at undersøge, om den pågældende teori er anvendelig i praksis, og såfremt dette ikke er tilfældet, hvorfor det forholder sig således. Studiet belyses med afsæt i juridiske restriktioner samt de økonomiske muligheder, som beskrevet i afsnit 4.1. Studiet har således en teoritestende karakter.

Robert K. Yin skelner mellem forskellige case designs som illustreret per nedenstående.³³¹

	Enkelt case	Multipel case
Enkelt enhed	Type 1	Type 2
Multipel enhed	Type 3	Type 4

Figur 15 – Robert K. Yin – Case designs for case studie

Der skelnes således mellem enkelte case designs og multiple case designs. Dette case studie er karakteriseret ved teorier med klare og veldefinerede hypoteser, og problemstillingen kan ligeså anvendes til flere cases, uafhængig af hinanden, hvorfor der er tale om en multipel case, som betragtes som værende ganske generaliserbar. Dertil skelnes der mellem enkelte – og multiple enheder – da der her er tale om enkelt analyseenhed, er studiet således et type 2 case design.

Et case studie består af fire bestanddele³³², som alle nævnes, indledningsvist, i det følgende.

- 4.2.1.1 Problemstilling

Problemstillingen omfatter det, eller de spørgsmål, der ved behandling, af det pågældende studie, søges svar på. Nærværende studie tager afsæt i følgende problemstilling:

³³¹ Robert K. Yin, Case study research (2003), s. 40

³³² Robert K. Yin, Case study research (2003), s. 21

Kunne Udbudsmaterialet, med afsæt i økonomiske teser og juridiske forudsætninger, være konciperet anderledes, således at det billigste tilbud ikke, som et udslag af Udbudsbetingelserne, blev erklæret ukonditionsmæssigt, og hvilken økonomisk effekt ville dette i givet fald have?

- *4.2.1.2 Analyseenhed*

Analyseenheden omfatter den, eller de enheder, som undersøges.

Analyseenheden, i nærværende studie, vil være Aarhus Kommune, og særligt afdelingen for Teknik og Miljø, som er ansvarlig for det pågældende udbud. Der tages udelukkende afsæt i sagen som beskrevet ovenfor.

- *4.2.1.3 Empiri*

Den indsamlede empiri, som i nærværende sammenhæng, sammenholdt med juridisk og økonomisk teori, anvendes til besvarelse af problemstillingen, omfatter udbudsdokumenterne, herunder BUT³³³ samt TAG³³⁴ for følgende udbud.

- Aarhus Ø, Bernhardt Jensen Boulevard
- Aarhus Ø, Reaktiv forbindelse Nord

Det anføres, for god ordens skyld, at der er tale om ét udbud med to delkontrakter. Derudover omfatter den indsamlede empiri Klagenævnets kendelse i den pågældende sag samt strukturerede kvalitative interviews med repræsentanter fra analyseenheden, herunder Vibeke Hedelund Pedersen, Indkøber, Teknik og Miljø, Aarhus Kommune og Gitte E. Frøkjær, Projektleder, Center for byens anvendelse, Teknik og Miljø, Aarhus Kommune.

Udarbejdelsen af et interview er et omfattende arbejde om end essentiel for validiteten samt reliabiliteten af det samlede studie. Der har, med afsæt i Klagenævnskendelsen og Udbudsmaterialet, været fokus på at udforme spørgsmål, der forholder sig kritisk til beslutninger, truffet af Aarhus Kommune, i forbindelse med valg af udbudsform og udarbejdelse af krav.

- *4.2.1.4 Analyse*

Analysen er det afsnit, hvorunder empirien analyseres i forhold til de økonomiske teser, der danner rammerne for dette studie. Det analyseres således, hvorvidt det reelt kan lade sig gøre at udarbejde en optimal kontrakt ved anvendelse af de fleksible udbudsformer – dette vurderes i forhold til de

³³³ Bilag 12 – Betingelser for Udbud og Tilbud (BUT)

³³⁴ Bilag 13 – Tilbuds- og Afregningsgrundlag (TAG)

økonomiske teser, der enten vil påvise en kontraktuel værdiforringelse, – neutralitet eller – forøgelse.

4.2.2 Analyse

Det fremgår af den økonomiske teori, at der eksisterer et potentiale for paretoforbedringer i forhold til kontraktkoncipering i udbudsretlig sammenhæng. Dette potentiale skal, jf. afsnit 3.5, realiseres igennem kommunikation, forhandling og samarbejde. Det fremgår dog af kapitel 2, at de juridiske forudsætninger begrænser muligheden herfor. I nærværende afsnit betragtes et udbud som eksemplificerer de problemstillinger, som ansføres af disse modstridende hensyn, hvorefter det undersøges, i hvilket omfang, anvendelse af den økonomiske teori, kan generere en værditilvækst, under iagttagelse af gældende ret. Hensigten er at måle den konkrete effekt af de økonomiske muligheder, således at de økonomiske slutninger, herefter fremstår mindre hypotetiske og mere generaliserbare.

I den konkrete sag fremsatte ordregiver, i Udbudsmaterialet (TAG), et krav om, at udgifter til etablering, drift, ryddeligholdelse og fjernelse af arbejdspladsen maksimalt måtte udgøre 5 % af den samlede tilbudssum.

Det pågældende krav medførte, som beskrevet ovenfor, at analyseenheden så sig nødsaget til at erklære det billigste tilbud for ukonditionsmæssigt, idet posten udgjorde 5,91% af den samlede tilbudssum, og ordregiver, ved valg af udbudsform, havde frasagt sig muligheden for at gå i dialog med den pågældende tilbudsgiver. Herved var analyseenheden ligeså nødsaget til at antage det næst billigste tilbud, som i det konkrete udbud var DKK3,9 mio. dyrere. Herefter opstår spørgsmålet om, hvorvidt det pågældende krav var proportionalt, set i relation til det værdispild, som efterfølgende blev genereret heraf.

På trods af det faktum, at forhandling og dialog, jf. tidligere analyser, kan være en kostelig affære, er der belæg for at antage, at forbeholdet for det pågældende krav, såfremt ordregiver havde gjort brug af en udbudsform, som tillod dette, kunne forhandles på plads inden for et økonomisk råderum på DKK3,9 mio. Ifølge denne antagelse, kan det konstateres, at det pågældende krav ikke, i forhold til det efterfølgende værdispild, har været proportionalt, da dette blev fremført under en udbudsform, som ikke tillod forhandling herom.

Der kan således, indledningsvist, argumenteres for, at ordregiver enten burde have anvendt en udbudsform, som tillod afklaring af det pågældende forbehold, eller have udeladt kravet i udbudsbetingelserne.

I forhold til valg af udbudsform, kan det ikke, ifølge repræsentanter fra Aarhus Kommune, ubetinget konstateres, at udbud med forhandling lovligt kunne have været valgt i den konkrete sag.³³⁵ Det medgives at det, efter Direktiv 2004/18/EU, er usikkert, hvorvidt udbud med forhandling lovligt kunne have været valgt i den konkrete sag. Derimod kan spørgsmålet utvivlsomt besvares bekræftende i henhold til den nugældende regulering, jf. Udbudsloven.

Repræsentanter fra Aarhus kommune erkender samtidig, at der, såfremt udbud med forhandling havde været anvendt i det pågældende tilfælde, havde været mulighed for at forhandle forbeholdet på plads, således at det pågældende tilbud blev justeret i overensstemmelse med ordregivers krav – dog forudsat at kravet ikke, objektivt, kunne betragtes som et minimumskrav, hvorom der som bekendt ikke må forhandles.

Det bliver herved relevant at granske formuleringerne i Udbudsmaterialet. Det fremgår af tidligere analyser, at muligheden for at realisere det kontraktøkonomiske potentiale opstår ved brede formuleringer i Udbudsmaterialet, inden for rammerne af § 160, samt anvendelse af en udbudsform, som tillader forhandling. Det undersøges således i det følgende, hvilke formuleringer ordregiver har valgt, samt hvorledes ordregiver, ved hjælp af anden terminologi og andre udbudsformer, kunne have undgået den pågældende problemstilling.

- *4.2.2.1 Udbudsmaterialets ordlyd*

Af Udbudsmaterialet fremgår følgende: ”Denne post (indretning, drift og rømning af arbejdsplads) må ikke overstige 5 % af den samlede tilbudssum.”³³⁶

Det fremgår altså ikke, eksplicit, at der er tale om et minimumskrav, men formuleringen indbyder endog heller ikke til lempelig fortolkning til fordel for tilbudsgiver. Klagenævnet tilslutter sig sidstnævnte påstand, idet tildelingsbeslutningen var lovlig, som følge af ukonditions-mæssigheden af det billigste tilbud.³³⁷

Havde kravet været formuleret på en mindre inappellabel måde, således at ordregiver ikke herved så sig nødsaget til erklære tilbuddet for ukonditions-mæssigt, kunne det omtalte værdispild formentlig være undgået. Det samme ville være tilfældet, såfremt ordregiver havde valgt udbud med

³³⁵ Bilag 15 – Vibeke Hedelund Pedersen, Interview

³³⁶ Bilag 13 – Uddrag af kapitel 1 (Arbejdsplads) Tilbuds- og Afregningsgrundlag (TAG)

³³⁷ Bilag 11 – Klagenævnskendelse af 28. januar 2015

forhandling, idet ordregiver, såfremt kravet ikke betragtedes som et minimumskrav, kunne gå i forhandling og afklare uoverensstemmelsen, inden for rammerne af det tilladte.

Både valget af udbudsform samt formuleringen af krav, i Udbudsmaterialet, kan således, i et samfundsøkonomisk perspektiv, synes uhensigtsmæssig. Der må dog, inden dette konstateres endegyldigt, henses til de bagvedliggende bevæggrunde for det pågældende krav.

Det er altså essentielt at forstå parternes incitamentstrukturer for at vurdere, om Udbudsmaterialet er konciperet optimalt.

- 4.2.2.2 *Analyseenhedens erklærede hensigter*

Det anføres, at årsagen for tilstedeværelsen af kravet i Udbudsmaterialet, skyldes ordregivers ønske om at reducere opportunistisk adfærd hos dennes medkontrahent. Repræsentanter fra Aarhus Kommune udtaler, at den pågældende post er af en sådan art, at denne kan prissættes kunstigt højt, hvorved agenten opnår en større andel af kontraktens samlede overskud.³³⁸ Henses der til figur 7 vil agenten have incitamenter til at prissætte således, at denne opnår så stor en del af det samlede overskud som muligt, og det er således denne tendens ordregiver forsøger at eliminere.

Om der herved var tale om et minimumskrav, eller blot en almen forskrift, må for nu stå hen i det uvisse, men udtalelser fra Aarhus Kommune indikerer at hensigten med det pågældende krav har været således, at dette ikke senere måtte omgås.³³⁹ Denne udtalelse er identisk med analyseenhedens påstand ved den efterfølgende klagesag, hvorfor der må stilles spørgsmålstegn ved, om dette reelt har været hensigten på tidspunktet for Udbudsmaterialets offentliggørelse og i særdeleshed på tidspunktet, hvorpå det pågældende værdispild kom til ordregivers kundskab.

Analyseenheden udtaler, at kravet var nødvendigt og proportionalt, men erkender samtidig at det kan diskuteres, hvorvidt man i Udbudsmaterialet, med fordel, kunne have undladt udvalgte krav for et bedre eller billigere udbud.³⁴⁰ Analyseenhedens udtalelser uddybes ikke yderligere, hvorfor det kan forekomme en anelse uforståeligt, at det pågældende krav skulle være proportionalt. Analyseenheden erkender samtidig, at forbeholdet for det pågældende krav kunne have været forhandlet på plads, såfremt udbud med forhandling udgjorde udbudsformen.

³³⁸ Bilag 14 – Gitte E. Frøkjær, Interview

³³⁹ Bilag 14 – Gitte E. Frøkjær, Interview

³⁴⁰ Bilag 14 – Gitte E. Frøkjær, Interview

Med reference til afsnittets indledende bemærkninger, må det således konstateres, at det pågældende krav tilsigter at forebygge opportunistisk adfærd – i den konkrete sag har denne løsning dog vist sig samfundsøkonomisk inefficent, hvorfor alternative metoder for afhjælpning af egenoptimeringsbaserede incitamentstrukturer eksamineres i det følgende på henholdsvis ex-ante – og ex-post basis.

- *4.2.2.3 Problemafhjælpning*

- *4.2.2.3.1 Ex ante*

Jf. afsnit 3.2.1.1 knytter afhjælpningsmetoderne, screening samt signaling, sig til det interne kontraktforhold, ex ante. Ovenstående analyse tager således afsæt i det faktum, at analyseenheden har indført et krav som følge af et ønske om at reducere opportunistisk adfærd hos tilbudsgiver.

I nærværende afsnit belyses det, hvorledes Aarhus Kommune kunne have reduceret risikoen for opportunistisk adfærd uden at indarbejde det pågældende krav, der, som bekendt, resulterede i et omfattende værdispild.

For at undgå kravet, og ligeså den øgede risiko for opportunistisk adfærd, kunne Aarhus Kommune have undladt kravet helt, eller udtrykt dette mindre inappellabelt, således at man, som principal, i stedet, ved anvendelse af signaling, krævede, at tilbudsgiver fremlagde tidligere overslag, fra lignende kontrakter, som dokumentation for postens reelle størrelse. Ordregiver ville herved delvist være i stand til at vurdere, om tilbuddet reelt afspejlede de afholdte omkostninger til den pågældende post, eller om der modsat var tale om opportunistisk adfærd.

Ordregiver kunne, alternativt, udtrykke kravet som en anbefaling, således at tilbuddet, på ordregivers opfordring, skulle ledsages af konkret dokumentation i form af en uddybende regnskabsmæssig redegørelse af indretning, drift og rømning af arbejdsplads. Ordregiver ville således være i stand til at identificere, om tilbuddet indeholdt uforholdsmæssige store poster.

I forlængelse af dette løsningsforslag kunne Aarhus Kommune ligeså have anvendt en anden screeningsmetode. Ordregiver kunne have screenet sine tilbudsgivere, og indarbejdet et ”følg eller forklar” princip, i forhold til kravet i Udbudsmaterialet. Et sådan screeningtiltag kunne have afdækket potentielle tilbudsgivere, som havde for øje at agere opportunistisk i nærværende sammenhæng.

Det bør nævnes, at ordregiver, ved førstnævnte løsningsforslag, ikke nødvendigvis ville være i stand til at sikre at den pågældende tilbudsgiver, under de forgangne udbud, ikke havde ageret

opportunistisk, hvorfor risikoen for adverse selection således ikke vil være elimineret. Det må dog antages, at risikoen for dette er minimal, da den pågældende tilbudsgiver, som kontraktpart, antages at have vundet tidligere udbud, hvorefter det kan konstateres, at tilbuddet har været konkurrencedygtigt. I forlængelse af analysens sidstnævnte løsningsforsalg, som består af både screening – såvel som signaling aktiviteter, må det vurderes, at tilbudsgiver i så fald ville have svært ved at agere opportunistisk, hvorfor risikoen for adverse selection vil være reduceret. Der må dog tages højde for mængden af transaktionsomkostninger, som er forbundet hermed, da disse, jf. afsnit 3.3, ikke må opsluge den kontraktuelle merværdi, som skabes herved.

Det er dog også værd at nævne, at Aarhus Kommune, jf. diskussionen om appetitvækkende udbud, ved disse tiltag kunne have afskrækket potentielle tilbudsgivere, der, såfremt tilbud var afgivet, ville have vundet det pågældende udbud.

○ 4.2.2.3.2 *Ex post*

Nedenstående ex post afhjælpningsmidler behandles med afsæt i de moral hazard problematikker, der knytter sig til den situation, hvor kontrakten indgås med den billigste tilbudsgiver.

Antagelsen om at M. J. Eriksson ønsker at agere opportunistisk, som følge af posten på 5,91 %, til indretning, drift og rømning af arbejdsplads, er isoleret set realistisk, da det, økonomisk set, er sådanne aktiviteter, som kan lede til, at man som tilbudsgiver ”stjæler” kontraktens overskud, jf. figur 7. Aarhus Kommune kan dog, ligesom i den prækontraktuelle fase, indarbejde tiltag i kontrakten, som tilsigter at eliminere/minimere risikoen for moral hazard i den postkontraktuelle fase.

For at eliminere risikoen for moral hazard kunne Aarhus Kommune således have indført, at der, undervejs i byggeprocessen, ville foretages monitorering i forhold til tilbudsgivers allokering af ressourcer til indretning, drift og rømning af arbejdsplads. Såfremt tilbudsgiver ikke anvendte en mængde ressourcer, svarende til 5,91 % af kontraktsummen, kunne Aarhus Kommune indarbejde en klausul, der pålagde tilbudsgiver tilbagebetaling af restbeløbet, op til 5,91 % af den samlede tilbudssum. Der kunne ligeså, som alternativ, indføres en form for bod, såfremt tilbudsgiveren undervejs ikke allokerede den forhåndsangivne mængde af ressourcer til indretning, drift og rømning af arbejdsplads.

Ordregiver må dog have for øje, at ovenstående umiddelbart vil være omkostningsfuldt, samt vanskeligt at monitorere, hvorfor tiltaget ikke eliminerer opportunistisk adfærd til fulde. Når man anvender monitorering, skal man ligeså, jf. The Monitoring Intensity Principle, som anført i afsnit

3.2.1.2.1.2, have de fire hertil hørende faktorer i mente, da disse er målestok for, hvilken grad af monitorering, som er efficient. Man skal således, som ordregiver, overveje den profit, man, som principal, udvinder ved tilbudsgiverens øgede indsats som følge af monitoreringen, ligesom præcisionen af den ønskede aktivitets fuldførelse og agentens respons på incitamenter især skal vurderes nøje.

Ud fra disse kriterier er det, i nærværende sammenhæng, svært at slutte noget konkret, men det må vurderes, at profitten, som udvindes, ved at lade den billigste tilbudsgiver indgå kontrakten og dernæst monitorere dennes adfærd, i forbindelse med det pågældende krav, som altovervejende, for ordregiver, må kaste en kontraktuel merværdi af sig. Det er dog usikkert i hvilken grad, man er i stand til at præcisere monitoreringen, ligesom det er usikkert, i hvilken grad den pågældende tilbudsgiver responderer på tiltaget.

Foruden monitorering kunne ordregiver ligeså anvende teorien bag, The Equal Compensation Principle, som foreskriver, at aktiviteter, der vægtes lige af en principal også må belønnes lige. Anvendelsen af denne teori vil dog, i mindre grad, have karakter af et løsningsforslag og i stedet udgøre en rettesnor.

Det må således udledes af Udbudsmaterialet, og konsekvensen af det pågældende krav, at dette ikke kan anses for værende af essentiel karakter. Dette underbygges ydermere af det faktum, at man, som ordregiver, ytrer, at en anden udbudsform, set i bakspejlet, med fordel kunne være valgt, således at man havde været i stand til at forhandle forbeholdet på plads. Med dette faktum for øje, må det således vurderes, at kravet ikke følger The Equal Compensation Principle, da kravet ikke anses som værende vigtigt, men endog vægtes højt af ordregiver, ligesom dette belønnes uforholdsmæssigt højt.

Det er således rimeligt at antage, at tilbudsgiver, i relation til det samlede tilbud, ikke har vurderet kravet som værende af essentiel karakter, om end det også kan være et udtryk for opportunistisk adfærd. Denne mistolkning koster således den vindende tilbudsgiver kontrakten og ordregiver et økonomisk tab på DKK3,9 mio. Tilbudsgiver, har jf. Equal Compensation Principle, formodentlig valgt at tillægge de aktiviteter vægt, som denne antog, at ordregiver ville vægte højest ved tilbudsevalueringen. Dette valg bliver, i nærværende sammenhæng, straffet ved at tilbuddet erklæres ukonditionsmæssigt. Diskussionen, vedrørende cost drivers, bør ligeledes inddrages i denne sammenhæng, da det synes klart, at nærværende krav udgør en uproportional cost driver, som altså medfører et økonomisk tab på DKK3,9 mio.

Ovenstående problemstilling ville således, med stor sandsynlighed, have været undvejet, såfremt man, i Udbudsmaterialet, havde udtrykt kravet mindre inappellabelt, ligesom man, ved ikke at udtrykke kravet som et minimumskrav, ville kunne være gået i forhandling med det formål at afklare forbeholdet, såfremt man havde valgt en fleksibel udbudsform.

Derudover ville de forskellige løsningsforslag, som angivet under ex ante og ex post, være mindre ressourcekrævende at gennemføre, såfremt ordregiver havde anvendt en fleksibel udbudsform, jf. afsnit 3.2.1. Rationalet er herefter, at mulighederne, for at udarbejde efficiente udbudskontrakter, er bedre ved fleksible udbudsformer, på grund af det faktum, at forbehold, og cost drivers, kan afklares, ligesom opportunistisk adfærd reduceres. Dog forudsat at disse tiltag ledsages af en bred – og lempelig kravspecifikation, der, inden for rammer af det tilladte, maksimerer ordregivers skønsbetydning.

- *4.2.2.4 Generaliserbarhed*

Validiteten i det konkrete studie må, som udgangspunkt, betragtes som værende relativ høj. Den indsamlede empiri, herunder Klagenævnets kendelse, Udbudsdokumenterne samt udtalelser fra beslutningstagere, anses, i nærværende sammenhæng, for værende ganske relevant for besvarelsen. Graden af reliabilitet, i studiet, er knap så høj, idet dialogen med repræsentanter fra analyseenheden er mindre omfattende, ligesom der kan sås tvivl om pålideligheden af de pågældende udtalelser. Interviewpersonerne udviser ikke en kritisk eftertænkende tilgang til de opsummerende spørgsmål, hvorfor der kan stilles spørgsmålstejn ved mængden af ordregivers kritiske refleksioner. Generaliserbarheden kunne ligeledes øges ved at foretage flere undersøgelser af lignende sager. Dog vil nærværende problematik ligeledes være forekommende i andre udbud, hvorefter rationalet i analysen er relativt generaliserbar i henhold til lignende sager.

4.3 Delkonklusion

Det konkluderes indledningsvist, at der, på baggrund af henholdsvis økonomisk teori samt juridiske forudsætninger, bør søges brede formuleringer i Udbudsmaterialet, som erstatning for inappellable minimumskrav, idet ordregivers forhandlingsrum herved maksimeres inden for rammerne af det tilladte. Hvor grænsen for sådanne formuleringer trækkes, må dog, indtil der foreligger entydig præcedens fra Klagenævnet, stå hen i det uvisse. Det må tilmed konkluderes, at det er vanskeligt at påpege, i hvilket omfang det praktiske anvendelsesområde for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, henset til ordlyden af gældende ret, vil bestå.

Det må med afsæt i den, under case studiet, indsamlede empiri konkluderes, at teorien, i et vist omfang, er anvendelig i praksis. Ved at lade de udledte slutninger applicere på en konkret problemstilling, kunne der ved anvendelse af ovenstående tiltag være realiseret en kontraktuel værditilvækst, idet forhandling af relevante forbehold og cost drivers, kunne have medført optimale tilstande, ligesom diverse ex ante/ex post problemafhjælpningsmetoder kunne have reduceret mængden af skjult information, således at risikoen for opportunistisk adfærd hos agenten reduceredes. Det konkluderes ydermere, på baggrund af case studiet, at det pågældende krav, isoleret set, har været skyld i et omfattende værdispild, hvorfor ordregiver, i den konkrete sag, burde have, og fremadrettet må overveje, indholdet i kravspecifikationen for at undgå lignende scenarier.

Ordlyden af Udbudsmaterialet, og det heri indeholdte krav, må således konkluderes at være uhensigtsmæssig, set i et samfundsøkonomisk perspektiv. Det konkluderes tilmed, at analyseenhedens hensigter således har været at forebygge opportunistisk adfærd – det konkluderes dog i forlængelse heraf, at dette formål kunne have været forfulgt ved andre metoder, som i højere grad kunne sikre efficient ressourceanvendelse samt optimale incitamentstrukturer. Det konkluderes herefter, at studiets validitet, i medfør af den indsamlede empiri, er ganske høj, medens reliabiliteten, i medfør af analyseenhedens manglende refleksionsevne, er relativt lav, hvorfor målingernes akkurathed må anses for værende begrænsede. Det må formodes, at generaliserbarheden er ganske høj, idet udspurgte praktikere anfører, at netop mængden af krav ofte fører til udbud på mindre favorable vilkår, hvorfor studiets slutninger kan overføres på sammenlignelige udbud. Der må dog tages forbehold for sidstnævnte slutning, idet de, i studiet, adspurgte praktikere, grundet antallet af disse, ikke kan konkluderes at udgøre et repræsentativt udsnit af danske udbudspraktikere.

Slutteligt kan det konkluderes, at nugældende regulering, herunder forhandlingsforbuddet samt relevante principper, i høj grad begrænser mulighederne for udarbejdelse af efficiente udbudskontrakter, medens der, såfremt der tillades lempelig tolkning af udvalgte bestemmelser, eksisterer muligheder for at udnytte dele af det økonomiske potentiale.

Kapitel 5 – Konklusion

Direktiv 2014/24/EU, og den deraf implementerede Udbudslov, begrænser, i samspil med forhandlingsforbuddet samt hensynet til generelle principper om ligebehandling og gennemsigtighed, mulighederne for anvendelse af forhandling og dialog i udbudsprocessen. Valg af udbudsform er dog afgørende for, i hvilket omfang forhandling og dialog i udbudsprocessen tillades, hvorunder de fleksible udbudsformer, herunder udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, efter Udbudsloven, i vid udstrækning tillader forhandling mellem offentlige ordregivere og private tilbudsgivere. Praktiske anvendelsesbegrænsninger har dog resulteret i, at der på trods af ovenstående faktum, alligevel må sås tvivl om den praktiske anvendelighed af disse udbudsformer, samt hvilken økonomisk værdi, som kan udledes ved anvendelse af disse.

Det konkluderes, at ordregivende myndigheder umiddelbart, i forbindelse med ethvert udbud, som ikke involverer anskaffelse af hyldewarer, lovligt kan anvende de fleksible udbudsformer, medens tilstedeværelsen af § 160, med al sandsynlighed, i væsentligt omfang, vil reducere den praktiske anvendelse af disse, indtil der opstår klar præcedens vedrørende fortolkning af de heri indeholdte krav. Dette skyldes, at der på nuværende tidspunkt ikke foreligger et entydigt fortolkningsgrundlag for de, i § 160 indeholdte, krav, således at der for nu må henses til ordlydsfortolkning samt ikke-bindende retsakter, som umiddelbart foranlediger en restriktiv fortolkning – Der synes dog, for at bevare de oprindelige hensigter, som fremgår af Direktivets præambelbetragtninger, en vis fornuft i en lempeligere fortolkning, som dog endnu ikke har fundet vej til hverken praksis eller lovtekst.

Det kan yderligere konkluderes, at anvendelse af fleksible udbudsformer, med afsæt i økonomisk teori, skaber en kontraktuel værditilvækst, som dog på nuværende tidspunkt, i medfør af den sparsomme praksis, ikke kan dokumenteres ved empiriske studier. Analysen præsenterer dog, med afsæt i den økonomiske teori, plausible indikationer vedrørende forventningerne til den følgende udvikling på området. Det konkluderes tilmed, at størrelsen af nytteeffekten, hidrørende fra anvendelse af fleksible udbudsformer, jf. det ordinale måleniveau, på nuværende tidspunkt, udelukkende måles på en relativ skala i henhold til offentligt – og begrænset udbud. Det konkluderes derudover, at anvendelse af fleksible udbudsformer ikke eliminerer udbudsretlige problemstillinger, herunder særligt incitamentsrelaterede udfordringer i P/A sammenhæng, men endog reducerer risikoen for opportunistisk adfærd. Derudover vil transaktionsomkostninger, ved forhandling, være et væsentligt parameter ved vurdering af, hvorvidt valg af udbud med forhandling

eller konkurrencepræget dialog reelt skaber kontraktuel værditilvækst, hvorefter det kan konkluderes, at dette vil være tilfældet, hvor den marginale nytteeffekt overstiger den marginale transaktionsomkostning ved én forhandlingsenhed.

Det kan ligeledes konkluderes, at gældende ret, herunder Direktivet, loven, forhandlingsforbuddet samt relevante principper, i væsentlig grad begrænser mulighederne for udarbejdelse af efficiente udbudskontrakter, medens der, såfremt der tillades lempelig tolkning af udvalgte bestemmelser, eksisterer muligheder for at udnytte dele af det økonomiske potentiale, som udspringer af den hertil knyttede teori. Der kan, for at realisere disse muligheder, med fordel gøres brug af fleksible udbudsformer, samt brede, og mindre omfattende, kravspecifikationer, i Udbudsmaterialet. Sidstnævnte resultat må betragtes som værende bemærkelsesværdigt, idet dette strider imod antagelsen om, at komplette kontrakter reducerer risikoen for uoverensstemmelser undervejs. Denne tendens dokumenteres, idet teorien appliceres på konkrete udbud, hvorunder der føres bevis for, at de konkrete muligheder reelt skaber kontraktuel værditilvækst, idet disse tillader forhandling vedrørende forbehold samt uproportionale cost drivers, som udspringer af parternes respektive nyttefunktioner, ligesom disse, teoretisk set, reducerer inefficente incitamentstrukturer på henholdsvis ex ante – og ex post basis.

Det anføres afsluttende, at resultater og konklusioner, i medfør af tidspunktet for Udbudslovens ikrafttræden, fortsat fremstår hypotetiske. Såfremt teserne ønskes empirisk dokumenteret, må der foreligge konkret praksis, som observeres over tid, eksempelvis, i medfør af et longitudinalstudie, hvorefter det må determineres, i hvilket omfang, den pågældende udvikling kan henføres til de, i analysen, belyste tendenser. Argumentationskæden er således, med afsæt i ovenstående begrundelse, ikke på nuværende tidspunkt sufficient til at drage endegyldige slutninger på den konkrete problemstilling. Ovenstående hænger sammen med det faktum, at studiet er det første af sin art, efter indførelsen af nugældende regulering.

Litteraturfortegnelse

Bøger:

- Andersen, Ib (2004), Guide til problemformulering, forlaget Samfundslitteratur, 1. Udgave.
- Andersen, Ib (2008), Den skinbarlige virkelighed, forlaget Samfundslitteratur, 4. Udgave.
- Andersen, Lennart Lynge og Madsen, Palle Bo (2006), Aftaler og Mellemmand, forlaget Thomsen, 5. Udgave.
- Arrowsmith, Sue og Treumer, Steen (2012), Competitive dialogue in EU-procurement, Cambridge University Press, 1. Udgave.
- Dutta, Prajit K. (1999), Strategies and games, forlaget MIT Press, 1. Udgave.
- Frank, Robert H. (2010), Microeconomics and Behavior, McGraw-Hill, 8. Udgave.
- Gomard, Bernard (1996), Almindelig kontraktsret, forlaget DJØF, 2. Udgave.
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.) (2016), Aktuel Udbudsret II, Kammeradvokaten, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1. Udgave.
- Hansen, Anders Christian (2007), Uden for hovedstrømmen: alternative strømninger i økonomisk teori, Roskilde universitetsforlag, 1. Udgave.
- Hegelund, Signe (2000), Akademisk argumentation, forlaget Samfundslitteratur, 1. Udgave.
- Knudsen, Christian (1997), Økonomisk Metodologi, bind 2, forlaget DJØF, 2. Udgave.
- Milgrom, Paul og Roberts, John (1992), Economics, Organization and Management, Pearson Education, 1. Udgave.
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth (2010), EU-ret, forlaget Karnov Group, 6. Udgave.
- Ross, Alf (1971), Ret og retfærdighed, forlaget Arnold Busk, 3. Udgave.
- Piga, Gustavo og Treumer, Steen (2012), The Applied Law and Economics of Public Procurement, Routledge, 1. Udgave.
- Polinsky, Mitchell (2011), An Introduction to Law and Economics, Wolters Kluwer Law & Business, 4. Udgave.
- Shavell, Steven (2004), Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, 1. Udgave.
- Steinicke, Michael (1999), EU-udbud og forhandling, Nyt juridisk forlag, 1. Udgave.
- Tirole, Jean (1988), The Theory of Industrial Organization, MIT Press.

- Treumer, Steen (2000), Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, forlaget DJØF, 1. Udgave.
- Treumer, Steen (red.) (2016), Udbudsloven, Ex Tuto, 1. Udgave.
- Tvarnøe, Christina og Nielsen, Ruth (2014), Retskilder og retsteorier, forlaget DJØF, 4. Udgave.
- Yin, Robert K. (2003), Case study research – Design and Methods, Sage Publications, 3. Udgave.
- Ølykke, Grith og Nielsen, Ruth (2015), EU-udbudsregler – i dansk kontekst, forlaget DJØF, 1. Udgave.

Videnskabelige artikler:

- Akerlof, George A. (1970), Market for "Lemons": Quality uncertainty and the market mechanism.
- Ashenfelter, Orley, Bloom, David E. Og Dahl, Gordan B. (2013), Lawyers as agents of the devil in a prisoner's dilemma game, Journal of imperical legal studies.
- Baker, George P. (1992), The Journal of Political Economy, Vol. 100, No. 3, Incentive Contracts and Performance Measurements, The University of Chicago Press.
- Bazerman, Max H. (2012), Havard Law School, Program on Negotiation, Management report "BATNA Basics: Boost Your Power at The Bargaining Table."
- Bregn, Kirsten (2007), Principal-agent teori, Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori, Roskilde Universitetsforlag, 1. Udgave.
- Coase, Ronald H. (2010), Journal of Law and Economics, Vol. 3, October 1960, "The Problem of Social Cost", The University of Chicago Press.
- Eisenhardt, Kathleen M. (1989), The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1.
- Hansen, Anders Christian (2007), Hovedstrøm og side strømme, Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori, Roskilde Universitetsforlag, 1. Udgave.
- Holmstrom, Bengt (1979), The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1.
- Holmstrom, Bengt og Milgrom, Paul (1991), Journal of Law, Economic and Organization, Vol. 7, Special issue, Multitask Principal-Agent Analysis: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design, Oxford University Press.
- Koch, Carsten A. (2007), Transaktionsomkostningsteori, Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori, Roskilde Universitetsforlag, 1. Udgave.

- Nash, John (1951), Non-cooperative games, Second Series, Vol. 54, No. 2, Annals of Mathematics.
- Shavell, Steven (1979), The Oxford Journal, The Quarterly Journal of Economics, On moral hazard and insurance.
- Viscusi, Kip W., Harrington, Joseph E. Og Vernon, John M. (2005), Economics of regulation and antitrust, The MIT Press, 4. Udgave.
- Williamson, Oliver (1981), The economics of organization: The transactions cost approach, American journal of Sociology Volume 87, Issue 3.

Artikler og artikelsamlinger:

- Bødtcher-Hansen, Jens og Holm Hansen, Rasmus, Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, Udbudsloven (2016).
- Grembi, Veronica (2014), Advanced game theory and applied econometrics, Department of Law.
- Hartlev, Kristian, Klæsøe-Lund, David og Clausen, Christian (2016), Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, Aktuel Udbudsret II.
- Lando, Henrik (2014), Videregående rets- og kontraktøkonomi, Juridisk institut.
- Petersen, Bent, Lundquist, Bjørn og Østergaard, Kim (2015) Strategisk kontrahering med mellemmand i og uden for EU, Juridisk institut og Institut for Strategi og Globalisering.
- Tvarnøe, Christina D. (2011), Introduktion til juridisk metode, Juridisk institut.
- Tvarnøe, Christina D. og Dyrby, Lise (2015), Kontraktforhandling – strategi og koncipering, Del 1, Juridisk institut.
- Tvarnøe, Christina D. og Dyrby, Lise (2015), Kontraktforhandling – strategi og koncipering, Del 2, Juridisk institut.

Kompendier:

- Kure, Henrik (2014), EU-ret, Forlaget Karnov Group, 5. Udgave.
- Poulsen, Anders og Christensen, Niels Bruhn, Mikroøkonomi, Forlaget Ventus Publishing, 2005.

Regulering:

- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EU.

- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.
- Lov nr. 1564 af 15/12/2015 – Udbudsloven.
- Lovforslag nr. L 19/2015 (forslag til Udbudslov).

Domme:

- Albert Ruckdeschel – Sag C-117/76 og 16/77.
- Arnhem – Sag C-360/96.
- Fabricom – Sag C-21/03 og 34/03.
- Klensch – Sag C-201 og 202/85.
- Lianakis – Sag C-532/06.
- Nordecon – Sag C-561/12.
- Wallonske busser – Sag C-87/94.
- S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson – Sag C-124/76 og 20/77.
- SIAC Construction Ltd – Sag C-19/00.
- Storebælt – Sag C-243/89.
- Telaustria – Sag C-324/98.
- TNS Dimarso NV – Sag C-6/15.
- Unitron – Sag C-275/98.
- Universale-Bau – Sag C-470-99.

Klagenævnet for Udbud:

- Klagenævnskendelse af d. 04. november 2015, J.nr. 2015-12298.
- Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51.
- Uddrag af Klagenævnskendelse af d. 09. februar 2016, J.nr. 2014-0037936.
- Klagenævnskendelse af d. 15. marts 2016, J.nr. 2015-14280.

Ikke-bindende retsakter:

- EFT. L111/114 af 30. april 1994 – Rådets – og Kommissionens Fælleserklæring.
- Ref. Ares (2016) 1298916 – 15/03/2016 – Kommissionen besvarelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160.

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evalueringsmetoder – praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2016.
- Udbudsrådet, Dialog ved udbud – hvad er muligt?, juni 2010.

Konferencer og seminarer:

- Aktuel Udbudsret II, Kammeradvokaten, Det kongelige bibliotek, 25. januar, 2016.
- Udbudsloven, CEVIA, Det juridiske fakultet, Københavns Universitet, 4. marts, 2016.
- Udbudsret – med fokus på den nye udbudslov, Advokaternes HR, IDA Mødecenter, 3. februar, 2016.

Interviews og kontaktpersoner:

- Personligt interview, Emil Anton Schütze – Bygge- og Udbudsjurist – Jura, Udbud og Entreprise, Københavns Kommune af d. 17. marts 2016.
- Skriftligt interview, Vibeke Hedelund Pedersen – Indkøber – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 27. april 2016.
- Skriftligt interview, Gitte E. Frøkjær – Center for byens anvendelse – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 29. april 2016.

Illustrationsoversigt

Figur 1

Faser ved udbud med forhandling – s. 38

Figur 2

Faser ved konkurrencepræget dialog – s. 40

Figur 3

Prisoners dilemma uden forhandling – s. 67

Figur 4

Prisoners dilemma med forhandling – s. 69

Figur 5

Prisoners dilemma med forhandling, ekstensiv form – s. 70

Figur 6

Markedsstrukturer – s. 80

Figur 7

Almindeligt udbud vs. Fleksibelt udbud – s. 84

Figur 8

Agenter's indifferenskurver – s. 85

Figur 9

Kontraktøkonomisk værditilvækst ved forhandling – s. 89

Figur 10

Marginal værditilvækst fratrasket marginal TC – s. 91

Figur 11

Ordregivers beslutningstræ – s. 92

Figur 12

Klassisk Edgeworth box – s. 94

Figur 13

Edgeworth box i Udbud – s. 97

Figur 14

Paretooptimal allokering af usikkerhed – s. 98

Figur 15

Robert K. Yin – Case designs for case studie – s. 106

Bilagsoversigt

Bilag 1

Kursusbevis, Advokaternes HR, ”Udbudsret – med særligt fokus på den nye Udbudslov” – Niclas Oliver Bøgelund Storch.

Bilag 2

Kursusbevis, Advokaternes HR, ”Udbudsret – med særligt fokus på den nye Udbudslov” – Martin Nørland Faber.

Bilag 3

Kursusbevis, Kammeradvokaten, Advokatfirmaet Poul Schmith, ”Aktuel Udbudsret II” – Niclas Oliver Bøgelund Storch.

Bilag 4

Kursusbevis, Kammeradvokaten, Advokatfirmaet Poul Schmith, ”Aktuel Udbudsret II” – Martin Nørland Faber.

Bilag 5

Kursusbevis, CEVIA, ”Udbudsloven” – Martin Nørland Faber.

Bilag 6

Ref. Ares (2016) 1298916 – 15/03/2016 – Kommissionen besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160.

Bilag 7

Klagenævnskendelse af d. 04. november 2015, J.nr. 2015-12298.

Bilag 8

Interview, Emil Anton Schütze – Bygge- og Udbudsjurist – Jura, Udbud og Entreprise, Københavns Kommune af d. 17. marts 2016.

Bilag 9

Klagenævnskendelse af d. 15. marts 2016, J.nr. 2015-14280

Bilag 10

Uddrag af Klagenævnskendelse af d. 09. februar 2016, J.nr. 2014-0037936

Bilag 11

Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51

Bilag 12

Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT) – Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard / Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord.

Bilag 13

Uddrag af kapitel 1 (Arbejdsplads) Tilbuds- og Afregningsgrundlag (TAG) – Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord.

Bilag 14

Skriftligt interview, Gitte E. Frøkjær – Center for byens anvendelse – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 29. april 2016.

Bilag 15

Skriftligt interview, Vibeke Hedelund Pedersen – Indkøber – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 27. april 2016.

Kursusbevis

Niclas Oliver Bøgelund Storch

har deltaget på kurset:

Udbudsret - med særligt fokus på den nye udbudslov

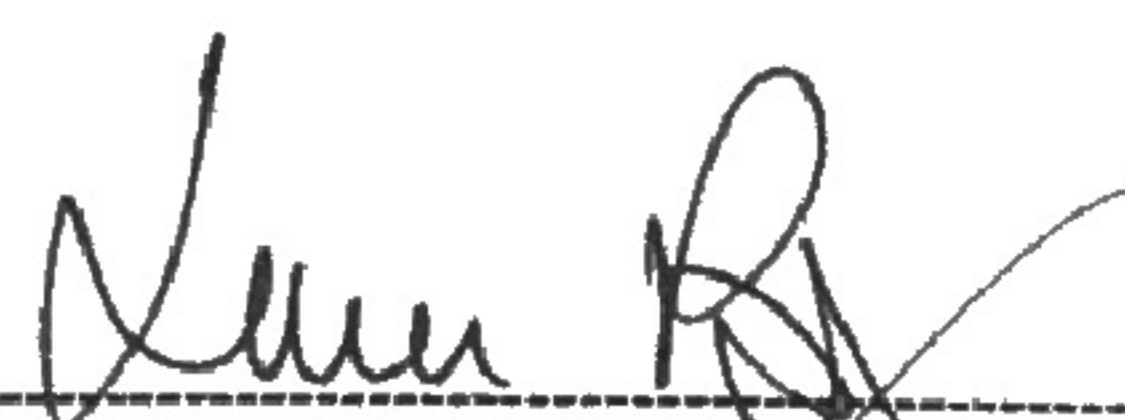
Den 3. februar 2016 kl. 9:30 - 16:30

Antal lektioner

7

Undervisere

Cand. jur. Og rådgiver Martin Stæhr
Bygge og udbudsjurist Emil Schütze



Advokaternes HR

Kursusbevis

Martin Nørland Faber

har deltaget på kurset:

Udbudsret - med særligt fokus på den nye udbudslov

Den 3. februar 2016 kl. 9:30 - 16:30

Antal lektioner

7

Undervisere

Cand. jur. Og rådgiver Martin Stæhr
Bygge og udbudsjurist Emil Schütze



Advokaternes HR

KURSUSBEVIS:

Aktuel Udbudsret II

Med henblik på opfyldelse af kravet i bekendtgørelse nr. 1474 af 12. december 2007 om løbende obligatorisk efteruddannelse for advokater og advokatfuldmægtige, § 3, stk. 1 nr. 4, og under behørig iagttagelse af bekendtgørelsens øvrige betingelser, tjener dette dokument til dokumentation af, at:

Niclas Storch

har deltaget i ovennævnte arrangement afholdt af Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith den 25-01-2016

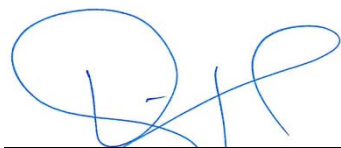
Kurset omhandlede:

Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016, og i den forbindelse har en række advokater hos Kammeradvokaten skrevet bogen "Aktuel udbudsret II".

I anledning af udgivelsen handlede dette seminar om udvalgte, aktuelle emner inden for udbudsretten. Der blev stillet skarpt på en række praktisk relevante juridiske spørgsmål, der aktualiseres ved udbudslovens ikrafttræden. Oplæggene vekslede mellem juridisk gennemgang og praktiske eksempler.

Antal lektioner á 45 min.: 7.11

Underviser: Annemette Thorgaard, Annette Kjærulff, Anni Noes Westergaard, Christian Clausen, David Klæsøe-Lund, Emil Bisgaard, Jens Bødtcher-Hansen, Karsten Hagel-Sørensen, Kristian Hartlev, Malene Roose Bagh, Martin Levi Strøm Nielsen, Mikkel Christopher Hanskov, Morten Kroon, Rebecca Hiorth, Thomas Dithmer, Tom Holsøe, Tomas Ilsøe Andersen.



Diana Lykke
HR-koordinator og grafisk designer

KURSUSBEVIS:

Aktuel Udbudsret II

Med henblik på opfyldelse af kravet i bekendtgørelse nr. 1474 af 12. december 2007 om løbende obligatorisk efteruddannelse for advokater og advokatfuldmægtige, § 3, stk. 1 nr. 4, og under behørig iagttagelse af bekendtgørelsens øvrige betingelser, tjener dette dokument til dokumentation af, at:

Martin Faber

har deltaget i ovennævnte arrangement afholdt af Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith den 25-01-2016

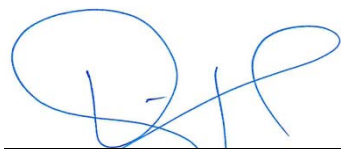
Kurset omhandlede:

Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016, og i den forbindelse har en række advokater hos Kammeradvokaten skrevet bogen "Aktuel udbudsret II".

I anledning af udgivelsen handlede dette seminar om udvalgte, aktuelle emner inden for udbudsretten. Der blev stillet skarpt på en række praktisk relevante juridiske spørgsmål, der aktualiseres ved udbudslovens ikrafttræden. Oplæggene vekslede mellem juridisk gennemgang og praktiske eksempler.

Antal lektioner á 45 min.: 7.11

Underviser: Annemette Thorgaard, Annette Kjærulff, Anni Noes Westergaard, Christian Clausen, David Klæsøe-Lund, Emil Bisgaard, Jens Bødtcher-Hansen, Karsten Hagel-Sørensen, Kristian Hartlev, Malene Roose Bagh, Martin Levi Strøm Nielsen, Mikkel Christopher Hanskov, Morten Kroon, Rebecca Hiorth, Thomas Dithmer, Tom Holsøe, Tomas Ilsøe Andersen.



Diana Lykke
HR-koordinator og grafisk designer

Martin Nørland Faber



Deltagerbevis

4. MARTS 2016

Kære Martin Nørland Faber

CENTER FOR VIRKSOMHEDSANSVAR

Center for Virksomhedsansvar, Det Juridiske Fakultet takker for din deltagelse i vores temadag om *Udbudsloven* fredag den 4. marts 2016, kl. 14.00-17.00. Vedlagte deltagerbevis dokumenterer din deltagelse.

STUDIESTRÆDE 6
1455 KØBENHAVN K

Særligt for advokater og advokatfuldmægtige:

Konferencen opfylder formkravene til obligatorisk efteruddannelse for advokater og advokatfuldmægtige, jf. § 3 i BEK nr. 1474 af 12/12/2007 og nr. 820 af 25/06/2010.

TLF 35 32 26 26
DIR 35 33 24 69

Vær dog opmærksom på, at Advokatsamfundet ikke udsteder godkendelser af påtænkte eller udførte efteruddannelsesaktiviteter - hverken til udbydere, advokater eller advokatfuldmægtige. Det Juridiske Fakultet kan derfor ikke garantere, at en sådan godkendelse vil finde sted ved en eventuel stikprøvekontrol.

Sharon.khan@jur.ku.dk
www.jura.ku.dk

Vi håber, at se dig igen i fremtiden.

Med venlig hilsen

Sharon O'Carroll Khan
Forskningssekretær



EUROPEAN COMMISSION

Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs

Single Market for Public Administrations
Director

Brussels, 15^e 03. 2016

GROW/G3/CR/tt

grow.ddg2.g.3(2016)1390971

Mr Jacob Hald,
Director General Danish
Competition and Consumer
Authority,
Carl Jacobsensvej 35,
2500 Valby
kfst@kfst.dk

Dear Mr. Hald,

Thank you for your note of 2 February 2016¹, transmitted by email of 4 February 2016, in which you pose the question whether the new Public Procurement Directive, Directive 2014/24/EU², imposes that the evaluation method to be used to assess tenders shall be set out in the procurement document or whether the provision in the Danish implementing law³ concerning this obligation goes further than the obligation in the Directive.

Let me first of all apologise for the delay in answering you and let me also point out, for the sake of good order, that only the Court of Justice can deliver authentic interpretation of Union law. The following considerations are thus only an expression of the view of Commission Departments and does not bind the College of Commissioners.

That said, it should be noted that Directive 2014/24/EU does not contain any general provision which specifically mentions the "evaluation method". However, the answer can be deduced on the basis of a series of more general provisions, above all when these are read in connection with long-standing jurisprudence.

First of all, as you mention, the general obligation for contracting authorities set out in Article 18(1) to treat economic operators equally and without discrimination and to act in a transparent and proportionate manner. Another element that is relevant is the definition of "procurement documents" in Article 2(1)(13)⁴: the method used to evaluate the tenders is certainly covered by this definition since the evaluation is a central part of a crucial stage of the procedure, namely deciding which tender presents the best price-quality report. It is recalled that the procurement documents must be made available in accordance with Article 53.

¹ Internal references: Case OK-16/01426-2, ref. /RHN

² Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, OJEU L 94, 28.3.2014, p. 65

³ Article 160(1) of Law n. 1564 of 15.12.2015: "A contracting authority must in the procurement documents mention the criteria for the award, describe the evaluation method and describe what is important when evaluating tenders."

⁴ "...any document produced or referred to by the contracting authority to describe or determine elements of the procurement or the procedure ...".

Concerning award criteria and their evaluation, it should first of all be noted that the first subparagraph of Article 68(2) explicitly obliges contracting authorities to "... indicate in the procurement documents the data to be provided by the tenderers and the method which the contracting authority will use to determine the life-cycle costs ...".

In respect of contracts awarded in the basis of the best price-quality ratio **not** using a life-cycle cost approach, the implications of the general principle of transparency are set out in the third subparagraph of Recital 90: "To ensure compliance with the principle of equal treatment in the award of contracts, contracting authorities should be obliged to create the necessary transparency to enable all tenderers to be reasonably informed of the criteria **and arrangements** which will be applied in the contract award decision. ...". It is furthermore significant that the substantially unchanged⁵ corresponding Recital 46 of Directive 2004/18/EC referred explicitly to the fact that this obligation to ensure transparency was – already then – "established by case-law".

In this context, several judgments are relevant (directly or by analogy). First of all, the Court's judgment in the so-called "Universale-Bau" case⁶ concerning a contracting authority's voluntary use of a "scoring method" for the evaluation of selection criteria. The contracting authority concerned had established this scoring method from the beginning of the procedure and had deposed a copy thereof with a notary, it had announced to the participants that their requests for participation would be "scored" but it had not published the method itself (i.e. made it accessible to the participants). In its reasoning (see points 84 - 100), the Court first reiterates from earlier case-law that "the principle of equal treatment ...implies an obligation of transparency in order to enable verification that it has been complied with"⁷. After a series of other considerations, referring to the selection criteria as well as to the award criteria, the Court concludes, in point 99, that "the interpretation according to which, where ...the contracting authority has laid down ... the rules for the weighting of the selection criteria it intends to use, it is obliged to bring them to the prior knowledge of the candidates, ... is the only one which is apt to guarantee an appropriate level of transparency and, therefore, compliance with the principle of equal treatment in the procedures awarding contracts to which that directive applies."

Exactly the same reasoning and the same result applies to the award criteria, their weighting and the rules (or arrangements) for their weighting. This is also confirmed by the fact that subsequent judgments concerning specifically award criteria and their ponderation contain explicit cross-references to the Universale-Bau judgment⁸.

⁵ We are aware that the wording of Recital 90 was slightly adapted in certain language versions, including Danish, compared to that of Recital 46 – however, it remained unchanged in a number of other languages, including the de facto original English language version.

⁶ Judgment of the Court of 12 December 2002. *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*. Case C-470/99. ECR 2002 I-11617
Point 91

⁷ See e.g. **Case C-448/01**, judgment of the Court of 4 December 2003. *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republik Österreich*. ECR 2003 I-14527; **Case C-331/04**, judgment of the Court of 24 November 2005. *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl and Viaggi di Maio Snc v ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*. ECR 2005 I-10109; **Case C-226/09**, judgment of the Court of 18 November 2010. *European Commission v Ireland*. ECR 2010 I-11807.

In another judgment, Case C-19/00⁹, the Court explains, in points 42 to 44, that " the award criteria must be formulated ... in such a way as to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way." They must furthermore be interpreted in the same way throughout the whole procedure and be applied objectively and uniformly to all tenderers. These consequences of the principle of equal treatment should be read in the light of the above-mentioned requirements for sufficient transparency to allow for verification of observance of the principle and its concrete corollaries.

In our view, it follows that the obligation to publish (i.e. render accessible as part of the procurement documents) applies to "all the details pertaining to the evaluation methodology ..., including specification of the formula for converting price to points or vice versa, points that can be used in and other means to identify" the best price-quality ratio (formerly the most economically advantageous tender).

Yours sincerely,



Joaquim Nunes de Almeida

Contact:

Claudio ROMANINI, Telephone: +32 229-6 23 60,
Claudio.Romanini@ec.europa.eu

⁹ Judgment of the Court of 18 October 2001. SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo. ECR 2001 I-07725. Some of the judgments mentioned under footnote 7 also cross-refer to the SIAC-case.

Klagenævnet for Udbud
(Nikolaj Aarø-Hansen)

J.nr.: 2015-12298
4. november 2015

NB: Klagen er trukket tilbage efter afsigelsen af denne delkendelse

K E N D E L S E

Q-Free ASA
(advokaterne Peter Stig Jacobsen og Christian Nielsen, København)

mod

Øresundsbro Konsortiet
(advokat Gitte Holtsø, København)

Klagenævnet har den 6. oktober 2015 modtaget en klage fra Q-Free ASA.

Q-Free ASA har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Øresundsbro Konsortiet har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-6, supplerende klageskrift, svarskrift med bilag A-G og replik med bilag 7.

Klagens indhold:

Det supplerende klageskrift indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med udbudsdirek-

tivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel for underkriteriet pris ("Price"), der var uegnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med udbudsdirektivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel for de kvalitative kriterier ("Operation", "Product" og "Delivery"), hvorefter tilbuddene blev tildelt point med udgangspunkt i en "middelscore", med den konsekvens, at de var uforholdsmæssigt tilbøjelige til at opnå en score midt på skalaen, hvorefter den i udbudsbetingelserne angivne vægtning af kriterierne blev misvisende.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at tildele Q-Free ASA en score på de kvalitative kriterier ("Operation", "Product" og "Delivery"), der ikke tog tilstrækkelig højde for indholdet af Q-Free ASA's tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved ikke i forbindelse med meddelelsen om udfaldet af udbudsprocessen at give Q-Free ASA oplysning om den vindende tilbudsgivers tilbudspris.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1, ved i underretningsbrevet til tilbudsgiverne at oplyse

en forkert klagefrist og/eller ved ikke at angive udløbet af standstill-perioden.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at anvende de relevante rubrikker i udbudsbekendtgørelsen og/eller ved i udbudsbekendtgørelsen at angive indbyrdes modstridende oplysninger.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med udbudsdirektivets artikel 48, ved at foretage en subjektiv evaluering af tilbudsgivernes egnethed, selvom der var fastsat mindstekrav herfor.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at anvende et forskelligt lovgrundlag for den indgåede kontrakt, afhængigt af tilbudsgivernes oprindelsesland.

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal annullere Øresundsbro Konsortiets tildelingsbeslutning af 24. september 2015.

Øresundsbro Konsortiet har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Øresundsbro Konsortiet iværksatte den 15. april 2015 ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 076-133462 et offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse

af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) om en kontrakt om et system til blandt andet klassificering og identificering af biler på betalingsveje og et betalingsstationssystem. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Udbudsbekendtgørelsens afsnit I (”section”) om ”Contracting authority” var udfyldt med alle underpunkter. Endvidere var størstedelen af udbudsbekendtgørelsens underpunkter i afsnit II om ”Object of the contract” udfyldt frem til og med pkt. II.1.6 samt pkt. II.1.8. Pkt. II.1.5 ”Short description of the contract or purchase” fyldte næsten 2 hele A4-sider. I samme afsnit var det herefter alene pkt. II.3 om ”Duration of the contact or time limit for completion”, der var udfyldt. Ingen af underpunkterne i afsnit III om ”Legal, economic, financial and technical information” var udfyldt.

Den udbudte ydelse var i udbudsbetingelsernes pkt. II.1.5 blandt andet beskrevet således:

”A system that classifies and identifies vehicles, and retrieves payment. Toll station system, including facility/systems for length classification, identification of OBE and vehicle registration numbers, validation of payment means with the buyers Point of Sale (POS) / Enterprise Resource Planning (ERP) system and control of equipment and traffic flows in the toll station. The Delivery is a functionality undertaking of a fully-functional facility part that controls and coordinates flows and processes in the toll station and its subsequent operation, maintenance and development. The performance is planned and executed while the Buyers operation is fully operational.”

Af samme punkt i udbudsbekendtgørelsen fremgik endvidere:

”...
Tenders are submitted in English, Swedish, Danish or Norwegian in combination of these languages.
Evaluation of tenders – Economically most advantageous.
...”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.3.6 om ”[I]language(s) in which tenders or requests to participate may be drawn up” fremgik:

”Danish. English. Swedish.”

Af udbudsbetingelserne fremgik blandt andet:

”1.1.5 What is being sought

The Buyer is seeking a party to solve the Buyer’s needs in the specified area, which encompasses a sizeable object and extensive content.

The Buyer is calling for partnership to solve the Buyer’s needs in vehicle classification and identification system for toll roads, which spans a large variety of technologies and a long time period.

...

1.1.9 What is being offered

The Agreement will afford the Seller a number of advantages such as:

- An infrastructure link that spans two countries with different regulatory frameworks and an exciting workplace whose challenges include the management of skills for it. This experience can also give the Seller competitive advantages for other assignments.
- ...
- Being a Seller to the Buyer normally carries with it a good reputation in the market.
- ...

...

1.2.12 Qualification of tenderers

Before the evaluation, the company is scrutinised to check whether or not it is qualified to take part in the evaluation. The Buyer examines the formal details, financial and economic status, technical ability, capacity and references. The Buyer will also examine the Material so that it does not materially deviate from the instructions or significantly exceed the proposed budget frameworks.

1.2.13 Evaluation of tenders - Economically most advantageous

When evaluating the tenders, the tender which is the most economically advantageous will be accepted. When assessing which tender is the most advantageous, account will be taken of the various questions that are linked to the object for the Agreement (see Weighting report). Economically most advantageous therefore does not refer to the lowest price where the price is the only criteria being evaluated.

The weighting criteria for each part and also between the parts are stated in the appended weighting reports.

The evaluation areas for valuation are:

35 Price

30 Operation - Call off 2

20 Product - Call off 1

15 Delivery - Call off 1

1.2.14 Evaluation model and evaluation questions

The scale below is the one commonly used by the Buyer in its valuation.

100 (10) - Excellent

90 (9) - Very much better than expected

80 (8) - Much better than expected

70 (7) - Better than expected

60 (6) - Slightly better than expected

50 (5) - As expected

40 (4) - Slightly worse than expected

30 (3) - Worse than expected

20 (2) - Much worse than expected

10 (1) - Very much worse than expected (quality shortcomings)

0 - No response

The evaluation questions and their weighting are specified in the appended Weighting report.

The Buyer's evaluation of the Companies' responses to the evaluation questions is based on expected level, added points and subtracted points. The expected level is equivalent to 50 points and constitutes what the Buyer expects. In the valuation, the Buyer starts with the expected level and adds or subtracts points in accordance with what the Buyer deems to be added or subtracted value. The total score increases with each added value that is met and decreases for each part of the response that corresponds to a subtracted value. Added and subtracted points are added together after every question and they are not prioritised in relation to each other.

No response to a question always results in zero (0) points in the valuation. It should be noted that a given response is not necessarily awarded points; a provided response can also be assessed to have zero (0) points.

If there is a minimum requirement, it will be presented.

In addition to the above-mentioned, tenders are also evaluated in relation to the tender request documentation. No relative assessments are made between tenders, each tender is always evaluated individually

against the request documentation. The score that a certain tender receives is therefore arrived at completely independently of the other incoming tenders.

...

2.10.2 Applicable law

Danish law applies for companies domiciled in Denmark, with the exception for the rules governing choice of law. For other companies, Swedish law applies, with the exception for the rules governing choice of law."

Vedrørende evalueringen af tilbuddene med hensyn til underkriteriet "pris" fremgik endvidere af udbudsbetingelsernes punkt 2.2.2, at tilbuddene ville blive evaluret på en lineær skala mellem punkterne 28 mio. kr. og 38 mio. kr.

Af punkt 1.3.6 om referencer fremgik, at det var et mindstekrav at tilbudsgiverne oplyste, at de havde haft "at least two (2) previous assignments of similar nature".

Af den omtalte "Weighting report" fremgik blandt andet, at "Pris" ville veje 35 %, hvoraf "Evaluation value" vægtede med 31,00 %, mens "Payment plan call-off 1" vægtede med 4 %. Endvidere var det her gentaget, at evalueringen af prisen i relation til "Evaluation value" ville ske på en lineær skala mellem 28 mio. kr. og 38 mio. kr.

Øresundsbro Konsortiet havde ved tilbudsfristens udløb den 18. juni 2015 modtaget fire tilbud, fra:

- Q-Free ASA (klageren)
- Kapsch TrafficCom AB
- G.E.A.
- Tecsidel

Q-Free ASA's tilbud lød på 25.945.410 kr., og det var således lidt mere end 2 mio. kr. billigere end den pris på 28 mio. kr., som Øresundsbro Konsortiet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2.2 havde fastsat ville give det højest opnåelige antal point ved evalueringen.

Den 23. september 2015 meddelte Øresundsbro Konsortiet, at det havde besluttet at tildele ordren til Kapsch TrafficCom AB. Af brevet fremgik endvidere:

” ...

...The so-called standstill period, during which time the contract not be concluded, expires 10 calendar days from the day after the date on which Buyer has sent notification of the award decision.

Limit for lodging appeals is 06/10/2015.

...

3.3.2 General overarching description of characterization of tenders received

...

All evaluated tenderers have submitted tenders indicating companies of high competence, extensive experience, good knowledge of the contract, which gave each tenderer an overall result that exceeded the Buyer's expectations.

...”

Af brevet fremgik blandt andet følgende fordeling af de samlede point:

1.	Kapasch TrafficCom AB	75,79
2.	Q-Free ASA	72,54
3.	Tecsidel	60,47
4.	G.E.A.	57,81

Q-Free ASA opnåede maksimumpoint på den del af priskriteriet, der udgjorde tilbudssummen (”Evaluation value”), dvs. 31 point ud af de 35 point, der var til rådighed for priskriteriet, svarende til 31 % i den samlede evaluering, mens den vindende tilbudsgiver fik 30,86 point under dette kriterium. Meddelelsen indeholdt ikke oplysning om den vindende tilbudsgivers pris.

Den 1. oktober 2015 besvarede Øresundsbro Konsortiet en henvendelse fra Q-Free ASA vedrørende grundlaget for tildelingsbeslutningen. Af de fremsendte spørgsmål fremgik indledningsvis:

”The price is weighed in total 35 %, of which the evaluation value is 31 % and payment plan 4 %. Q-Free is, according to your letter of decision, lowest in price, and weighted with 31 points which is full score for the evaluation value. However, the weighing report attached to the tender document operated with a linear scale of DKK 38.000 000,00 – 28 000 000,00.

Q-Frees price is lower than the linear scale and since Q-Frees price is weighted to 31 points it raises some questions as to how the weighting of the price is done.”

Herefter fremgik følgende svar til de anførte spørgsmål:

Spørgsmål	Svar
”(i) Will any price of DKK 28 000 000,00 and less always be awarded 31 points, meaning there is no credit for offering a lower price than the linear scale? ”	”Correct. ...”
”(ii) Please advice as to how the linear scale for the price is applied with reference to Q-Frees evaluation value and other tenderers evaluation value, especially Kapsch evaluation value.”	”Q-Free’s specified price is outside the range and therefore evaluated in line with the minimum interval lower limit in accordance with the evaluation model, which means that Q-Free has received maximum points for price ... Other tenderers received points after the price relative to the linear scale interval. ... Regarding Kapsch TrafficCom’s points in relation to the Q-Free’s it differs 0.14 weighted points equivalent to 0.14 divided by 31, which gives approximately 0.45%. This corresponds in linear scale range to about 45.000DKK.”
”(iii) Further, we request that the evaluation value of Kapsch to be disclosed in order to make the tender decision and award transparent for all tenderers”	”Based on the response to question (ii) above and the information within the decision regarding tendering we hope you find the response to this question.”

Parternes anbringender vedrørende klagens påstand 1

Ad påstand 1

Q-Free ASA har navnlig anført, at den evalueringsmodel, som Øresundsbro Konsortiet anvendte, ikke var egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, idet den ikke kunne tage tilstrækkelig højde for, at tilbuddet fra Q-Free ASA var mere end 2 mio. kr. billigere end tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver. Evalueringen har dermed resulteret i, at den fastsatte vægtning af underkriterierne er blevet tilsidesat. Modellen med en spredning fra 28 mio. kr. til 38 mio. kr. var i øvrigt også uegnet til at bedømme de indkomne tilbud, når der henses til, at disse lå meget tæt mellem 25.945.410 kr. og 29.283.876 kr. Det er i den forbindelse uden betydning, om konsortiet, som følge af at evalueringsmodellen var fastsat i udbudsbetingelserne, ville være afskåret fra at anvende en anden evalueringsmodel, idet dette i stedet burde føre til udbuddets annullation og genudbud af opgaven med en anden evalueringsmodel.

Øresundsbro Konsortiet har navnlig anført, at konsortiet hverken har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og at det heller ikke har overtrådt bestemmelsen i direktivets artikel 53. Det var i udbudsbetingelserne udtrykkeligt fastsat, at tilbuddene i relation til underkriteriet ”pris” ville blive evalueret på en lineær skala mellem yderpunkterne 28 mio. kr. og 38 mio. kr., og konsortiet var derfor forpligtet til at anvende denne model, uanset om der måtte indkomme tilbud med en højere eller lavere tilbudssum end de angivne punkter. Øresundsbro Konsortiet har ikke overskredet grænserne for det vide skøn, som en ordregiver har ved fastlæggelsen af sin evalueringsmodel, hvorved der både kan lægges vægt på den prisspredning, der på forhånd kan forventes, og på den faktiske prisspredning, og konsortiets model er udarbejdet under medvirken af en sagkyndig med mere end 20 års erfaring i elektroniske bompengesystemer.

Parternes synspunkter vedrørende de øvrige betingelser for at tillægge klagen opsættende virkning

Q-Free ASA har vedrørende betingelsen om ”uopsættelighed” navnlig anført, at selskabet ikke vil kunne blive stillet, som hvis overtrædelsen ikke var sket, medmindre klagen tillægges opsættende virkning. Det forhold, at evalueringsmodellen tilsidesættes, medfører nemlig ikke, at selskabet ville have fået kontrakten, eller at Øresundsbro Konsortiet forpligtes til at opsiges den indgåede aftale. Der er tale om en særdeles betydningsfuld aftale, både for så vidt angår dens direkte økonomiske værdi, og værdien som reference

i fremtidige udbud. Tabet af kontrakten vil dermed ikke være kvantificerbart, men under alle omstændigheder meget betydeligt. En *interesseafvejning* kan ikke føre til et andet resultat, da det ikke fremgår af udbudsmaterialet, at den udbudte kontrakt skulle opfylde et aktuelt og presserende behov hos Øresundsbro Konsortiet, og hensynet til Q-Free ASA vejer derfor tungere end hensynet til Øresundsbro Konsortiets interesse i at underskrive kontrakten.

Øresundsbro Konsortiet har anført, at betingelsen om ”uopsættelighed” ikke er opfyldt. For så vidt angår påstandene 1, 2, 6, 7 og 8 følger dette allerede af, at Q-Free ASA har været bekendt med forholdene, fra kontrakten blev udbudt. Hvis Q-Free ASA får medhold i en eller flere af påstandene, vil der være mulighed for at søge erstatning, og tabet er således ikke uopretteligt. Betingelsen er derfor ikke opfyldt. En *interesseafvejning* taler heller ikke for at tillægge klagen opsættende virkning, idet de fleste påstande angår forhold, der fremgik allerede af udbudsbetingelserne.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (”*fumus boni juris*”). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge uopsættelighed. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På den baggrund vurderer klagenævnet sagen således:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

Hvis en ordregiver ønsker at foretage en evaluering ved anvendelse af en bestemt evalueringsmodel, skal ordregiveren i hvert enkelt tilfælde sikre sig, at den påtænkte model konkret er egnet til at bidrage til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Det gælder også, selv om ordregiveren – som i denne sag – måtte have fastsat den konkrete evalueringsmodel i udbudsbetingelserne, således at denne også var kendt af tilbudsgiverne på tidspunktet for afgivelsen af tilbud.

Den model, som Øresundsbro Konsortiet fastsatte i udbudsbetingelserne, indebar, at tilbudte priser under det fastsatte prisspænd fra 28 mio. kr. til 38 mio. kr. ville få maksimum point, uanset hvor meget lavere end 28 mio. kr. de var. Baggrunden herfor var, at Øresundsbro Konsortiet forventede, at tilbuddene ville ligge i det anførte interval, og det var ikke i udbudsbetingelserne fastsat, at der for så vidt angår tilbud på under 28 mio. kr. skulle være tale om en form for omvendt licitation.

Tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver blev i overensstemmelse med den anførte model tildelt stort set lige så mange point som Q-Free ASA's tilbud, selv om prisforskellen mellem tilbuddene var på mere end 2 mio. kr. og dermed mere end 20 procent af det på forhånd fastsatte interval. Da modellen således ikke har været i stand til at afspejle en betydelig forskel i prisen på de to tilbud, har den ikke været egnet til at bidrage til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

På det foreløbigt foreliggende grundlag er der herefter udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Det forhold, at evalueringsmodellen var fastsat i udbudsbetingelserne, og at Øresundsbro Konsortiet på det foreløbigt foreliggende grundlag derfor ikke ville have været berettiget til at anvende en anden evalueringsmodel i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, og således var afskåret fra at træffe en lovlig tildelingsbeslutning på grundlag af det iværksatte udbud, kan under de ovenfor anførte omstændigheder ikke føre til et andet resultat.

Betingelsen om ”*fumus boni juris*” er således opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed)

Klagen angår – i modsætning til det, som Øresundsbro Konsortiet har anført – ikke udbudsbetingelserne. Den overtrædelse, påstanden efter sin ordlyd angår, er konsortiets faktiske anvendelse af evalueringsmodellen, hvilket først kunne konstateres ved konsortiets meddelelse af tildelingsbeslutningen. Q-Free ASA havde således ikke på et tidligere tidspunkt anledning til at indgive klage til klagenævnet. Det forhold, at klagen først er fremkommet efter, at resultatet af udbuddet blev kendt, kan derfor ikke i sig selv føre til, at det er udelukket, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Q-Free ASA's interesse i sagen vil på det foreliggende grundlag og efter det, der er anført vedrørende betingelse nr. 1, ikke kunne godtgøres med erstatning, såfremt Øresundsbro Konsortiet indgår kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at der hverken vil være mulighed for at opnå erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse. Herefter og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, findes det tilstrækkeligt godtgjort, at Q-Free ASA vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 2 er således også opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interesseafvejning)

Efter en samlet vurdering af parternes interesser, således som de er oplyst for klagenævnet, finder nævnet, at også denne betingelse er opfyldt.

Da betingelse nr. 1, 2 og 3 er opfyldt, er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at Øresundsbro Konsortiet ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig

Interview

Emil Schütze – Bygge- og udbudsjurist – Jura, udbud og entreprise, Københavns kommune

- **Hvor mange udbud gennemfører Københavns Kommune som udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kontra offentligt og begrænset udbud?**

Altså, Jeg tror sådan rundt regnet når vi snakker EU-udbud, så er det omkring 5% udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Sådan har det været inden de nye udbudsregler blev sat i gang. Her efter de nye udbudsregler er kommet, vil det være mere 50/50. Tidligere når vi har kørt udbud med forhandling, har det været efter den her bestemmelse i udbudsdirektivets art. 31, stk. 1, litra a, hvorefter man kan gå over til udbud med forhandling, hvis man ikke får nogle antagelige tilbud. Den samme bestemmelse kan vi se i udbudsloven. Så det har primært været det, at man er gået over til udbud med forhandling og så har det i praksis ikke været udbud med forhandling, men et udbud hvor forhandlingen bliver brugt til at rette op på fejl og mangler i tilbuddene. Konkurrencepræget dialog har vi lavet en enkelt gang på en meget særpræget belysningsentreprise, hvor entreprenøren skulle gå ind og påtage sig en økonomisk besparelse på en 20 årig periode i forhold til den besparelse vi ville opnå ved at man udskiftede hele belysningen. Det var så særlig en kontrakt, at vi følte at man kunne lave det som en konkurrencepræget dialog, da de økonomiske og juridiske forhold var svære at fastlægge for os som ordregiver. Men normalt med de normale udbud vi laver, som relaterer sig til sædvanlige bygge/anlægsprojekter, har vi ikke følt at vi har været berettiget til at bruge udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog efter de gamle regler, med mindre vi var i den særlige situation, hvor vi ikke fik nogle antagelige tilbud. Så det har givet en kæmpe forøgelse i antallet af udbud der går efter udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, at vi har fået de nye regler. Der er så den krølle på det, at mange af vores udbud også har været gennemført efter tilbudslovens afsnit 1 hvor man kan købe bygge/anlægsopgaver op til 38/39 mio., som udgør en forholdsvis stor del af vores portefølje. Det er som om at der har været en kultur i udbudsverden, der gjorde at man ikke kørte forhandling. Det her forhandlingsforbud, som alle kender til når de arbejder med udbudsret, det er slået igennem hele vejen også nede i de udbud der går efter tilbudsloven hvor man jo faktisk ikke har noget forhandlingsforbud. Så kulturen for offentlige indkøbere har ikke været en kultur med en forhandlingspræget indkøbsstil. Heller ikke når der har været mulighed for det.

- **Nu siger du at i efter de nye regler vil anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog i 50% af indkøbene. Er det så i medfør af direktivets art. 26, stk. 4, litra b, hvor man overgår til udbud med forhandling, eller vil de 50% bestå af situationer hvor man fra begyndelsen vælger udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog?**

Det vil være hvor man fra starten vælger denne udbudsform. Det vil det helt klart. Vi føler at de kontrakttyper vi normalt har, falder ind under de muligheder der er for at bruge udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, næsten i alle tilfælde.

- **Det er vel også netop det, som præambelbetragtningerne lægger op til - at de fleksible udbudsformer bør kunne anvendes i alle tilfælde, som ikke omfatter hyldevarer?**

Ja, lige præcis.

- **Vil implementeringen af den nye lov overordnet betyde at flere udbud vil blive gennemført som udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog end tidligere?**

Det vil det helt klart. Noget af det vi kigger meget på med de nye muligheder, det er transaktionsomkostningerne når vi gennemfører udbud. Det er det jeg ser som barrieren for at bruge udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Omvendt så er der en kæmpe gevinst i at vi med de her mere fleksible udbudsformer kan håndtere forbehold, fejl og mangler i tilbuddene i højere grad end vi kan ved begrænset eller offentligt udbud, og så har vi jo muligheden for at tildele direkte på baggrund af det indledende tilbud, hvilket vi vil forbeholde ret til i alle udbud. Så man kan stille sig selv spørgsmålet om man ikke burde bruge udbud med forhandling, også selvom man ikke havde påtænkt at forhandle, bare som følge af, at man kan bruge det til at få afklaret eventuelle uklarheder, eller forbehold i tilbuddene, hvis det skulle vise sig nødvendigt. Og så ellers i øvrigt bare tildele direkte på baggrund af det indledende tilbud.

- **Hvilken af de to nævnte udbudsformer er i din optik mest anvendelig i praksis?**

Jeg tror at vi kommer til bruge udbud med forhandling som den primære fleksible udbudsform mere end konkurrencepræget dialog, også selvom betingelserne for at bruge dem er ens nu, så er der nogle forskellige i forhold til hvordan man forhandler og også i forhold til hvordan man shortlister undervejs. Konkurrencepræget dialog signaler ligesom en mere overordnet udbudsproces hvor ordregiver måske bare har nogle overordnede funktionskrav, som man ønsker at gå i dialog med tilbudsgiver omkring. Vores udbud er mere detaljeret beskrevet - vores krav, vores ønsker og så videre er fastlagt, men vi ønsker at kunne gå i forhandling enten omkring specifikt indhold i tilbuddet eller i forhold til fejl og mangler. Så det vil helt klart være udbud med forhandling som vil være vores udbudsform, når vi ikke laver offentligt eller begrænset udbud. Medmindre vi har de helt særlige typer af udbud hvor vi ikke rigtig selv kender vores krav til økonomi og juridiske forhold.

- **Det er altså udelukkende i specifikke ekstraordinære situationer i vil gøre brug af konkurrencepræget dialog?**

Ja altså, konkurrencepræget dialog. Det vil mere være typer af udbud hvor vi egentlig også kunne have brugt det tidligere. F.eks. OPP kontrakter osv. hvor udbud med forhandling er noget man kan tage som et alternativ til at lave begrænset eller offentligt udbud.

- **Hvilken betydning har implementeringen af art. 26, stk. 4, for den måde hvorpå Københavns Kommune fremadrettet vil gennemføre udbud, og i hvilke tilfælde vil det fremadrettet være oplagt at anvende en fleksibel udbudsform?**

Mange af de udbud vi laver, det er udbud af mere komplekse tjenesteydelser eller bygge/anlægskontrakter, men vi laver også udbud hvor vi skal indkøbe byggematerialer osv., hvor det egentlig bare handler om at følge nogle krav, og dem som kan gøre det billigst og hurtigst osv., tildeles kontrakten. I de tilfælde vil vi nok bruge de sædvanlige udbudsformer. Vi er lige nu i gang med at lave et udbud på en tjenesteydelse, som faktisk er en kompleks tjenesteydelse, men hvor værdien ligger på omkring 2,5 mio., og der har vi faktisk valgt at køre begrænset udbud, i stedet for udbud med forhandling fordi vi ikke vil lægge op til en meget ressourcekrævende udbudsproces, når nu omfanget af opgaven ikke er større end det er. Så der er også det med de her transaktionsomkostninger som er med i vores vurdering af hvilken udbudsproces vi gerne vil føre, selvom vi har måske bredere muligheder for at vælge en mere fleksibel udbudsform.

- **Hænger det sammen med at det behov som i nu engang har for forhandling og dialog undervejs, skal være stort nok til at oppebære de transaktionsomkostninger som forhandling eller dialog måtte indebære?**

Ja det synes jeg, og som jeg nævnte tidligere, så har vi jo mulighed for at tildele på baggrund af indledende tilbud, men der er også noget signalværdi i det for tilbudsgivere i forhold til om de overhovedet ønsker at deltage i processen når man kører udbud med forhandling, og specielt på tjenesteydelsesområdet. I de tilfælde vil de bagvedliggende foreninger på området, altså danske arkitekter og ingeniørforeningen osv. påberåbe overfor ordregivere, at transaktionsomkostningerne er større end selve kontrakten. Så der er også nogle som vælger udbuddet fra, når de ser en udbudsproces der vil være meget omkostningstung for deltagerne. Så derfor vælger vi også at signalere at det ikke er ønsket, at det skal være en meget omkostningstung udbudsproces, fordi vi godt er klar over at kontraktens værdi kan være begrænset.

- **Hvilke kriterier skal i din optik være til stede for at det giver mening at gennemføre et udbud via udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog?**

Jamen altså, indledningsvist da jeg læste loven troede jeg, at det ville afhænge meget af kompleksiteten i kontrakten. Altså at der skulle være tale om et behov som vi ikke kunne stille i forvejen. Men jo mere vi begynder at snakke om det og kigge på praksis, så er det meget det her med den økonomiske værdi i kontrakten, som ligesom skal kunne modsvare en mere ressourcekrævende proces, og den implementering der har været af art. 26, herunder de lovbemærkninger der er til § 61 lægger op til at vi næsten kan bruge det her i alle tilfælde, som vi også lige talte om. Så vi er ikke så bekymrede for om vi har en egnet kontrakt til at kunne gå i forhandling – vi er mere bekymrede for at det ikke er efficient samlet set, fordi man bruger mange ressourcer, eller lægger op til en proces der kan være meget ressourcekrævende. Vi ved, at vores tilbudsgivere i det opadgående marked vil være selektive, i forhold til hvilke udbudsprocesser de ønsker at deltage i. Så det er noget af det vi kigger meget på. Omvendt så er vi glade for den her adgang til at kunne lave direkte tildeling, og dermed tildele direkte på

baggrund af det indledende tilbud, som vi fokuserer meget på i vores udbudsmateriale. Fordi der nu er den her mulighed, kan tilbudsgivere sørge for fra start at give os det bedste tilbud, fordi udbud med forhandling muligvis alene kan være med henblik på at få forhandlet forbehold på plads, eller få afklaret fejl og mangler i tilbuddene.

- **Skaber det i din optik uigennemsigthed for tilbudsgivere at man ikke på forhånd ved, om kontrakten bliver tildelt på baggrund af indledende tilbud, hvis ordregiver blot reserverer retten til at tildele på baggrund af indledende tilbud?**

Det er helt klart en risiko man som tilbudsgiver skal være opmærksom på, og jeg opfordrer også til at man som tilbudsgiver er opmærksom på hvorvidt ordregiver har forbeholdt sig retten til at tildele på baggrund af indledende tilbud. Jeg tror, og der synes jeg implementeringen i den danske udbudslov har en svaghed, at hvis ordregiver skal forhandle med 3-5 og typisk 5 tilbudsgivere, fordi der er en lille forskel mellem det bedste og det næstbedste tilbud, så vælger man forhandlingen fra, for at spare ressourcer. Der er et tidsmæssigt aspekt i det her, som man også skal overveje, som kan gøre at man går væk fra at lave en fleksibel udbudsproces, selvom man måske kunne skabe en positiv økonomisk effekt, fordi man ikke har tid eller ressourcer til det. Særligt her indledningsvist hvor det stadig er et nyt og uklart område vi skal gå igennem, og der synes jeg at det er en svaghed, det her med at man ikke, som man f.eks. kan efter tilbudsloven, kan starte med at lave en shortlisting på baggrund af det indledende tilbud. Dermed ville man kunne gå videre med de 2 eller 3 bedste tilbud, hvor der reelt er konkurrence. Forestil dig en situation, hvor man skal gå forhandling med 3 tilbudsgivere, som aldrig ville have en chance for at få tildelt kontrakten. Det kan så måske betyde at vi fra start vil prækvalificere færre end de sædvanlige 5. Man kan gå helt ned og prækvalificere 3. Vi er bekymret for det, fordi der kan være nogle som hopper fra under vejs, og så er der pludselig kun 1 eller 2 tilbud tilbage. Det kan skabe tvivl om hvorvidt der reelt har været konkurrence om kontrakten. Derudover kan man komme til at afskære den tilbudsgiver, som efter nogle forhandlingsrunder ville have fremkommet med det bedste tilbud. Det er min egen opfattelse, at når vi snakker udbud efter tilbudsloven, hvor vi kan lave den begrænsning i hvem vi forhandler med, der må vi kun forhandle med op til 3, når vi kører efter det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og den bedste når vi kører efter laveste pris. Der er det lidt et skisma at man efter den nye udbudslov har vendt reglerne om, således at man indledningsvist skal forhandle med alle. Det følger helt klart af gennemsigtheden at man har valgt at prioritere det, men jeg ved blandt andet igennem en jurist fra FRI, altså ingeniørernes fagforening, som har siddet med i udbudslovsudvalget, at det kom helt bag på hende, at lovbemærkningerne og vejledninger lægger op til at man skal forhandle med alle, for det ønsker hun heller ikke for sine medlemmer pga. det her med transaktionsomkostninger. Så det bliver et skisma som findes i tilbudsloven. Lovbemærkninger lægger dermed op til en meget ressourcekrævende forhandlingsproces. Der er også den her § 5 omkring skriftlighed, hvor der heldigvis kom en ændring, men hvor man lægger meget vægt på kravene til skriftligheden og proceduren når man går i dialog med tilbudsgivere. De kan være meget tunge for ordregivere, og typisk vil ordregiver også have behov for at have sin tekniske rådgiver eller nogle andre teknikere involveret i de her forhandlingsprocesser, så man kan få afklaret specifikke løsninger som man har forhandlet sig frem til. Herunder om de også er anvendelige samlet set i processen. Det gælder både bygge/anlæg og særligt IT kontrakter. Hvis du skruer på et lille parameter, så har det konsekvenser hele vejen igennem det samlede projekt, og der er nogle som skal sidde med det fulde overblik over hvordan og hvorledes konsekvenserne af det man har forhandlet sig frem til ser ud. Det kan være man har fundet en bedre løsning på et element, men hvilken

betydning har det for andre elementer. Så der bliver også noget omkring risiko og ansvar. Vi gerne vil sikre os, at der hele tiden er placeret et ansvar hos dem som i vores termer har projekteret projekterne, således at de har ansvaret for det samlede design dvs. det forslag som en entreprenør f.eks. kan komme med i forhandlingsrunderne omkring optimering af et givent element i udbudsmaterialet. Der må vi have vores tekniske rådgivere til at gennemregne og gennemtjekke det, i forhold til det samlede projekt og tage ansvaret for det, således at vi kan konstatere at det påvirker projektet på kvaliteten. Så det er meget det her i forhold til hvilke kriterier som skal være afgørende, og transaktionsomkostninger må ikke sluge de mulige besparelser man kan forhandle sig frem til. Vi skal også sikre os at vi laver et appetitvækkende udbud fra start så de rigtige aktører, de bedste aktører, som har masser at lave også ønsker at deltage, og der har vi et skisma i forhold til at vi gerne vil benytte den fleksibilitet som findes i udbud med forhandling, vi vil gerne signalere at vi tildeler kontrakten direkte, men vi er også klar over at når udbud med forhandling vælges, så signalerer vi en mere ressourcekrævende proces for både os selv og tilbudsgiverne. Så kan man selvfølgelig som ordregiver vælge at give et tilbudshonorar, som vi også ofte vil gøre, hvis tilbudsgivere skal komme med et designelement i tilbuddet, men det vil aldrig være på niveau med, hvad man som tilbudsgiver bruger på at udarbejde tilbuddet.

- **Nu siger du, at det i højere grad afhænger af kontraktens økonomiske størrelse, hvorvidt det kan betale sig at indgå i forhandling eller dialog med tilbudsgiver, men er det ikke ofte sådan at graden af kompleksitet og kontraktens økonomiske værdi går hånd i hånd?**

Jo, altså nu har vi nogle opgaver hvor det er mere kvantitet. Det koster x antal kroner at lægge en ny vej, og hvis du skal lægge vej på 1 kilometer så er det en lille kontrakt, og hvis du skal lægge vej på 10 kilometer er det en stor kontrakt, men kompleksiteten ændres ikke. Men ofte vil det være sådan at det går hånd i hånd. Hvis en kontrakt er meget kompleks, vil der også automatisk være nogle risikotillæg osv. som skal indregnes. Kompleksiteten er afgørende på den måde, at jo flere parametre som skal forhandles på plads, jo bedre er mulighederne for at udvinde værdi ved forhandling og dialog. Hvis du kan finde en besparelse på 1 km. vej, tidobles gevinsten hvis der skal lægges 10 km. Den økonomiske størrelse vil også når vi snakker om effekten af forhandlingerne være afgørende.

- **I hvilken grad varierer anvendeligheden af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog mellem forskellige sektorer og ydelser, og hvor vil det være mest oplagt at anvende fleksibelt udbud?**

Altså som sagt arbejder jeg selv udelukkende med bygge/anlægs opgaver. Vi kunne se at vores område, IT området og generelt tjenesteydelser er ligesom det der bliver fremhævet som eksempler i lovbemærkningerne til udbudsloven, og det er også der hvor jeg forestiller mig at der er den største anvendelighed, fordi der ofte vil være et designelement i det vi får ind. Vi kommer ikke til at sidde og beskrive alting. Det er ligesom markedet der skal komme på banen med løsningsforslag, og ikke os som ordregiver. Så det tror jeg helt klart vil være sektorer hvor det vil give mening. Det er også typisk der hvor man ser de største kontrakter. Så er der selvfølgelig det omvendte med varerne, hvor jeg også tror man vil kunne bruge de her udbudsformer, hvis man har nogle funktionskrav, men hvor det samtidig er mere traditionelt at man kan definere varen. Et eksempel kunne være toiletpapir – her vil det være ganske let at beskrive varen. I disse

situationer er det mere ordregiver der definerer sine krav ud fra nogle branchetilstande. Vi kører hos os, som klar hovedregel, efter det økonomisk mest fordelagtig bud dvs. bedste forhold mellem pris og kvalitet. Vi har således altid et kvalitativt element i konkurrencen, således at vi ikke blot hæfter os ved prisen, men man ser ofte ved varer at kontrakter bliver tildelt på baggrund af laveste pris. Så længe jeg som ordregiver får mine krav opfyldt betyder det ikke noget, om det er libero eller whatever. Det taler også for at man ikke kører udbud med forhandling ved relativt simple vareindkøb, selvom man, mig bekendt, godt kan køre udbud med forhandling med tildeling på baggrund af laveste pris. Så i min verden har jeg svært ved at se hvornår det giver mening kun at tildele på baggrund af pris, hvis der er tale om en ydelse hvor man ikke selv har defineret det hele fra start. Jeg kunne, når man snakker forhandling, forestille mig at tilbudsgiver kommer med en form for kvalitet, og det skal man fange i sine tildelingskriterier. Grundlaget for at vælge udbud med forhandling udviskes en lille smule hvis man ikke kan tildele de kvalitative egenskaber værdi når vurderer de indkomne tilbud. Det udtrykker også et signal om at anvendelsesområdet for udbud med forhandling er meget bredt. Der skal ikke meget til før man kan bruge det.

- **Der blev i december 2015 gennemført et rekordstort antal udbud. Hvad skyldes det – usikkerhed omkring det nye retsgrundlag, eller mindre gunstige udbudsregler for ordregiver?**

Jeg tror helt klart at det skyldes et element af usikkerhed omkring reglerne. Man gennemfører helst udbud efter de regler man kender. Det skyldes også reglerne i § 160 og § 185, hvorefter kontrakter kan ophæves, samt kravet om at det fulde udbudsmateriale skal ligge klart fra start. Når vi sidder og laver vores bygge/anlægskontrakter bruger vi lang tid på at designe og beskrive opgaven. Vi ved ofte hvilken opgave vi skal lave, men detaljerne er måske ikke fastlagt, og der har vi tidligere igangsat udbudsprocessen ved begrænset udbud 1,5-2 måneder før vi har været færdige med at lave det fulde udbudsmateriale, fordi vi har vidst at vi har kunnet beskrive opgaven tilstrækkeligt klart til at vi sagtens kan udvælge de bedst egnede tilbudsgivere. Så kører man altså en parallelproces i 2 måneder som man ikke kan gøre længere. Så vi taber i princippet 2 måneder på de fleste af vores udbud som følge af de nye regler. Der skal nu bruges mere tid og flere ressourcer på at definere ydelsen inden vi kan igangsætte proceduren. Der er også det her med at vi skal have lavet det fulde udbudsmateriale klart, og når vi har en bygge/anlægskontrakt er der måske 100 tegninger vedlagt - sådan nogle små petitesse tegninger, der bestemmer at kvoten på en kantsten skal være på en bestemt måde. Det er ikke noget der har betydning for om opgaven er interessant for en tilbudsgiver, men det er en del af det samlede udbudsmateriale, så det skal vi have lavet færdigt nu hvor hele pakken skal være klar inden vi prækvalificerer. Dvs. At vi kommer til at have 2 måneder plus stilstand hvor vi ikke kan udvikle opgaven yderligere, og hvor vi bare sidder og bruger tid på at modtage ansøgninger og måske bruger energi på at self-cleane og få alle de nye forhold på plads. Jeg har en kammerat som har skrevet udbudsloven fra konkurrence og forbrugerstyrelsen og han sagde meget passende at det lidt har været ordregivers regulering tidligere i udbudsdirektivet. Det har været meget ordregivervenligt. Vi har virkelig kunnet strukturere udbudsprocessen, helt ned til forskellige tidspunkter på forskellige dage hvor vi gør det ene og det andet, så vi har kendt hele udbudsflowet fra start til slut. Vi har godt nok skullet leve op til nogle krav omkring gennemsigtighed, men der har i høj grad manglet gennemsigtighed omkring mange ting, det kan jeg godt se som ordregiver. Men det giver også nogle skøn og muligheder som er blevet taget fra os efter udbudsloven. Det er klart at omfanget af § 160 skaber kæmpe usikkerheder, og der er

bekymring for om man laver ikke-graverende fejl, som vi har været vant til har været sanktioneret hårdt tidligere, men mindre fejl som uegnet evalueringsmetode, forkert håndtering af forbehold osv. som vil betyde at vi nu skal bringe kontrakten til ophør. Det med at bringe en kontrakt til ophør på bygge/anlægsområdet er altså meget meget kritisk og har en kæmpe økonomisk konsekvens. I kender måske Inderhavnsbroen hvor man havde en kontrakt som ophørte som følge af en konkurs. Det med at få en ny entreprenør til at overtage ansvaret for en halvt færdig bro med et specifikt designelement i sig, det koster rigtig mange penge og tager rigtig lang tid, og det bliver ikke bedre af den grund. Fejlmarginen er lige pludselig blevet snævret ind. Risikoen ved at overtræde er blevet meget større. Så det tror jeg har været årsagen til at mange har ønsket at få det kørt igennem efter de gamle regler. Jeg har selv haft nogle udbud hvor jeg godt kunne tænke mig at køre udbud med forhandling, og hvor der var mulighed for at køre udbud med forhandling, men hvor vi konkluderede at det samlet bedst kunne betale sig at køre efter de regler vi kender, hvor vi er trykke.

- **Hvilken betydning har § 160 for anvendelsesmulighederne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog?**

Ja altså, jeg tror i praksis vil det betyde at man enten ikke vil vælge udbud med forhandling eller at den proces man gennemgår vil blive begrænset af, at man hele tiden skal sikre sig at de forhandlinger man har, er noget man kan trække ind under sine tildelingskriterier og sin beskrivelse af hvordan man vil evaluere. Så jeg tror det vil skabe det her element som også har været et kendt udbudsretligt træk - det her med at vi ikke kan tillade os at blive klogere undervejs, for så har vi ikke grebet det i den måde hvorpå vi vil evaluere, eller i de krav vi har fastsat.

- **Er det ikke formålet med udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog at man bliver klogere undervejs og tilpasser ydelsen i takt med at man konsulterer markedet?**

Jo, det er sådan som jeg ser det. Netop det her med at mit behov ikke er afklaret fra start, og det skal afklares undervejs. Særligt konkurrencepræget dialog lægger op til, at jeg ikke ved hvad jeg gerne vil have. Men det skal jeg så finde ud af. Så vil tilbudsgiver og lovgivere mene at man blot kan planlægge sit udbud bedre fra start og evt. køre en markedsdialog, så du kan definere dine tildelingskriterier sådan at det passer med det du kan blive overrasket over undervejs. Realiteten er bare, at sådan er det ikke i virkeligheden. Det er nærmest umuligt at kunne forberede sig på hvad der kommer til at ske i en fase hvor man måske ikke har planlagt udbuddet fra start. Særligt ved konkurrencepræget dialog kan der jo gå halve til hele år. Tænk på IT markedet og den udvikling som findes der. Det er umuligt at følge den teknologiske udvikling når processerne skal være så lange. Jeg har hørt en oplæg omkring IT udbud, hvoraf det fremgik at alt er nyt efter 2 år, og det kan snildt tage 1,5 år at køre en god konkurrencepræget dialog. Så jeg synes det er utrolig svært. Det afhænger selvfølgelig også af hvorledes praksis kommer til at ligge i forhold til § 160 og hvor specifik man skal være i sin evalueringsmetode, men meget af det bliver også begrænset af, at man skal være klar over hvad man lægger vægt på under de forskellige kriterier. Hvad lægges der vægt på indenfor f.eks. kvalitet? Der er også grænser for hvor bredt det kan defineres. Det er ikke tilstrækkeligt at efterspørge en god kvalitet. Man må klart beskrive hvad der i det konkrete udbud betragtes som god kvalitet. Det er ikke kun § 160 men således også de generelle krav til hvad man skal beskrive. Man skal beskrive hvad der får betydning for

evalueringen og der er jo den her Q-free kendelse som også er blevet drøftet, hvor man siger at det er et brud på ligebehandlingsprincippet at man behandler noget forskelligt enten i pris eller kvalitet, forstået på den måde at man måske godt er klar over at man får en bedre pris eller kvalitet, men ens evalueringskriterier kan simpelthen ikke rumme den ekstra kvalitet, så du kan ikke medtage det som et positivt element i din vurdering. Du må ikke ændre på det, og så lægge vægt et nyt element. Det er et klart brud på udbudsreglerne. Men er det også et brud på udbudsreglerne hvis det ikke tillægges værdi, når du er klar over at du får mere hos en tilbudsgiver, men det ikke fanges af din evalueringsmetode? Hvis det er tilfældet, så er det godt nok svært at være ordregiver. Så jeg synes faktisk også at Q-free kendelsen burde have været fanget af §160 stk. 2. Det var beskrevet at priser under 28 mio. ikke ville få en bedre vurdering end priser på 28 mio. Ordregiver gav point i spændet mellem 28 og 38 mio. Der blev givet et tilbud til en værdi på 26 mio. Hvad gør man som ordregiver i denne situation? Du kan ikke ændre således at spændet starter på 26 mio. Det må man i hvert fald ikke, og det er åbenbart også et brud på ligebehandlingsprincippet at det ikke tillægges værdi. Derfor er den eneste reelle mulighed ordregiver har at annullere tilbuddet og starte forfra, og det er bestemt ikke samfundsmæssigt efficient. Så det får kæmpe betydning og i praksis får det betydning for hvor brede vi laver de her forhandlingsrunder og den her dialog, det bliver meget ordregiverstyret tror jeg, så man på forhånd bestemmer hvad der forhandles om, og hvor man som ordregiver må tage skyklapper på for den yderligere værdi man kan se. Man afgrænser simpelthen nogle elementer således er der udelukkende er fokus på de kriterier som kan fanges af evalueringsmetoden. Det kan måske også tale for at man i højere grad bare vil tildele direkte på baggrund af det indledende tilbud, fordi man måske kan se at der er flere værdier i tilbuddene, men du kan alligevel ikke fange det i forhandlingsrunderne. Der var en sag hvor man skulle bruge noget tøj, altså nogle uniformer og det ordregiver lagde vægt på, var at uniformerne var lette at vedligeholde og rengøre. Det var sådan nogle ting man kiggede på. Der var en tilbudsgiver som simpelthen sagde til ordregiver, i skal simpelthen ikke købe uniformer, i skal lease dem. Hver gang i har brug for rene uniformer kommer jeg og leverer nogle nye. Det var en kæmpe god ide, da det var meget dyrere for ordregiver at vedligeholde tøjet end det var for den eksterne part. Men det var ikke det ordregiver havde lagt vægt på. Hvordan kan du fange det, hvis du ikke som ordregiver lige havde haft en dialog med den tilbudsgiver indledningsvist, så du havde kendt til denne mulighed? Det er det samme som det klassiske bro/tunnel eksempel. Det er utrolig svært at beskrive kvalitative kriterier, hvor du regner med at få en bro og måske lægger vægt på god sikkerhed i forhold til, at man ikke kan falde i vandet, og det skal være lettere at vedligeholde veje, og det du får er en tunnel. Altså, hvordan man skal kunne beskrive det ved jeg faktisk ikke, det må jeg ærligt indrømme.

- **Hvordan forventer du at de modstridende hensyn som fremgår af § 61/67 og § 160 afstemmes i praksis og forventer du en mindre restriktiv fortolkning af § 160 end lovteksten lægger op til?**

Altså jeg kan sige at jeg håber det i hvert fald. Specielt med § 67 omkring konkurrencepræget dialog, der må det simpelthen være en nødvendighed at man er berettiget til at skrive det mere overordnet. Der er jo også i et vist omfang stillet spørgsmålstejn ved muligheden for, inden tilbudsfristen endelig udløber, at ændre lidt på det. Det ville også være en praktisk meget anvendelig ting at have med. Man skal selvfølgelig ikke kunne ændre i det grundlæggende, således at man kunne have tiltrukket andre tilbudsgivere fra tilbuddets start, men jeg synes godt der må være visse former for korregeringer af vægtningen, således at der kan lægges vægt på et

bud på 26 mio. frem for 28 mio. eller andre korregeringer som alle der tager del i forhandlingerne, får mulighed for at optimere deres tilbud på baggrund af. Umiddelbart er min opfattelse at klagenævnet vil være meget restriktive ved det, og der er jo ikke i § 160 lagt op til at det skal fortolkes forskelligt afhængigt af hvilken udbudsform der er tale om, og det tror jeg klagenævnet vil kigge på, så det formentlig vil være en generel praksis som gælder for alle udbudsformer. Der har i hvert fald ikke tidligere ved de forskellige udbudsformer været lagt op til, at man har haft forskellig praksis fra klagenævnet i forhold til evalueringsmetoder og det her med at lave en egnet evalueringsmodel, uanset om der har været tale om udbud med forhandling eller begrænset udbud. Men jeg synes at man i praksis burde kunne skelne, men jeg tror ikke det sådan vi kommer til at de lovgivningen. Jeg synes generelt at der i klagenævnets praksis også efter det gamle direktiv har været fokus på at man godt kunne skrive ord som "for eksempel" og "blandt andet" i relation til kvalitet, hvilket måske kan åbne muligheden for bredere formuleringer i udbudsmaterialet specielt ved konkurrencepræget dialog, således at man udviser en forståelse for at det er svært at være ordregiver ved fleksible udbudsformer. Der kunne enten tillades bredere formuleringer i udbudsmaterialet, eller en knap så restriktiv tilgang til ændringer undervejs i processen. Typisk når man snakker konkurrencepræget dialog kan man fra start skrive materialet bredt, og det gør jo også at udbuddet appellerer til en bredere kreds af tilbudsgivere, så de ændringer der sker efterfølgende indenfor de brede beskrivelser burde ikke i samme grad have indflydelse på hvem der potentielt kunne have været interesseret i kontrakten. Så man kunne godt forestille sig en praksis hvor man ved anvendelse af fleksible udbudsformer og mere fleksible udbudsmaterialer, kan foretage flere ændringer i sine evalueringsmetoder og kriterier, end man måske kan ved andre udbudsformer, netop som følge af, at man ikke vil se at det er udtryk for en grundlæggende ændring som jo bliver defineret som noget der kunne have påvirket hvem der ellers kunne finde interesse i udbuddet. I bogen udbudsloven er forfatteren med forhoppet over at man kan ændre i udbudsmaterialet hvilket i vedkommendes optik må være i strid med udbudsdirektivet. Det er altså forbundet med en vis usikkerhed hvis man som ordregiver begynder at ændre i sine tildelingskriterier og sin evalueringsmetode undervejs. Det er hovedreglen at det ikke kan lade sig gøre, men det er ikke udelukket, og spørgsmålet bliver om der skal være en bredere adgang når man fra starten har lavet et bredt udbud, fordi det er udbud med forhandling eller særligt hvis det er en konkurrencepræget dialog. Så man kunne måske godt forestille sig en praksis i den retning. Omkring selve legaliteten for indførelsen af § 160 er det også interessant at bemærke generaladvokatens udtalelser i sag C-6/2015, TNS Dimarco NV mod Vlaams Gewest. Generaladvokaten (P. Mengozzi, red.) udtrykker sig generelt kritisk omkring det faktum, at man som lovgiver kan kræve, at ordregiver på forhånd offentliggør bedømmelsesmetoden. Denne tvivl omkring selve legaliteten af det her krav, kan måske også føre til en videre fortolkning, særligt ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, hvor der synes at være en vis logik i at tillade lempelser.

- **Hvilken betydning har det at store dele af fortolkningsbidragene er nedfældet i præambelbetragtninger og forarbejder frem for i lovteksten?**

Altså det er jo juridiske metode, hvor vi traditionelt er lidt uskarpe os cand.merc.jur'er (grin). Altså vi har hørt formanden for klagenævnet for udbud sige, at han vil køre juridisk metode på det forhold, så hvis der er noget i forarbejderne som ikke er fanget i selve lovteksten, jamen hvis der er tale om en meget byrdefuld regulering, så vil han ikke tillægge forarbejderne så stor værdi. Det her med præambelbetragtningerne har vi jo været vant til, der har også været

præambelbetragtninger i det gamle direktiv, om end ikke ligeså mange, men betragtning 8 har der fra klagenævnets side været henvist til flere gange, så vi er vant til at præambelen tillægges en vis betydning, og bruges som hjemmel til at gøre forskellige ting. Men forarbejderne er nye for os, og det får loven rigtig meget kritik for. Utrolig meget af lovreguleringen findes i forarbejderne, og også rigtig meget byrdefuld regulering findes i forarbejderne. Så det er helt sikkert noget hvor vi i praksis må se hvor vi lander henne. Klagenævnet for udbud har tidligere i en sag omkring håndhævelsesloven frasaet sig helt klare lovbemærkninger, i forhold til retsvirkningen ved de her profilaksebekendtgørelser, og om hvad der skulle til for at man kunne få erklæret en kontrakt for uden virkning, og det har givet alle os udbudspraktikere sved på panden i forhold til at henvise til forarbejderne, når vi skal redegøre for, hvorfor vi har gjort som vi har gjort. Omvendt så kan du ikke navigere efter udbudsloven uden at være opmærksom på hvad der står i forarbejderne. Set fra ordregivers synspunkt, er der mange positive ting men der er også mange negative ting. Så jeg tror at jeg som offentligt myndighed og som ordregiver vil læse forarbejderne nærmest på lige fod med lovteksten, og så agere efter det. Jeg håber også at klagenævnet vil gå ind som en del af den juridiske metode og kigge på nogle formålsbetragtninger i forhold til hvad formålet har været med de forskellige bestemmelser, og der må forarbejderne være et givende redskab til at fortolke formålet, men det kan jo være et lidt autonomt klagenævnt en gang i mellem (grin).

Man er jo i forarbejderne også gået efter at tilsidesætte tidligere klagenævnspraksis, så der er jo også nogle personlige følelser på spil for folk i det her, som gør at klagenævnet måske vil afvise nogle forarbejder hvis der ikke er klar hjemmel i loven, og hvis det er noget som strider mod den praksis som man har haft tidligere. Formanden for klagenævnet sagde det udmærket - han sagde at hvis man er i tvivl, så gå tilbage til de generelle principper omkring ligebehandling og gennemsigtighed. Kan det givne tiltag stadig gå selvom lovbemærkningerne siger et eller andet? Det er nok det man som ordregiver må forsøge at gøre. Så jeg synes det er problematisk. Det skaber en juridisk usikkerhed, men jeg vil som ordregiver forholde mig til forarbejderne og agere i henhold til forarbejderne medmindre de er direkte i modstrid med lovteksten, hvilket jeg endnu ikke har set eksempler på (grin). Jeg vil bruge de muligheder som findes i lovteksten og samtidig være opmærksom på de begrænsninger som findes i lovforarbejderne.

- **Findes der nogle alternativer til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, f.eks. forudgående markedsundersøgelser eller alternative bud?**

Altså det her med forudgående markedsundersøgelser det kommer vi til at bruge i højere grad end vi har gjort tidligere. Netop fordi tingene skal være på plads og offentliggøres og vi skal kunne beskrive tingene på et meget tidligt tidspunkt, hvor vi ikke ved hvilke tilbudsgivere vi kommer til at have konkurrencen iblandt. Jeg tror ikke på, at vi via markedsundersøgelser og markedsdialog kan få en egentlig afklaring af, hvad alle de potentielle tilbudsgiver som kan deltage i udbuddet har af holdninger til forskellige ting, og det er i øvrigt også meget omkostningstungt. Men man kan selvfølgelig blive klogere, f.eks. i forbindelse med det tidligere eksempel omkring uniformer. Man kan, i stedet for at tage det samme udbudsmateriale som blev anvendt sidste gang ydelsen blev sendt i udbud, høre markedet hvad praksis er på det pågældende område. En anden løsning som ikke er fuldgod, er at lave behovskrav og funktionskrav, som jeg tror kan være et alternativ. Det som ordregiver gerne bare vil have, er en dialog omkring hvordan man opfylder funktionskravene og der er det ikke altid man fanger det tilstrækkeligt i sine tildelingskriterier. Selvom det mest fordelagtige tilbud opfylder alle funktionskrav, kan ordregiver godt synes at det er noget lort (grin), og derfor vil man gerne som

ordregiver i dialog med tilbudsgivere og høre om der ikke kan findes en anden løsning på et givent element. Alternative tilbud ser jeg meget sjældent da der er nogle meget specifikke krav til hvordan man kører alternative tilbud, så noget vi benytter os af i stedet, er sideordnede tilbud. Altså hvis vi er lidt usikre på, om vi skal have den ene type sten eller den anden type sten, beder vi om at få prissat og beskrevet begge stentyper. Der skal man være opmærksom på at lovbemærkningerne til sideordnede tilbud har skærpet den her proces som sideordnede tilbud køres efter, således at det i dag er vanskeligere end det har været tidligere. Før har man kunnet bede om sideordnede tilbud på et element, og der kan man som ordregiver vælge det bedste eller det billigste alternativ. Nu skal der foreligge en evalueringsmetode som også fanger sideordnede tilbud på et mere matematisk grundlag, så det er blevet sværere. I dag skal man kunne evaluere på alle mulige løsninger og beslutte hvilken løsning der giver det bedste resultat i sidste ende. Det er faktisk i praksis meget svært

- **Er det overordnet dit indtryk, at der efter det nye regelsæt vil blive gennemført flere økonomisk efficiente udbud?**

Det tror jeg på lang sigt at vi vil se, når der lige kommer en praksis som lægger sig. Det her med ikke at skulle kassere udbud pga. små forbehold er særligt noget af det, som vil skabe værdi. Det at man er i stand til at håndtere forbeholdene er meget anderledes end hvad vi har oplevet tidligere. Der kan ligefrem lægges op til, at der kan tages forbehold for forskellige elementer, således at der kan spørges ind til cost-drivers bag de forskellige forhold, og dermed få italesat nogle af de ting og få en dialog i gang. Jeg tror at man vil kunne skabe en mere effektiv fordeling af risiko forudsat at man vælger en fleksibel udbudsform. Vi får ofte tilbud ind hvor tilbudsgiver har taget forbehold for et krav, hvorefter jeg orienterer den pågældende medarbejder som har skrevet udbudsmaterialet herom. Hertil svarer medarbejderen at det er ligegyldigt og ikke betyder noget. Tilbuddet er altså godt, men efter de tidligere regler har vi kunnet konstatere at det faktisk overhovedet ikke er ligegyldigt (grin). Det er det pågældende forbehold som har forhindret ordregiver i at antage det pågældende tilbud, og det har angiveligt ikke været meningen med det pågældende krav i udbudsmaterialet. Man ville gerne antage tilbuddet, men man har som følge af den manglende fleksibilitet, som har været i udbudsreglerne, ikke kunnet gå på kompromis med egne krav. Så det at man kan snakke i højere grad og dermed sige: "Okay, jeg vil gerne ændre mit udbudsmateriale, ikke i forhold til mindstekrav, men i forhold til almindelige krav", er meget værdifuldt. Det er det jeg tror der giver de efficiente udbud. Jeg tror også vi kommer til at have mere ro i maven omkring udbud på funktionskrav, som jo også bliver beskrevet som noget, der skal fremme effektiv konkurrence. At man beskriver ønsker til funktionalitet frem for krav, netop fordi man kan gå i forhandling omkring de pågældende funktionskrav. Særligt også det her med at man, uden at ændre for meget, kan sige: "Okay, det kan godt være at det her forhold ikke var defineret i mine funktionskrav, men til næste forhandlingsrunde må i gerne forberede et bud hvor det her parameter indgår, som et nyt krav fra mig". Det er noget der har været problemer med omkring funktionskravene tidligere. Vi har været nødt til at afslå løsningen fordi det ikke kan henføres til de i forvejen valgte funktionskrav. Dermed har vi været tvunget til at vælge en løsning selvom vi ikke kunne lide løsningen. Der kan man nu bruge udbud med forhandling til at sige: "Næste gang skal det her forhold være en del af løsningen". Her tror jeg der kan findes meget værdi, som gør at vi kommer til at være lidt mere overordnede i vores funktionskrav til at starte med og efterfølgende kan uddybe. Inden for visse grænser selvfølgelig. Her tror jeg der ligger rigtig meget værdi. Jeg tror at mange udbud tidligere har været kendetegnet ved, at man har skrevet krav, krav, krav, krav, krav, krav, krav.

Særligt når man snakker ordregivende myndigheder er der typisk 10 forskellige afdelinger som hver især påvirker et udbudsmateriale med deres respektive krav, og de bliver bare lagt ind i en samlet kravspecifikation på 20-50 sider som er udtryk for alle mulige krav, og hvis du spørger den pågældende person om det er et vigtigt krav, vil de fleste svare nej. De bliver skrevet ind som en helgardering, men har ofte en negativ effekt. De tænker at det er bedre at have med, end det er at undvære, men konsekvenserne er ofte store. Man forsøger at helgardere sig selvom det ikke er økonomisk efficient. Nu kan man begynde at diskutere cost-drivers så unødvendige krav løbende kan modificeres, når blot disse ikke er defineret som mindstekrav.

- **Synes du at udbud med forhandling burde kunne vælges fuldstændig frit, på lige fod med offentligt og begrænset udbud, således at der ikke eksisterede betingelser for anvendelse?**

Ja! Jeg synes at den eneste barriere er det her med transaktionsomkostningerne, og en ordregiver som ønsker det, kan sagtens putte en masse transaktionsomkostninger ind i et begrænset udbud (grin), så jeg har svært ved at se det, særligt med de regler som nu findes i forhold til hvor gennemsigtigt processen skal gennemføres. Hvorfor er det, at vi ikke har lov til at gå i dialog? Vi stiller ofte os selv det spørgsmål – en privat part ville jo aldrig nogensinde lave indkøb på de her vilkår overhovedet. Det her med at blive klogere undervejs må vi jo ikke. Det er jo en meget speciel måde at købe ind på. Så jeg forstår ikke at adgangen ikke er bredere, og at udbud med forhandling stadig er en undtagelse, men jeg tror at barriererne i praksis vil være meget små. Man kan jo, når det antages at adgangen i praksis vil være bred, stille spørgsmålstejn ved hvorfor det overhovedet er reguleret. Hvis man vil klage over et udbud som er kørt som udbud med forhandling, vil der jo være en rigtig god sag, hvis det kan bevises at ordregiver ikke var berettiget til at vælge denne udbudsform. Enten hvis adgangsbetingelserne ikke var opfyldt, eller at man ikke undervejs har fulgt forskrifterne for processen. Hvis udbuddet ikke lovligt kunne have kørt på den pågældende måde, kan der heller ikke foretages en lovlig tildeling i sidste ende, og det er nok noget af det vi kommer til at se klagesager på. Jeg tror nu nok at klagenævnet alligevel vil afvise langt de fleste tilfælde hvor sådanne påstande påberåbes.

K E N D E L S E

SB Entreprise A/S
(advokat Martin Falk Rømer, Ringsted)

mod

Københavns Kommune
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen og advokat Sara Kirstine Klougart,
København)

Den 31. august 2015 iværksatte Københavns Kommune en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens § 6, stk. 3, vedrørende renovering og ombygning af Brønshøj Sportshal. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. oktober 2015 havde Københavns Kommune modtaget 4 tilbud, bl.a. fra SB Entreprise A/S og B. Nygaard Sørensen A/S. Den 20. oktober 2015 besluttede Københavns Kommune at indgå kontrakt med B. Nygaard Sørensen A/S.

Den 4. december 2015 indgav SB Entreprise A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune.

SB Entreprise A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, samt det ud-

budsretlige gennemsigthedsprincip i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra SB Entreprise A/S med hensyn til underkriterium ”3. Organisation og bemanning”.

Påstand 2

Københavns Kommune tilpligtes til SB Entreprise A/S at betale 2.164.998 kr. med procesrente fra den 4. december 2015

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Købehavns Kommune tilpligtes til SB Entreprise A/S at betale 223.178 kr. med procesrente fra 4. december 2015.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 2 og 3 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2 og 3, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne af 31. august 2015 er om underkriterierne anført, at ”1. Pris” vægtede 40 %, at ”2. Tid” vægtede 40 %, og at ”3. Organisation og bemanning” vægtede 20 %.

I licitationsbetingelserne er om underkriterium ”2. Tid” anført:

”Der afleveres en beskrivelse som bør indeholde følgende:

- overordnet tidsplan på grundlag af udbudstidsplanen inkl. angivelse af den ”kritiske vej” samt beskrivelse af hvilke tiltag entreprenøren vil foretage for at sikre ressourcer nok til at gennemføre projektet inden for den givne tid i udbudstidsplanen.
- beskrivelse af, hvorledes entreprenøren vil sikre en effektiv byggeproces og en mangelfri aflevering indenfor udbudstidsplanens rammer.
- beskrivelse af hvorledes tilbudsgivere vil håndtere at byggeriet foregår på i en bebyggelse som indeholder både ejerlejligheder og udlejningslo-

kaler, som vil være i brug under udførelsesperioden, samt en beskrivelse af en brugerproces som sikre mindst mulige gener for husets øvrige brugere.

Ved vurderingen lægges der vægt på:

- at der anvises metoder og fremgangsmåder, som sikrer at udbudstidsplanen overholdes ved en optimal og realistisk byggeproces, hvor der tages højde for de trange byggepladsvilkår og arbejder der medfører arbejder hos tilstødende naboer og/eller underliggende festlokaler.
- at der redegøres for koordinering mellem involverede fag/aktiviteter i forhold til udskiftning af vinduer og ovenlys, samt etablering af nye dør/vindueshullet i facaden, hvor sikkerheden er taget i betragtning, samt det forhold at bygningen ikke må stå åben bortset fra varigheden til selve udskiftningen af elementerne.
- at der redegøres for den ”kritiske vej”, for hvornår hvilke afgørende leverancer, resultater og beslutninger skal være leveret/opnået for at der ikke opstår kritiske forsinkelser.
- at entreprenøren beskriver de metoder, der vil blive anvendt for at sikre kvalitet under udførelsen samt gennemføre en mangelfri aflevering indenfor udbudstidsplanens rammer.
- at der anvises metoder og fremgangsmåder, som understøtter kommunikation mellem entreprenør og brugere og som minimerer og håndterer evt. konflikter.
- at redegørelsen sandsynliggør en proces der minimerer gener og forstyrrelser af naboer.

BYK ser gerne, at beskrivelsen ikke fylder mere 5 A4 sider, inkl. diagrammer og er i skriftstørrelse 10.”

I licitationsbetingelserne er om underkriterium ”3. Organisation og bemanning” anført:

”... Ved underkriteriet Organisation og Bemanning forstås, tilbudsgivers beskrivelse af den tilbudte projektorganisation samt CV’er på minimum nedenstående nøglepersoner der tilbydes på opgaven.

BYK ser gerne, at der fremsendes CV’er på maksimalt 5 nøglepersoner, dog minimum på nedenstående to nøglepersoner:

- Entrepriseleder/projektchef eller tilsvarende

- Byggeleder/formand eller tilsvarende.

BYK ser gerne, at der i CV'ernes enkelte referencer klart og tydeligt redegør for:

- medarbejderens rolle på sagen
- opgavens byggesum og entrepriseform
- projektets omfang (projektforslag/under udførelse/afleveret byggeri/ andet)

BYK ser gerne, at CV'er indeholder oplysninger, der er relevante for løsningen af den konkrete opgave, herunder følgende oplysninger: navn, alder, grunduddannelse, relevant efter- og videreuddannelse, samt erhvervserfaring.

Beskrivelsen bør indeholde følgende:

- beskrivelse af nøglepersonernes roller under hele byggesagen, herunder ændringer i organisationen under byggesagen samt organisationsdiagram.

Ved vurderingen lægges der vægt på:

- at tilbudsgiver tilbyder en velorganiseret bemanning der er i besiddelse af den rette kombination af erfaring og kompetence, der sandsynliggør, at projektorganisationen kan mestre den pågældende opgave.
- at den tilbudte projektorganisation demonstrerer erfaring med byggesager af samme art, kompleksitet som den pågældende opgave, der sandsynliggør, at projektorganisationen kan mestre den pågældende opgave.
- at de tilbudte nøglepersoner hver især demonstrerer erfaring med byggerier med ombygning og renovering af bygninger i brug, som sandsynliggør at de begge kan mestre den pågældende opgave.

BYK ser gerne, at beskrivelsen ikke fylder mere end 5 A4 sider inkl. diagrammer og er i skriftstørrelse 10."

SB Entreprise A/S afgav tilbud med en pris på 13.453.985 kr. eksklusive moms.

B. Nygaard Sørensen A/S afgav tilbud med en pris på 13.984.727 kr. eksklusive moms.

Af tilbuddet fra SB Entreprise A/S fremgår i relation til underkriterium ”3. Organisation og Bemanding”, at virksomheden tilbyder en sagsorganisation bestående af Dennis Evensen, produktionschef Klaus V. Christiansen og teknisk assistent/projektleder Tine Nybo Olsen. De pågældende medarbejderes CV er vedlagt tilbuddet. Desuden er vedlagt et organisationsdiagram, hvoraf det blandt andet fremgår, at der i virksomheden er ansat 3 projektchefer.

Af kommunens breve til SB Entreprise A/S og B. Nygaard Sørensen A/S af 20. oktober 2015 om tildelingsbeslutningen kan følgende pointtildelinger udtrages:

	Pris	Pris,vægtet	Tid	Tid,vægtet	Organisation og bemanding	Organisation og bemanding, vægtet
SB Entreprise A/S	10	4,0	9	3,6	3	0,6
B. Nygaard Sørensen A/S	9,2	3,7	8	3,2	9	1,8

SB Entreprise A/S opnåede således samlet 8,2 point, mens B. Nygaard Sørensen A/S samlet opnåede 8,7 point.

De to øvrige tilbud opnåede henholdsvis 5,3 point og 4,4 point.

Af brevet af 20. oktober 2015 fra Københavns Kommune til SB Entreprise A/S fremgår om evalueringen af virksomhedens tilbud i relation til underkriterium ”3. Organisation og Bemanding”:

” ...

Af entrepriselederens CV fremgår hverken medarbejderens rolle på sagen, opgavens byggesum, eller entrepriseform. Dette vægtes negativt. Projekternes omfang fremgår af CV’et.

Af assistentens CV fremgår hverken medarbejderens rolle på sagen eller opgavens byggesum. Entrepriseform fremgår delvist. Dette vægtes negativt.

Besvarelsen redegør således ikke klart og entydigt for de efterspurgte punkter, hvilket vægtes negativt.

Det fremgår af projektlederens CV, at han har erfaring med renovering, dog fremgår det ikke tydeligt, om han har erfaring med byggerier i brug, hvilket gør det svært at vurdere punktet.

Det fremgår ikke af entrepriselederens CV, at han har erfaringer med ombygning og renovering af bygninger, herunder byggerier som er i brug, hvilket vægtes negativt.

Det fremgår af assistentens CV, at hun har erfaring med ombygning og renovering af byggerier, dog fremgår det ikke, om bygningerne har været i brug.

På baggrund af ovenstående, vurderes det ikke at være sandsynligt, at de kan mestre den pågældende opgave.

Ud fra projektlederens CV vurderes det, at han har erfaring med byggesager af samme art, kompleksitet og størrelse som den pågældende opgave, hvilket vægtes positivt.

Ud fra entrepriselederens CV vurderes det ikke, at han har den rette kombination af erfaring og kompetence, hvorfor det ikke vurderes sandsynligt, at han kan mestre den pågældende opgave. Dette vægtes negativt.

Ud fra assistentens CV vurderes det ikke, at hun har erfaring med byggeri af samme art, kompleksitet og størrelse og at hun har den rette kombination af erfaring og kompetence. Dette vægtes negativt.

Samlet set vurderes det, at den tilbudte bemanning ikke er i besiddelse af den rette kombination af erfaring og kompetence. Dette vægtes negativt.

Besvarelsen indeholder ingen præcis beskrivelse af, hvordan man vil håndtere evt. ændringer i projektorganisation, udover af bygherres rådgiver vil blive orienteret og at SB vil være lydhør for eventuelle kommentarer til organisationsændringer. Punktet vurderes ikke at være besvaret tilstrækkeligt, hvilket vægtes negativt.”

Af Københavns Kommunes brev af 20. oktober 2015 til SB Entreprise A/S fremgår om evalueringen af Nygaard Sørensen A/S' tilbud i relation til underkriteriet "2. Tid":

"2. Tid, 40 %:

På baggrund af underkriteriet tid er jeres tilbud blevet tildelt karakteren 8 (3,2) samt følgende vurdering:

Der er vedlagt en udbudstidsplan, som anviser en optimal og realistisk byggeproces med angivelse af den kritiske vej, hvilket vægtes positivt. Der er ikke redegjort for hvilke afgørende leverancer, resultater og beslutninger, der skal være leveret/opnået for at der ikke opstår kritiske forsinkelser. Dette vægtes negativt.

Der er redegjort for hvilke planlægningsmetoder og principper man vil bruge for at sikre at tidsplanen overholdes, i form af LEAN principper om "Just in time" og inddragelse af fagentreprenører i planlægningen af byggeprocessen. Der er desuden redegjort for procesmæssige tiltag, der skal tage højde for de trange byggepladsvilkår bl.a. ved at have særligt fokus på leverancer for at minimere behovet for oplagringsplads på grunden samt foranstaltninger der skaber gode og trygge adgangsveje for beboere og naboer, herunder solid adskillelse mod byggepladsen. Det vurderes på den baggrund sandsynligt, at projektet kan gennemføres uden kritiske forsinkelser, hvilket vægtes positivt.

Der er ikke tydeligt redegjort for, hvordan man vil tage højde for arbejder der medfører arbejder hos tilstødende naboer og /eller underliggende festlokaler i byggeprocessen, hvilket vægtes negativt.

Der er redegjort for, at man vil håndtere udskiftningen af vinduer og ovenlys, ved at anvende egne tømrere, der sikrer lukket hus samme dag, etablering af en teltoverdækning, samt solid afdækning af gulve, med henblik på at beskytte bygningen mest muligt. Endvidere er der redegjort for hvorledes sikkerheden tages i betragtning, hvilket vægtes positivt. Der anvises metoder og fremgangsmåder, herunder prøvemontager, referencefelter, løbende afslutning områdevis, samt anvendelse af digitalt værktøj til mangelregistrering, som sandsynliggør, at man kan sikre kvaliteten under udførelsen samt gennemføre en mangelfri aflevering, hvilket vægtes positivt.

Besvarelsen indeholder en beskrivelse af hvorledes man vil håndtere kommunikationen med ejendommens øvrige beboere og brugere, bl.a. ved afholdelse af indledende beboermøder samt ved løbende skriftlig information vedr. status på byggesagen til ejendommens brugere, i form af renoveringsjournaler samt individuelle møder med enkelte lejligheder. Der er også angivet en proces for konflikthåndtering, hvilket væg-

tes positivt. Besvarelsen vurderes at sandsynliggøre en proces, der minimerer gener for forstyrrelser af naboer. Dette vægtes positivt.”

Københavns Kommune, der under licitationen har været assisteret af JJW Arkitekter, har fremlagt oplysninger om den interne evalueringsproces, der er gået forud for den endelige evaluering, som fremgår af skemaet ovenfor. Det fremgår af oplysningerne, at SB Entreprise A/S indledningsvis var blevet tildelt 6 point i relation til underkriterium ”3. Organisation og bemanding” – og dermed var vinder af kontrakten – men at evalueringen herefter faldt til (først) 4 point og dernæst 3 point.

SB Entreprise A/S har fremlagt et telefonnotat vedrørende en samtale mellem kreativ direktør hos JJW Arkitekter, Ole Kornvæk, og administrerende direktør hos SB Entreprise A/S, Torben Eriksen. Af notatet fremgår, at JJW Arkitekter ”for så vidt” havde indstillet SB Entreprise A/S, men at bygherrens ”rigide juridiske indstilling” skulle have medført, at virksomheden ikke blev tildelt kontrakten.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

SB Entreprise A/S har til støtte for, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gjort gældende, at den meget lave karaktergivning (3 point) for så vidt angår SB Entreprise A/S’ tilbud i relation til underkriterium ”3. Organisation og Bemanding” er et udtryk for en – efter proportionalitets- og væsentlighedsbetragtninger – fejlagtig bedømmelse af tilbuddet.

Samme proportionalitets- og væsentlighedsvurdering er ikke lagt til grund ved bedømmelse af tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S, særligt ved pointgivningen for så vidt angår underkriterium ”2. Tid”. Af kommunens meddelelsesbrev af 20. oktober 2015 fremgår, at B. Nygaard Sørensen A/S ikke i sit tilbud har redegjort for, hvilke afgørende leverancer, resultater og beslutninger der skal være annulleret/ophævet, før at der ikke opstår kritiske forsinkelser. Virksomheden har efter kommunens opfattelse endvidere ikke tydeligt redegjort for, hvordan man vil tage højde for forhold, der medfører arbejder hos naboer og/eller underliggende festlokaler i byggeprocessen.

Efter SB Entreprise A/S' opfattelse vil en korrekt anvendelse af ligebehandlingsprincippet medføre, at der ikke kan tildeles tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S 8 point i relation til underkriteriet "2. Tid", da dette underkriterium vægter dobbelt så meget som underkriterium "3. Organisation og Bemanding", således at proportionalitets- og væsentlighedsbetragtninger må føre til, at mangler ved tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S i relation til underkriterium "2. Tid" alt andet lige bør veje tungere end eventuelle mangler ved tilbuddet fra SB Entreprise A/S i relation til underkriterium "3. Organisation og bemanding".

SB Entreprise A/S' tilbud afviger for så vidt angår underkriterium "3. Organisation og Bemanding" ikke på afgørende måde fra tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S.

Kommunens totalrådgiver, JJW Arkitekter, har over for SB Entreprise A/S efter at have gennemgået de indkomne tilbud oplyst at have indstillet SB Entreprise A/S som vinder.

Desuden har kommunen overtrådt det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke tilstrækkeligt præcist at definere, hvilke elementer tilbuddet for så vidt angår underkriterium "3. Organisation og Bemanding" skal indeholde, men i vidt omfang at give tilbudsgiverne frie hænder med hensyn til besvarelsen. Kommunen har således flere gange i sit udbudsmateriale benyttet betegnelserne "ser gerne" og "bør" og har herefter på afgørende måde vægтет det negativt, at SB Entreprise A/S ikke på de punkter, hvor kommunen har benyttet betegnelserne "ser gerne" og "bør", har afgivet et tilfredsstillende tilbud. Kommunen har derved ikke lagt objektive og gennemsigtige kriterier til grund ved vurderingen af tilbuddene. Endelig har kommunen ved at anføre: "BYK ser gerne, at besvarelsener ikke fylder mere end 5 A4 sider, inkl. diagrammer og er i skriftstørrelse 10" signaleret, at der efterspørges summariske oplysninger fra tilbudsgiverne.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har tilsidesat ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3. Kommunen har i evalueringen af alle tilbuddene vurderet besvarelsener ensartet, hvilket tydeligt fremgår af den endelig evalueringsrapport af 20. oktober 2015. B. Nygaard Sørensen A/S leverede i relation til underkriteriet "2. Tid" en god besvarelse med beskrivelse af de forhold, der fremgik af udbudsbrevet af 31. august 2015. SB Entreprise A/S' tilbud blev derimod vurderet til at ligge under

middel, da besvarelsen manglede flere af de forhold, kommunen ønskede redegjort for til vurdering af, om den tilbudte organisation og bemanning kunne mestre den pågældende opgave.

I relation til underkriterium ”3. Organisation og bemanning” var de to tilbud på ingen måde sammenlignelige, hvorfor karaktergivningen ligeledes var meget forskellig.

Kommunens evaluering af tilbuddene i relation til de to underkriterier er foretaget i overensstemmelse med licitationsbetingelserne, som fremgår af udbudsbrevet af 31. august 2015, herunder i overensstemmelse med principperne om ligebehandling.

Kommunen har foretaget sit subjektive skøn i forbindelse under anvendelse af de kvalitative underkriterier inden for rammerne af det forventelige, og kommunen har ikke foretaget et usagligt skøn ved evalueringen.

Kommunen har heller ikke tilsidesat gennemsigtighedsprincippet. Det var i licitationsbetingelserne tydeligt beskrevet, hvad kommunen ville lægge vægt på i relation til underkriteriet ”3. Organisation og bemanning”. Kommunen har netop anvendt formuleringer som ”bør” og ”ser gerne” med det formål at skabe gennemsigtighed i forhold til, hvilken retning kommunen ønskede tilbuddene skulle gå. Samtidig giver sådanne formuleringer plads til udfoldelse for tilbudsgiverne og mulighed for konkurrence mellem dem

Tilbuddet fra SB Entreprise A/S var mangelfuldt i relation til underkriterium ”3. Organisation og bemanning”, idet det ikke imødekom de ønsker, som var beskrevet i licitationsbetingelserne.

Kommunen ønskede blandt andet oplysninger om ”projektets omfang, entrepriseform, byggesum, rolle” i forhold til fremlagte referenceopgaver. SB Entreprise A/S har alene angivet byggesummen for projektlederens referenceopgaver, men ikke for de øvrige nøglepersoner. Entrepriseformen er kun delvist beskrevet for assistenten, men er ikke angivet for projekt- eller entrepriselederen. Rollen er ikke beskrevet for nogle af de angivende nøglepersoner. Kommunen har endvidere ønsket, at tilbudsgiverne ”demonstrerede erfaring med byggerier med ombygning og renovering af bygninger i brug”. SB Entreprise A/S har intet anført herom i forhold til entrepriselederen, men derimod er der demonstreret erfaring med byggerier med ombyg-

ning for projektlederen og assistenten, hvilket entydigt tilkendegiver, at tilbudsgiveren var bekendt med kommunens ønsker. Endelig har SB Entrepri- se A/S – i overensstemmelse med kommunens ønsker – angivet ”erfaring med byggesager af samme art, kompleksitet og størrelse som den pågæl- dende opgave” for projektlederen, men ikke for de øvrige nøglepersoner. Tilbuddet er derfor samlet set ikke tilfredsstillende og har derfor opnået ka- rakteren 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregiveren har et vidt skøn ved evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative underkriterier.

Københavns Kommune har tydeligt i licitationsbetingelserne anført en række forskellige forhold, som vil indgå i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriterierne ”2. Tid” og ”3. Organisation og bemanning”. At der er anvendt formuleringer som ”bør” og ”ser gerne” fører ikke til, at gennem- sigtighedsprincippet er overtrådt, og der er da heller intet, der tyder på, at tilbudsgiverne ikke har været klare over, hvad kommunen ville vægte i for- bindelse med evalueringen.

Den udførlige evalueringsrapport forholder sig til de samme forhold som beskrevet i licitationsbetingelserne, og der er intet grundlag for at antage, at kommunen i forbindelse med evalueringen har overskredet grænserne for det vide skøn, der tilkommer den, eller i øvrigt har handlet usagligt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

SB Entrepri- se A/S skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune beta- le 12.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendel- se.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens retighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Mette Langborg, Michael Jacobsen, Anne-Mette Udsen)

J.nr.: 2014-0037936

9. februar 2016

K E N D E L S E

TEAM OPP

v/Bricks A/S

tidligere v/DEAS A/S

(advokat Kurt Bardeleben, København

og

advokat Lene Lange, Aarhus)

mod

Region Midtjylland

(advokat Tina Braad, Aarhus

og

advokat Hanne Padkjær Sørensen, Aarhus)

Indledning

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 011-013892 af 11. januar 2013 udbød Region Midtjylland efter reglerne om konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en opgave om ”OPP-kontrakt vedr. etableringen af Nyt Psykiatrisk Center i Skejby”.

Efter en dialogfase modtog Region Midtjylland to rettidige tilbud fra henholdsvis TEAM KPC og TEAM OPP.

Ved e-mail af 25. juni 2014 meddelte Region Midtjylland TEAM OPP, at regionen have besluttet at tildele kontrakten til TEAM KPC.

Klagenævnet modtog den 1. juli 2014 en klage fra TEAM OPP over udbuddet.

Klagenævnets formand har i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 10, stk. 4, besluttet, at sagen skal behandles af to formænd og to sagkyndige.

Klagenævnet ved de to formænd afsagde den 29. juli 2014 delkendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagenævnet fandt, at betingelsen om ”fumus boni juris” var opfyldt, idet der var udsigt til, at TEAM OPP ville få medhold i påstand 1 om, at regionen ”har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at have evalueret de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid” i overensstemmelse med det anførte i udbudsbetingelserne, som ændret ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014”. Klagenævnet fandt endvidere, at der var udsigt til, at påstand 3 om annulation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge.

Region Midtjylland meddelte ved brev af 25. september 2014 klagenævnet og TEAM OPP, at regionen fortsat agtede at indgå kontrakt med TEAM KPC. Kontrakt er herefter indgået, jf. regionens offentliggjorte meddelelse af 27. november 2014.

Klagenævnet afsagde den 27. februar 2015 kendelse i en tvist om omfanget af TEAM OPP's aktindsigt.

Klagenævnet afsagde den 17. august 2015 delkendelse om, at der ikke var grundlag for at afvise klagen som følge af ændringer i TEAM OPP's identitet. Klagenævnet fandt herved, at en af Region Midtjylland accepteret udskiftning, før tilbuddet blev indgivet, af en af de oprindelige konsortiedeltagere i ansøgningen om prækvalifikation entreprenøren, MT Højgaard A/S, med A. Enggaard A/S, ikke kunne føre til afvisning af klagen. Det samme gjaldt en ændring, hvorefter Bricks A/S fra i prækvalifikationsansøgningen at være forpligtende underleverandør overgik til i tilbuddet at være konsortiedeltager, men alene for så vidt angår købet af ejendommene i Risskov (AUH, Risskov). Den omstændighed, at

TEAM OPP efter indgivelsen af klagen og afsigelsen af delkendelsen om opsættende virkning havde varslet ændringer i sammensætningen af klagerkonsortiet i relation til klagesagen, kunne heller ikke føre til afvisning af klagen. Klagenævnet fandt derimod, at indtræden af Kemp & Lauritzen A/S, som i prækvalifikationsansøgningen var anført som forpligtende underleverandør, i kredsen af klagere måtte anses for en selvstændig klage fra denne virksomhed. Selskabet kunne således ikke anses for en del af ansøger- og tilbudsgiverkonsortiet, ”TEAM OPP”, og dermed som part i det konsortium, som indgav klage den 1. juli 2014. Da klagen fra Kemp & Lauritzen A/S blev indgivet efter udløbet af fristen i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7, stk. 2, nr. 1, blev klagen afvist. På grundlag af en tilkendegivelse fra konsortiedeltageren A. Enggaard A/S af 22. marts 2015 fandt klagenævnet, at denne virksomhed måtte anses for at være udtrådt af klagesagen. Med hensyn til de øvrige konsortiedeltagere fandt klagenævnet ikke med fornøden sikkerhed at kunne lægge til grund, at den varslede ændring af klagerkonsortiet, hvorefter visse andre konsortiedeltagere også ville udtræde, rent faktisk var gennemført. De ansås herefter fortsat for at være en del af TEAM OPP i relation til klagesagen. Klagenævnets afgørelse for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det ansøgende og tilbudsgivende konsortium ”TEAM OPP” tillige omfattede Kemp & Lauritzen A/S, og om Kemp & Lauritzen A/S dermed skal anses for part i klagesagen som en del af klagerkonsortiet, TEAM OPP, er indbragt for domstolene ved Kemp & Lauritzen A/S’ stævning af 12. oktober 2015.

Hvor andet ikke fremgår nedenfor anvendes ”TEAM OPP” i det følgende som samlet betegnelse for klagerkonsortiet i dets skiftende sammensætninger under udbudsprocessen og under klagesagen.

Sagen har været behandlet på et møde den 12. januar 2016.

Der har under forberedelsen været rejst spørgsmål om, hvorvidt mødet i sagen burde afvente EU-Domstolens dom i den præjudicielle forelæggelsessag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark. Klagenævnet har den 9. december 2015 meddelt parterne, at nævnet finder, at der uden en udsættelse af mødet vil kunne tages hensyn til dommens mulige betydning for, hvorledes ændringerne i TEAM OPP (udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S, og ændringen af Bricks A/S rolle fra i prækvalifikationsansøgningen at være forpligtende underleverandør til i tilbuddet at være konsortiedeltager, men alene for så vidt angår købet af ejendommene i Risskov), skal bedømmes. Spørgsmålet om konditionsmæssigheden af TEAM OPP’s tilbud og betydningen heraf for påstandene om annullation og erstatning vil således om fornødent kunne udskilles og behandles efterfølgende på skriftligt grundlag, når dommen i sag C-396/14 foreligger. Klagenævnet meddelte samtidig parterne, at påstanden om erstatning (påstand 5) under alle omstændigheder udskilles til eventuel særskilt behandling på skriftligt grundlag.

Parternes påstande

TEAM OPP har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at have evalueret de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid” i overensstemmelse med det anførte i udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 2 ved at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i

konsortium med Pensionskassernes Administration (PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension) (”TEAM KPC”).

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands beslutning af 25. juni 2014 om at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration (PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension) (”TEAM KPC”).

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at en evaluering af underkriteriet ”Pris” i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, ville have ført til, at TEAM OPP havde afgivet det for Region Midtjylland økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor TEAM OPP skulle have været tildelt den udbudte OPP-kontrakt.

Påstand 5

Region Midtjylland tilpligtes at anerkende at skulle betale TEAM OPP erstatning, således at TEAM OPP stilles som om:

1. Principalt: At TEAM OPP havde fået tildelt den udbudte OPP-kontrakt og salgsaftale, således at Region Midtjylland skal erstatte TEAM OPP den fortjeneste, som TEAM OPP herved mistede (positiv opfyldelsesinteresse).
2. Subsidiært: At TEAM OPP ikke havde deltaget i udbuddet, således at TEAM OPP’s forgæves afholdte udgifter ved tilbudsafgivning skal erstattes af Region Midtjylland (negativ kontraktinteresse).

Region Midtjylland har påstået, at påstand 1-4 ikke tages til følge og frifindelse for så vidt angår påstand 5.

Som nævnt er spørgsmålet om erstatning udskilt til efterfølgende særskilt behandling.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, at have fastsat og anvendt uklare og indbyrdes modstridende kriterier for evalueringen de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid”.

Påstand 3

Region Midtjyllands beslutning af 25. juni 2014 om at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration

(PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension) annulleres.

Påstand 2 og 4 tages ikke til følge.

Region Midtjylland skal inden 14 dage betale 200.000 kr. i sagsomkostninger til TEAM OPP (bestående af DEAS A/S, PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, Sampension A/S (identisk med Sampension KP Livs- forsikring a/s og Sampension KP) og Bricks A/S) v/Bricks A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Katja Høegh

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard

fuldmægtig

K E N D E L S E

M. J. Eriksson A/S
(advokat Morten Winsløw, Greve)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 186-336519 af 22. september 2015 udbød Aarhus Kommune som begrænset udbud to anlægsentrepriser på Aarhus Ø: Anlæg af Bernhardt Jensens Boulevard (delaftale 1) og etablering af Rekreativ forbindelse Nord (delaftale 2).

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 4. november 2015, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. december 2015 havde fire af de fem prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud på delaftale 2, bl.a. Aarsleff - Danjord JV I/S og M. J. Eriksson A/S. Den 22. december 2015 besluttede Aarhus Kommune at indgå kontrakt med Aarsleff - Danjord JV I/S.

Den 29. december 2015 indgav M. J. Eriksson A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. M. J. Eriksson A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet ikke at tage stilling til, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, og har i stedet afgjort sagen, jf. lov om hånd-

hævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 10, stk. 6. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

M. J. Eriksson A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at forkaste M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til M. J. Eriksson A/S' manglende opfyldelse af udbudsmaterialets krav om, at tilbudsposten i TAG'en afsnit 1.0.1.1-2. ikke må overstige 5 %, uanset at tilsidesættelse af dette krav ikke kunne føre til, at M. J. Eriksson A/S' tilbud skulle forkastes.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Aarhus Kommunes beslutning af 22. december 2015 om at tildele Aarsleff - Danjord JV I/S kontrakten om delaftale 2 Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord.

M. J. Eriksson A/S har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Aarhus Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne af 4. november 2015 er anført følgende vedrørende "Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)":

"...

2.7 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er laveste pris. Kontrakten tildeles således den tilbudsgiver, der har tilbudt den laveste tilbudssum.

...

3. Procedurer og konkurrencevilkår

...

3.1.6 Tilbudsgivers forbehold

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, medfører, at Aarhus Kommune har pligt til at se bort fra tilbuddet. Ved forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har Aarhus Kommune ret til at se bort fra tilbuddet.

...”

”Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG)” indeholder til brug for afgivelse af tilbud og afregning med den vindende entreprenør forudsætninger for fastsættelse af mængder i tilbudslisten, som vedrører omfanget af ydelser under de enkelte poster og underposter i tilbudslisten.

Tilbudslistens hovedpost 1 omfatter ”Arbejdsplads”, og tilbudslistens post 1.0.1 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads”. For så vidt angår post 1.0.1 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” skulle tilbudsgiveren bl.a. dels afgive tilbud på ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” (underpost 1.0.1.1), dels ”Drift af arbejdsplads herunder leje og drift af mandskabsvogne, container” (underpost 1.0.1.2).

Underpost 1.0.1.2 ”Drift af arbejdsplads herunder leje og drift af mandskabsvogne, container” var udelukkende relevant, hvis den fastlagte byggetid blev overskredet, og entreprenøren som konsekvens heraf var berettiget til betaling for forlænget byggetid.

”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” for arbejdet indeholder følgende bestemmelse:

...”

1.0.1.1-2 Indretning, drift og rømning af arbejdsplads

Entreprenørens faste tilbudspris skal indeholde alle udgifter til etablering, drift, ryddeligholdelse og fjernelse af arbejdsplads med tilhørende stationært materiel og installationer m.v.

Den faste sum skal omfatte alle de i SAB - Styring og samarbejde anførte ydelser i det omfang, de pågældende ydelser ikke er indeholdt i efterfølgende poster og underposter.

Endvidere skal prisen indeholde alle udgifter til nødvendige generelle interim sforanstaltninger og til retablering af arbejdsområdet efter arbejdets afslutning.

Fornøden opvarmning, rengøring og belysning af alle skure skal være indregnet i tilbuddet. Udgifter i forbindelse med gener på grund af strømafbrydelse eller manglende vand, er bygherren uvedkommende.

Alle udgifter i forbindelse med sikkerheds- og sundhedsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet.

Udgifter til renholdelse af offentlige og private veje efter f.eks. affalds-transporter skal afholdes af entreprenøren og være indeholdt i tilbudsprisen.

Alle udgifter til etablering af kontorskur med de angivne muligheder for it-forbindelser.

Denne post må ikke overstige 5 % af den samlede tilbudssum.

...”

Af ”Fælles betingelser Anlægsarbejder i Aarhus Kommune” af 24. juni 2014 fremgår:

...”

§ 22. Efter skriftlig anmodning til bygherren har entreprenøren én gang hver måned ret til betaling for udført arbejde m.v. Bygherren skal senest 15 arbejdsdage fra modtagelse af anmodningen, ... betale det beløb, der på byggepladsen er ydet kontraktmæssige arbejder og materialer for.

...”

M. J. Eriksson A/S afgav på delaftale 2 et tilbud på 94.679.000 kr. Prisen på udførelse af punkt 1.0.1.1-2 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” var på i alt 5.595.707 kr.

Den 22. december 2015 meddelte Aarhus Kommune M. J. Eriksson A/S, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet det ikke opfyldte kravet i Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2, ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads”. I brevet står endvidere:

...”

... Henset til at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S’ tilbud desuden ikke kan prissættes, er Aarhus Kommune derfor nødsaget til at afvise M. J. Eriksson A/S’ tilbud som ukonditionsmæssigt. Tilbuddet fra M. J. Eriksson A/S er således ikke indgået i tilbudsvurderingen.

...”

Aarsleff – Danjord JV I/S afgav næstlaveste tilbud på 98.630.000 kr.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

M. J. Eriksson A/S har overordnet gjort gældende, at M. J. Eriksson A/S som lavestbydende på delaftale 2 skal tildeles kontrakten, og at der ikke var grundlag for at forkaste M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

M. J. Eriksson A/S har erkendt ikke at have overholdt bestemmelsen i TAG'en punkt 1.0.1.1-2, der kun er gengivet et sted i udbudsmaterialet, og som går ud på, at 2 mindre betydende poster ikke i sig selv må overstige 5 % af den samlede tilbudssum. Bestemmelsen kan ikke betragtes som et væsentligt minimumskrav, men kan alene opfattes som en ordensforskrift og kan ikke sidestilles med et forbehold, der vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Overskridelsen af 5 %-grænsen har ikke nogen som helst indflydelse på tildelingskriteriet. Udbudsbetingelserne kan ikke opfattes anderledes end, at det er den samlede laveste tilbudssum, der er udslagsgivende for, hvem kontrakten tildeles. Det er af absolut underordnet betydning om 2 mindre betydende poster er prissat til < 5 % eller til 5,91%. I den forbindelse bemærkes, at posterne i punkt 1.0.1.1. og 1.0.1.2 er tilbudt i henholdsvis fast pris (1.0.1.1.) og en pris, det sandsynligvis slet ikke bliver relevant at bringe i anvendelse fordi prisen på 26.187 kr. skal gælde pr. uge, hvis byggetiden overskrides (1.0.1.2.). Det vil ikke medføre nogen form for relevant skadevirkning for de øvrige tilbudsgivere, hvis M. J. Eriksson A/S tildeles kontrakten på delaftale 2. De øvrige tilbudsgivere vil ikke kunne påstå, at M. J. Eriksson A/S' tilbud skal tilsidesættes som ukonditionsmæssigt som en følge af, at tilbudsgiverne ikke er blevet behandlet lige. Det skyldes, at der ikke kan peges på antydningen af en konkret skadevirkning for de øvrige bydende som følge af, at de øvrige bydende vel har holdt sig indenfor de 5 % i punkt 1.0.1.1 og 1.0.1.2., men notorisk har tilbudt en samlet, væsentlig højere tilbudssum, der ikke kunne give de pågældende berettigede forventninger om at få tildelt kontrakten. Aarhus Kommune har i øvrigt uret i, at den konstaterede afvigelse fra grænsen på 5 % ikke lader sig prissætte. Det beløb, M. J. Eriksson A/S' tilbud overstiger de 5 % i henhold til tilbudslistens punkt 1.0.1.1 og 1.0.1.2, er i alt 861.757 kr. Lægges dette beløb til M. J. Eriksson A/S' tilbud, er det fortsat utvivlsomt, at M. J. Eriks-

son A/S skal tildeles kontrakten på delaftale 2 i henhold til det valgte tildelingskriterium.

Sund fornuft tilsiger, at det aldrig har været hensigten med udbudsretlige regler, der skal værne mod forskelsbehandling og uigennemsigtige krav i udbudsmaterialet samt mod forskelle i tilbudsgiveres grundlag for at afgive deres tilbud, at en kommune skal afskære sig fra at kunne antage det billigste tilbud i en situation, hvor der sker overtrædelse af en bestemmelse, der notorisk ingen betydning har for ligebehandlingen af de bydende eller for gennemsigtigheden i udbudsprocessen – og grundlæggende ingen betydning har for det valgte tildelingskriterium.

M. J. Eriksson A/S har endvidere henvist til Fælles Betingelser for anlægsarbejder i Aarhus Kommune. Det fremgår af den for entreprisen gældende præcisering til AB 92 § 3, stk. 3, at "[å]benbare fejl i tilbudslistens enhedspriser korrigeres, således at differencen fordeles ligeligt over alle tilbudslistens enhedspriser, og den samlede tilbudssum opretholdes". Det må opfattes som et fornuftigt princip om at tilstræbe at opretholde hensynet til det væsentlige, således at det er den samlede tilbudssum, der er i fokus. Åbenbare, ubetydelige fejltagelser må vige for dette. Præciseringen til AB 92 § 3, stk. 3, skal læses i sammenhæng med AB 92 § 3, stk. 3, der i sidste punktum dokumenterer, at der konkurreres på den samlede pris.

Det lader heller ikke til, at Aarhus Kommune tillægger enhedsprisen vægt, jf. det uddybende svar, hvori der henvises til, at den påståede ukonditionsmæssighed er knyttet til den omstændighed at post 1.0.1.1. andrager 5,5 % af den samlede tilbudssum.

Uddybningen fra Aarhus Kommune i mailen af 23. december 2015 gør det i øvrigt uklart, om kommunen med formuleringen af hovedpunkt 1 "Arbejdsplads", underpunkt 1.0.1.1-2, i realiteten har ment, at det alene var underpunkt 1.0.1.1, der ikke måtte overstige 5 % og ikke, som en umiddelbar læsning fører til, underpunkt 1.0.1.1. og underpunkt 1.0.1.2.

Denne uklarhed medfører i sig selv, at der ved vurderingen af de bydendes tilbud bør ses bort fra ordensforskriften i TAG'en om maksimering til 5 %, da den er såvel uklar som betydningsløs.

Aarhus Kommune har ikke i udbudsmaterialet anført, at manglende iagttagelse af bestemmelsen kunne føre til afvisning af tilbuddet.

Forrangen indebærer bl.a., at princippet bag AB 92 § 3, stk. 3, med den valgte præcisering må antages at gælde forud for ordensforskriften i TAG'en om maksimering af posterne 1.0.1.1 og 1.0.1.2 til 5 %.

Afslutningsvis har M. J. Eriksson A/S bestridt, at der er en likviditetsmæssig fordel ved at opnå forudbetaling af en del af entreprisen, idet pengeinstitutterne ikke forrenter indsatte beløb.

Aarhus Kommune har fastholdt, at M. J. Eriksson A/S' tilbud er ukonditionsmæssigt, og som en konsekvens heraf bestridt, at kommunen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud.

"Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG)" indeholdt i pkt. 1.0.1.1-2 et utvetydigt krav om, at underpost 1.0.1.1 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" ikke måtte overstige 5 % af den samlede tilbudssum.

M. J. Eriksson A/S' samlede tilbud lød på 94.679.000 kr., og virksomhedens pris for underpost 1.0.1.1 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" på 5.202.902 kr. svarede til 5,5 % af den samlede tilbudssum.

Da M. J. Eriksson A/S' tilbud således ikke opfylder kravet i tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2, har kommunen været berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det bemærkes i den forbindelse, at M. J. Eriksson A/S har erkendt, at virksomhedens tilbud ikke opfylder kravet i tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2. M. J. Eriksson A/S har imidlertid anført, at "5%-grænsen ikke øver nogen som helst indflydelse på tildelingskriteriet", og at det derfor "ikke vil medføre nogen form for relevant skadevirkning for de øvrige bydende hvis [M. J. Eriksson A/S] tildeles kontrakten på delaftale 2."

Eftersom kommunen i sit udbudsmateriale har stillet et udtrykkeligt krav om, at underposten "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" ikke må

overstige 5 % af tilbudssummen, er det irrelevant, om det pågældende forhold har indflydelse på tildelingskriteriet.

M. J. Eriksson A/S har desuden gjort gældende, at afvigelsen i virksomhedens tilbud let kunne prissættes som differencen mellem det prissatte beløb på 5.202.902 kr. ekskl. moms og 5 % af tilbudssummen på 94.679.000 kr. ekskl. moms eller 4.733.950 kr.

Aarhus Kommune har bestridt, at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud kan prissættes som differencen mellem M. J. Eriksson A/S' pris på underposten og 5 % af virksomhedens tilbudssum. En prissætning af afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud kræver, at det er muligt at prissætte den likviditetsmæssige fordel, M. J. Eriksson A/S har fået frem for de øvrige tilbudsgivere ved at fravige 5 %-kravet. Aarhus Kommune har med henvisning hertil fastholdt, at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud ikke lader sig prissætte.

Aarhus Kommune har i øvrigt bemærket, at M. J. Eriksson A/S – uanset om afvigelsen i virksomhedens tilbud lader sig prissætte eller ej – var berettiget til at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt, jf. også ”Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)” pkt. 3.1.

Aarhus Kommune har vedrørende M. J. Eriksson A/S' bemærkninger om AB92 § 3, stk. 3, henvist til det ovenfor anførte, idet Aarhus Kommune samtidig har bemærket, at der ikke er tale om en ”åbenbar fejl”, hvorfor henvisningen til præciseringen af AB92 § 3, stk. 3, i ”Fælles Betingelser Anlægsarbejder i Aarhus Kommune” allerede af denne grund af irrelevant. Hertil kommer i øvrigt, at det ikke er givet, at M. J. Eriksson A/S' tilbudssum ville have været den samme, såfremt virksomhedens pris på ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” havde været lavere, idet en høj pris på denne underpost som nævnt kan have givet M. J. Eriksson A/S likviditetsmæssige fordele.

M. J. Eriksson A/S har endelig gjort gældende, at det er uklart, om 5 %-kravet i ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” punkt 1.0.1.1-2 udelukkende relaterer sig til tilbudslistens underpost 1.0.1.1 eller til den samlede sum af tilbudslistens underposter 1.0.1.1. og 1.0.1.2.

Aarhus Kommune har heroverfor gjort gældende, at det klart følger af ordlyden af ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” punkt 1.0.1.1-2, at 5 %-kravet relaterer sig til underpost 1.0.1.1. Kommunen henviser i den forbindelse til både overskriften til punktet og angivelsen af kravet i sidste punktum, jf. særligt formuleringen ”denne post”, idet det samtidig fremhæves, at tilbudslisten ikke indeholder en samlet post omfattende både underpost 1.0.1.1 og underpost 1.0.1.2. Underpost 1.0.1.2 er i øvrigt udelukkende relevant, hvis projektet forsinkes, og entreprenøren som følge heraf er berettiget til betaling for forlænget byggetid.

Endelig har Aarhus Kommune gjort gældende, at uanset at kravet måtte være uklart, er M. J. Eriksson A/S’ tilbud ukonditionsmæssigt, og en eventuel uklarhed i udbudsmaterialet har derfor ikke haft betydning for konditionsmæssigheden i tilbuddet.

Aarhus Kommune var derfor forpligtet og under alle omstændigheder berettiget til at afvise M. J. Eriksson A/S’ tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

M. J. Eriksson A/S har gjort gældende, at klagenævnet efter det under påstand 1 anførte skal annullere Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere kommunens tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” vedrørende ”Arbejdsplads”, at posten vedrørende 1.0.1.1-2 ikke måtte overstige 5 % af den samlede tilbudssum. M. J. Eriksson A/S afgav med sit tilbud på 94.679.000 kr. tilbuddet med den laveste tilbudssum, mens Aarsleff - Danjord JV I/S med en pris på 98.630.000 kr. afgav tilbuddet med den næstlaveste tilbudssum. M. J. Eriksson A/S’ tilbud vedrørende post 1.0.1.1-2 udgjorde mere end 5 % af det samlede tilbud. Som anført af Aarhus Kommune, ville M. J. Eriksson A/S derved opnå en likviditetsmæssig fordel ved efter påkrav at kunne få dette beløb udbetalt. Forbeholdet kunne ikke prissættes, da det er

et forbehold vedrørende prisen. Aarhus Kommune var derfor berettiget til at se bort fra M. J. Eriksson A/S' tilbud.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det under påstand 1 anførte, at Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning ikke annulleres.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

M. J. Eriksson A/S skal betale sagsomkostninger til Aarhus Kommune med 7.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne påstand.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig

Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)



INDHOLDSFORTEGNELSE

BESTEMMELSER OM UDBUD OG TILBUD (BUT)	3
1. Alment	3
2. Orientering	3
2.1 Bygherre	3
2.2 Administrator af udbuddet	3
2.3 Entreprisen	3
2.4 Udbudsmateriale	5
2.5 Kontraktform	5
2.6 Forventet udbudstidsplan	5
2.7 Tildelingskriterium	6
3. Procedurer og konkurrencevilkår	6
3.1 Vilkår for afgivelse af tilbud	6
3.2 Formkrav til tilbuddets opbygning, indhold og aflevering	7
3.3 Tilbudsbehandling	9
3.4 Procedure for behandling af tilbud	10
4. Tilbudsdisposition	10
4.1 Generelle formkrav	10
4.2 Disposition af tilbuddet	11

BESTEMMELSER OM UDBUD OG TILBUD (BUT)

1. Alment

Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT) indeholder dels orienterende oplysninger om det udbudte projekt, dels bindende bestemmelser for udbud og tilbud.

2. Orientering

2.1 Bygherre

Bygherren er:
Aarhus Kommune,
Teknik og Miljø, Center for Byens Anvendelse
Kalkværksvej 10
8000 Aarhus C
Att.: Helle Svantemann
E-mail: hesv@aarhus.dk
Tlf.: 2920 8517

2.2 Administrator af udbuddet

COWI A/S administrerer udbudsproceduren for ordregiver.
Alle henvendelser under udbudsforretningen skal rettes til:
COWI A/S
Att. Sisse Pedersen
Jens Chr. Skous Vej 9
8000 Aarhus C
E-mail: spe@cowi.dk
Tlf.: 5159 6533

2.3 Entreprisen

I 2003 vedtog Aarhus Byråd en Helhedsplan for De Bynære Havnearealer. Omdrejningspunktet for planen bliver et helt nyt område tæt på kysten og med en ny og levende bydel, med både boliger, erhverv og rekreative byrum. Bydelen er tæt på centrum og forbindes mod nord og syd, med en rekreativ forbindelse for cyklister og fodgængere.

Aarhus Kommune, Center for Byens Anvendelse udfører projekterne Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord og Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard som et led i at realisere Helhedsplanen. Se også projekternes hjemmeside www.aarhuso.dk.

Projektet er opdelt i 2 delaftaler:

Delaftale 1 - Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard
Delaftale 2 - Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord

Som nærmere omtalt nedenfor.

2.3.1 Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard

Anlægsarbejdet Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard strækker sig fra området lige nord for Nørreportskrydset mod nord til lige syd for Jette Tikøbs Plads ved Bugtpromenaden som er afgrænsningen af Aarhus Ø mod Aarhus Bugt.

Projektet består i anlæg af de indledende jord- lednings- og belægningsarbejder for boulevarden. Der udføres ligeledes betonforstøbninger på de eksisterende kajkanter mod Bassin 5 og 7 samt spuns gennem den nuværende Pier 3. Projektet omfatter også etablering af brovederlag. Ligeledes udføres beplantning og udstyr.

Der henvises til kontraktgrundlaget for en nærmere beskrivelse af projektets omfang.

Rådgiver:
Sweco A/S
Att. Karl Erik Skovgaard Jensen
Dusager 12
8200 Aarhus N
E-mail: karlerikskovgaard.Jensen@sweco.dk
Tlf.: 2723 5214

2.3.2

Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord

Anlægsarbejdet Aarhus Ø, Rekreative forbindelse Nord etablerer anden etape af den rekreative forbindelse, som strækker sig fra Nørreportskrydset til Fiskeri-, Træskibs- og Lystbådehavnen (FTL-havnen) nord for Hjortholmsvej.

Projektet omfatter anlæg af en ny kanal, som etableres fra eksisterende kanal ved Nørreportkrydset og tilsluttes det eksisterende havnebassin i FTL-havnen. For gennemføring af kanalforbindelsen til FTL-havnen etableres en ny vejbro ved Hjortholmsvej og der etableres et større havnebassin samt et trappeanlæg.

Projektet omfatter desuden anlæg af en promenade i form af en stiforbindelse for fodgængere og cyklister. Stiforbindelsen anlægges parallelt med den nye kanal. Den nye cykelsti forbindes til den allerede anlagte stiforbindelse, ved en ny cykelrampe som tilsluttes til eksisterende tunnel og cykelrampe under Nørreportskrydset. Nærværende anlægsarbejde inkluderer også færdiggørelsesarbejder på den eksisterende sydlige cykelrampe og i tunnelen. Anlægsarbejdet omfatter også arbejder i FTL-havnen, hvor den eksisterende kajkonstruktion skal renoveres og udvides, mens et eksisterende beddingsanlæg skal nedlægges.

Projektet udvider og forlænger den eksisterende Hjortholmsvej frem til den nye vejforbindelse, Bernhardt Jensens Boulevard.

Jernbaneoverkørsel og sporkonstruktion ved Hjortholmsvej brydes op og anden entreprenør etablerer nye ledningsanlæg som krydser banen. Overkørslen reetableres med asfaltbelægning.

Endvidere udføres der blandt andet forberedende arbejder i form af nedrivning af to bygninger og en betondækningsgrav samt flytning af en bygning, beplantningsarbejder, arbejder med belysning, aptering af kanal, trappeanlæg til blandt andet eksisterende perron, ståltrappe ved Nørreportskrydset og montering af inventar.

På nuværende tidspunkt er entreprenører og ledningsejere i gang med forberedende ledningsomlægninger og ultimo 2015 igangsættes forberedende fjernelse af rammehindringer forud for nærværende entreprise.

Der henvises til kontraktgrundlaget for en nærmere beskrivelse af projektets omfang.

Rådgiver:
COWI A/S
Att. Sisse Pedersen
Jens Chr. Skous Vej 9
8000 Aarhus C
E-mail: spe@cowi.dk
Tlf.: 5159 6533

2.3.3 Afgivelse af tilbud

Der skal afgives separate tilbud på de to anlægsarbejder. Tilbudsgiver kan afgive tilbud på et eller begge anlægsarbejder. Derudover kan der afgives et samlet tilbud omfattende begge de to udbudte anlægsarbejder.

2.4 Udbudsmateriale

Udbudsmaterialet omfatter følgende dokumenter:

Fælles for de to anlægsarbejder:

- Nærværende Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT), af 04. november 2015.
- Fællesbetingelser for anlægsarbejder i Aarhus Kommune, juni 2014 (AB92 med præciseringer og fravigelser)

Udover de fælles dokumenter er følgende dokumenter gældende for anlægsarbejdet Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard:

- Kontraktudkast med tilhørende bilag, Kontrakt-BJB udg. 0, af 04. november 2015
- Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB), SAB-BJB udg. 0, af 30. oktober 2015
- Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG), TAG-BJB udg. 0, af 30. oktober 2015
- Tilbudsliste, TBL-BJB udg. 0, af 30. oktober 2015
- Tegningsbilag i henhold til tegnings- og dokumentfortegnelse, E-8544/T001, af 04. november 2015
- Bilag i henhold til bilagsoversigt, af 30. oktober 2015

Udover de fælles dokumenter er følgende dokumenter gældende for anlægsarbejdet Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord:

- Kontraktudkast med tilhørende bilag, A056417_1_D506 af 04. november 2015
- Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB), A056417_1_D502 af 30. oktober 2015
- Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG), A056417_1_D505 af 30. oktober 2015
- Tilbudsliste, A056417_1_D503 af 30. oktober 2015
- Tegningsbilag i henhold til dokumentfortegnelse, E-9358_1_D101 af 04. november 2015
- Bilag i henhold til bilagsoversigt, af 30. oktober 2015

2.5 Kontraktform

Arbejdet udbydes i hovedentreprise.

2.6 Forventet udbudstidsplan

- | | |
|--|---------------|
| • Udbudsmaterialet uploades til Share Point | 04. nov. 2015 |
| • Orienteringsmøde for entreprenører | 19. nov. 2015 |
| • Sidste spørgsmål stilles senest | 03. dec. 2015 |
| • Sidste rettelser uploades og sidste spørgsmål besvares | 10. dec. 2015 |
| • Licitation | 17. dec. 2015 |

- Udsendelse af underretningsmeddelelse 18. dec. 2015
- Standstill udløber 15. jan. 2016
- Kontraktunderskrivelse 18. jan. 2016

Anlægsarbejderne skal gennemføres i perioden forår 2016 til medio 2017 i henhold til:

For delaftale 1, Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard, hovedtidsplan vedlagt som bilag 2 til udbudsmaterialet.

For delaftale 2, Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord, hovedtidsplan vedlagt som bilag B til udbudsmaterialet.

2.7 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er laveste pris. Kontrakten tildeles således den tilbudsgiver, der har tilbudt den laveste tilbudssum.

Ved sammenligning af separate tilbud på de to anlægsarbejder med et samlet tilbud omfattende begge anlægsarbejder lægger Aarhus Kommune ligeledes vægt på, hvilken løsning der samlet set giver den for Aarhus Kommune laveste pris, således at et samlet tilbud på begge anlægsarbejder kun vil blive valgt, såfremt det samlet set fører til den laveste pris for Aarhus Kommune i forhold til summen af den laveste pris på de to anlægsarbejder.

3. Procedurer og konkurrencevilkår

3.1 Vilkår for afgivelse af tilbud

3.1.1. Udbudsform

Arbejdet udbydes i begrænset udbud iht. EU's Udbudsdirektiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004, jfr. Udbudsbekendtgørelse 2015/S 186-336519, offentliggjort den 22. september 2015.

3.1.2. Alternative tilbud

Der kan ikke afgives alternative tilbud.

3.1.3. Vedståelsesfrist

Tilbuddet skal være bindende i 90 dage regnet fra licitationsdagen.

Selv om Aarhus Kommune indgår aftale med vinderne/vinderen af udbuddet, er tilbudsgiver fortsat forpligtet til at vedstå sit tilbud, indtil der foreligger en ubetinget aftale, dog ikke længere end i 90 dage regnet fra licitationsdagen.

3.1.4. Aftalegrundlag

Aftale vil blive indgået på basis af det vedlagte kontraktudkast. Kontraktudkastet skal ikke udfyldes af tilbudsgiver. Kontraktudkastet udfyldes af Aarhus Kommune i tilfælde af en aftaleindgåelse.

3.1.5. Konsortier

Såfremt tilbuddet afgives af en sammenslutning af virksomheder (konsortium), påtager de deltagende virksomheder sig solidarisk ansvar og hæfter solidarisk over for Aarhus Kommune. Endvidere skal de deltagende virksomheder udpege en befuldmægtiget, som Aarhus Kommune med bindende virkning for sammenslutningen kan indgå aftaler med.

Afgives tilbuddet af et konsortium, skal tilbuddet derfor vedlægges en erklæring om direkte, ubegrænset og solidarisk hæftelse mellem alle deltagere i konsortiet samt en bemyndigelse til en af deltagerne i konsortiet til ubegrænset at kunne forpligte de øvrige medlemmer af konsortiet ved sin underskrift.

Erklæringen, der skal underskrives af alle medlemmer af konsortiet, findes som bilag til kontraktudkastet.

3.1.6. Tilbudsgivers forbehold

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, medfører, at Aarhus Kommune har pligt til at se bort fra tilbuddet. Ved forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har Aarhus Kommune ret til at se bort fra tilbuddet.

Det understreges, at faglige forbehold, jf. ovenstående, giver Aarhus Kommune ret til at afvise tilbuddet og forpligter Aarhus Kommune til at afvise tilbuddet, såfremt de faglige forbehold indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontrakten.

Entreprenørerne opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. afsnit 3.2.2, således at forbehold i videst muligt omfang kan undgås.

3.1.7. Ejendomsret

Udbudsmaterialet og de informationer, der findes heri, er Aarhus Kommunes ejendom og skal behandles fortroligt. Det må ikke kopieres og/eller bruges i andre sammenhænge uden skriftlig tilladelse.

3.2 Formkrav til tilbuddets opbygning, indhold og aflevering

3.2.1 Formkrav

Tilbuddet skal være skriftligt og afgives på dansk.

De(n) vedlagte tilbudsliste(r) skal benyttes i forbindelse med tilbudsafgivningen i uændret form. Tilbudslisten skal afleveres underskrevet. Tilbudsgiver opfordres til at udfylde tilbudslisten elektronisk.

Afgivelse af tilbud på delaftale 1 - Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard:

Tilbudslisten indeholder to kolonner "Særskilt bud BJB" og "Bud BJB ved samtidig bud RFN".

Såfremt tilbudsgiver ønsker at afgive tilbud på delaftale 1 - Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard skal kolonnen "Særskilt bud BJB" udfyldes og samlesiden BJB (Bernhardt Jensens Boulevard) skal udfyldes og underskrives.

Afgivelse af tilbud på delaftale 2 - Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord:

Tilbudslisten indeholder to kolonner "Særskilt bud RFN" og "Bud RFN ved samtidig bud BJB".

Såfremt tilbudsgiver ønsker at afgive tilbud på delaftale 2 - Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord skal kolonnen "Særskilt bud RFN" udfyldes og samlesiden RFN (Rekreativ forbindelse Nord) skal udfyldes og underskrives.

Afgivelse af samlet tilbud på delaftale 1 og delaftale 2:

Såfremt entreprenøren ønsker at afgive et samlet tilbud på begge de to anlægsarbejder skal entreprenøren også afgive særskilt bud på de to delaftaler. Således

skal entreprenøren, såfremt denne ønsker at afgive et samlet tilbud på de to delaftaler, udfylde og underskrive følgende dokumenter:

- For tilbud på delaftale 1 udfyldes "Særskilt bud BJB" som nævnt ovenstående.
- For tilbud på delaftale 2 udfyldes "Særskilt bud RFN" som nævnt ovenstående.
- For samlet tilbud på begge de to anlægsarbejder skal entreprenøren udfylde følgende:

- For delaftale 1 - Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard:
Kolonnen "Bud BJB ved samtidig bud RFN" skal udfyldes og samlesiden BJB+RFN skal udfyldes og underskrives.

- For delaftale 2 - Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord:
Kolonnen "Bud RFN ved samtidig bud BJB" skal udfyldes og samlesiden RFN+BJB skal udfyldes og underskrives.

Alle positioner i tilbudslisten skal udfyldes. Tilbudsgiver er således ikke berettiget til at "slå" flere positioner sammen ved udfyldelse af tilbudslisten. Positioner, som ikke indebærer en økonomi, udfyldes med "0" eller "-". Er alle positioner i tilbudslisten ikke udfyldt, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt og vil ikke indgå i den videre behandling.

Det er tilbudsgivers ansvar at sikre, at afgivne tilbud overholder alle de i udbudsmaterialet fastlagte krav. Det er endvidere tilbudsgivers ansvar, at tilbudslisten er korrekt udfyldt.

Tilbuddet bedes endvidere vedlagt produktblade for de i tilbuddet indeholdte belysningsarmaturer.

3.2.2

Spørgsmål til udbudsmaterialet

Der afholdes orienteringsmøde for alle prækvalificerede ansøgere den 19. november 2015 fra kl. 14.00 til 16.00 på adressen:

Aarhus Kommune, Teknik og Miljø, Center for Byens Anvendelse
Kalkværksvej 10
8000 Aarhus C
Lokale 0.130

Der vil blive udarbejdet referat af mødet, som fremsendes til alle prækvalificerede.

Frist for modtagelse af spørgsmål til udbudsmaterialet er den 3. december 2015 kl. 14.00.

Spørgsmålene vil blive besvaret skriftligt, og alle spørgsmål og svar vil, i anonymiseret form, blive udsendt til alle prækvalificerede senest den 10. december 2015.

Spørgsmål, der modtages efter ovennævnte tidspunkt, vil kun blive besvaret, såfremt det er muligt at besvare dem senest 6 kalenderdage inden tilbudsfristens udløb.

Eventuelle spørgsmål til udbudsmaterialet skal fremsendes **skriftligt** pr. mail til administrator af udbudsproceduren:

COWI A/S
att.: Sisse Pedersen
spe@cowi.dk

jævnfør afsnit 2.2.

Spørgsmål vedr. Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard bedes mærket i emnefeltet med **"Aarhus Ø, Bernhardt Jensens Boulevard - spørgsmål"**.

Spørgsmål vedr. Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord bedes mærket i emnefeltet med **"Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord - spørgsmål"**.

3.2.3

Tilbudsfrist

Tilbud skal afleveres i en rød licitationskuvert, som fremsendes særskilt til alle prækvalificerede ansøgere. På kuverten skal det anføres for hvilke(n) delaftale(r) tilbuddet er gældende. Tilbud kan **ikke** afgives elektronisk (pr. e-mail).

Tilbuddet/tilbuddene skal mærkes som følger:

"LICITATION - Aarhus Ø, delaftale 1", og "Må ikke åbnes i posten".

"LICITATION - Aarhus Ø, delaftale 2", og "Må ikke åbnes i posten".

"LICITATION - Aarhus Ø, delaftale 1 og 2", og "Må ikke åbnes i posten".

Tilbuddet skal være:

Aarhus Kommune, Teknik og Miljø, Center for Byens Anvendelse
Kalkværksvej 10
8000 Aarhus C
Att. Helle Svantemann

i hænde **senest den 17. december 2015, kl. 13.45**, hvor der vil blive afholdt licitation, jf. afsnit 3.3.

Tilbud med bilag skal afleveres i 1 eksemplar i underskrevet papirform samt digitalt (f.eks. på USB-stick). I tilfælde af uoverensstemmelse mellem papirudgaven og den digitale udgave har papirudgaven forrang.

Tilbudsgiver bærer selv ansvaret for, at tilbuddet når rettidigt frem inden for tilbudsfristen.

3.3

Tilbudsbehandling

3.3.1

Registrering og åbning

Alle rettidigt modtagne tilbud vil blive registreret efterhånden, som de modtages.

Der afholdes licitation den 17. december 2015 kl. 14.00 på adressen:

Aarhus Kommune, Center for Byens Anvendelse
Kalkværksvej 10
8000 Aarhus C
Lokale 3.02

Tilbuddene åbnes i overværelse af de bydende, der måtte ønske at være til stede. I forbindelse med åbningen af tilbud har tilbudsgivere ret til at få oplyst den samlede tilbudssum og eventuelle forbehold for samtlige bydende.

3.3.2

Standstill

Gennemgang af tilbuddene er planlagt til ultimo uge 51, 2015.

Kontrakten underskrives efter udløbet af en standstill-periode på 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag hvor Aarhus Kommune har afsendt underretning til alle tilbudsgivere om valg af entreprenør(er).

Dvs. kontrakten underskrives tidligst på 12. dagen fra fremsendelsen af underretning.

3.3.3

Udgifter til tilbudsafgivelse

Tilbudsgivers omkostninger i forbindelse med nærværende udbud er Aarhus Kommune uvedkommende. Modtagne tilbud vil ikke blive returneret eller udleveret.

3.3.4

Tilbudsgiverens personlige forhold:

Tilbudsgiver har i forbindelse med indlevering af ansøgning om prækvalifikation afleveret en udfyldt og underskrevet tro og loveerklæring om, i hvilket omfang tilbudsgiver har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige (jf. Finansministeriets lovbe kendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997).

Tilbudsgiver skal i forbindelse med afgivelse af tilbud oplyse, hvorvidt der er sket ændringer i tilbudsgivers forhold for så vidt angår den udfyldte og underskrevne tro og loveerklæring om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.

Såfremt der ikke er sket ændringer i tilbudsgivers forhold for så vidt angår den udfyldte og underskrevne tro og loveerklæring, bekræfter tilbudsgiver dette i forbindelse med udfyldelse af tilbudslisten.

Er der imidlertid mod forventning sket ændringer i tilbudsgivers forhold for så vidt angår den udfyldte og underskrevne tro og loveerklæring, er tilbudsgiver forpligtet til at oplyse om dette i sit tilbud ved at udfylde og underskrive en ny tro og loveerklæring om, i hvilket omfang tilbudsgiver har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige. Tro og loveerklæring til udfyldelse kan hentes på Aarhus Kommunes hjemmeside, <http://aarhus.dk/da/erhverv/for-leverandoerer.aspx>. Denne formular bedes benyttet ved afgivelse af erklæringen.

3.4

Procedure for behandling af tilbud

De indkomne tilbud vil blive behandlet efter følgende procedure:

1. I første omgang vurderes tilbuddenes konditionsmæssighed. Ikke konditionsmæssige tilbud vil ikke indgå i den videre behandling.

2. Tildeling af kontrakt: I anden omgang vurderes de konditionsmæssige tilbud i forhold til tildelingskriteriet, jf. nærværende BUT afsnit 2.7, og på denne baggrund træffes beslutning om tildeling af kontrakterne (kontrakten hvis et samlet tilbud på begge anlægsarbejder giver den for Aarhus Kommune samlet set laveste pris).

4.

Tilbudsdisposition

4.1

Generelle formkrav

Tilbudsdispositionen indeholder en referenceramme for afgivelse af tilbud. Ved tilbudsafgivelsen bedes tilbudsdispositionen fulgt, således at alle punkter i tilbudsdispositionen besvares. Formålet er at sikre sammenlignelighed i besvarelsenerne samt, at alle relevante forhold bliver behandlet i tilbuddet.

Vedrørende forbehold skal disse samlet oplyses under tilbudsdispositionens afsnit 2.

4.2

Disposition af tilbuddet

Ved udarbejdelse af tilbuddet bedes nedenstående disposition fulgt.

Afsnit	Indhold
1	Indledning: Indledning, herunder angivelse af tilbudsgiverens navn, adresse, CVR-nummer og kontaktperson (herunder e-mail og telefonnummer).
2	Eventuelle forbehold: Tilbudsgiver skal klart redegøre for eventuelle forbehold til de i udbudsmaterialet indeholdte krav og ønsker, herunder forbehold til kontraktudkastet. Der henvises i øvrigt til nærværende BUT afsnit 3.1.6 (tilbudsgivers forbehold) vedrørende retsvirkningerne af forbehold.
3	Tro og loveerklæring: Er der mod forventning sket ændringer i tilbudsgivers forhold for så vidt angår den i forbindelse med prækvalifikationen udfyldte og underskrevne tro og loveerklæring, er tilbudsgiver forpligtet til at oplyse om dette i sit tilbud ved at udfylde og underskrive en ny tro og loveerklæring om, i hvilket omfang tilbudsgiver har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige. Tro og love-erklæring til udfyldelse kan hentes på Aarhus Kommunes hjemmeside, http://aarhus.dk/da/erhverv/for-leverandoerer.aspx . Denne formular bedes benyttet ved afgivelse af erklæringen.
4	Tilbudsliste: Her vedlægges de(n) udfyldte og underskrevne tilbudsliste(r).
5	Konsortieerklæring: Såfremt tilbuddet afgives af et konsortium, skal der vedlægges en konsortieerklæring, jf. nærværende BUT afsnit 3.1.5. Skabelon for konsortieerklæring er vedlagt som bilag til kontraktudkast.
6	Produktblade for tilbudte belysningsarmaturer: Tilbudsgiver bedes vedlægge produktblade for de i tilbuddet indeholdte belysningsarmaturer.

1 ARBEJDSPLADS

1.0 Generelt

1.0.1.1-2 Indretning, drift og rømning af arbejdsplads

Entreprenørens faste tilbudspris skal indeholde alle udgifter til etablering, drift, rydde- ligholdelse og fjernelse af arbejdsplads med tilhørende stationært materiel og instal- lationer m.v.

Den faste sum skal omfatte alle de i SAB - Styring og samarbejde anførte ydelser i det omfang, de pågældende ydelser ikke er indeholdt i efterfølgende poster og un- derposter.

Endvidere skal prisen indeholde alle udgifter til nødvendige generelle interimsforan- staltninger og til retablering af arbejdsområdet efter arbejdets afslutning.

Fornøden opvarmning, rengøring og belysning af alle skure skal være indregnet i til- buddet. Udgifter i forbindelse med gener på grund af strømafbrydelse eller manglen- de vand, er bygherren uvedkommende.

Alle udgifter i forbindelse med sikkerheds- og sundhedsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet.

Udgifter til renholdelse af offentlige og private veje efter f.eks. affaldstransporter skal afholdes af entreprenøren og være indeholdt i tilbudsprisen.

Alle udgifter til etablering af kontorskur med de angivne muligheder for it-forbindelser.

Denne post må ikke overstige 5 % af den samlede tilbudssum.

1.0.1.3 Spildebakker under faste og mobile tanke/beholdere

Ydelsen skal inkludere levering og tømning af spildebakker under faste og mobile tanke/beholdere som beskrevet i SAB – Styring og samarbejde.

1.0.2.1-14 Færdselsregulerende foranstaltninger

Den faste sum skal inkludere alle udgifter til afspærring og afmærkning, herunder al- le udgifter til levering, opstilling, flytning, inspektion, vagt, drift og fjernelse af afspær- ringe og afmærkning i henhold til SAB Arbejdsplads m.v., i det omfang de pågæl- dende ydelser ikke afregnes specifik.

Fremføring og levering af el til belysning af afspærring og afmærkning skal være in- kluderet i den faste sum.

Den faste sum inkluderer endvidere de i SAB anførte ydelser vedrørende trafiksik- kerhed og -afvikling.

Afmærkning skal generelt udføres i henhold til vejregel for afmærkning af vejarbejder m.m., inkl. tegningsbilag, november 2002. Tegningsmaterialet skal suppleres jf. SAB og den nødvendige demarkering og retablering af eksisterende afmærkning skal ud- føres jf. gældende regler og myndighedernes anvisninger.

Den faste sum skal inkludere mindre ændringer i forhold til det på standardtegnin- gerne viste, f.eks. tavleplacering eller antal, idet summen skal inkludere op til i alt 5 ekstra skilte af en type, som i forvejen er anført på tegninger.

Den faste sum skal omfatte alle udgifter til levering og opstilling af akkumulatorer el- ler levering, opsætning og tilslutning til strømforsyning, opsætning af måler samt fremføring af kabler til tavler med blink, fjernelse og afmelding efter brug. Summen skal endvidere omfatte belysning som angivet på ovennævnte tegningsbilag.

Den faste sum skal inkludere alle tavler der er vist på tegning også selv om enkelte tavler skal opstilles uden for entreprise grænse.

Den faste sum skal inkludere pålægning/maling samt fjernelse af gule striber.

1.0.2.18-19

Trafikværn

Den faste sum skal omfatte samtlige udgifter i forbindelse med levering, opstilling, fjernelse og flytning af trafikværn.
Tillægget udbetales kun hvis trafikværnet faktisk flyttes. Omfang fremgår af TBL.

1.0.2.20

Etablering af interimsvej, inkl. kørebaneafmærkning og trafikværn

Den faste sum skal dække alle omkostninger i forbindelse med udgravning, indbygning af materialer (SG II og GAB), gule striber, trafikværn, tilpasning med asfaltramper, demarkering på tilstødende veje og alle øvrige udgifter.

Vejen skal have en jævnhed og uden høje kanter/ramper, så bybusserne kan benytte vejen uden genere.

1.0.2.21

Midlertidig informationstavle på 2 standere at levere, opstille og fjerne

Den faste sum skal omfatte alle udgifter ved levering af tavler, opsætning inklusiv standere og fundamenter samt fjernelse af midlertidig tavle

1.0.2.22

Levering, opsætning, flytning og fjernelse af byggepladshegn h=2,0 m

Den faste sum skal omfatte alle udgifter ved levering inkl. fundament og lås, opstilling, flytning ved arbejdsfremdrift samt fjernelse i forbindelse med arbejdsplads og arbejdsområder.

Eventuelt adgang til erstatnings parkeringspladser skal ske uden for byggepladshegnet.

Arbejdspladsen og arbejdsområder skal være adskilt til alt færdsel, kørende som gående trafik og der skal ske en synlig markering af arbejdsområdet på hegnet.

1.0.3.1

Koordinering af ledningsejere og øvrige fagentreprenører.

Den faste sum skal omfatte al koordinering med ledningsejere og andre delentrepriser under anlægsarbejdet.
Posten afregnes som en fast sum.

1.0.3.2

Entreprenørens PSS, udarbejdet og vedligeholdt af entreprenør.

Den faste sum skal indeholde alle udgifter til udarbejdelse og opdatering af entreprenørens bidrag til Plan for Sikkerhed og Sundhed.

1.0.3.3

Deltagelse og afholdelse af arbejdsmiljømøder

Den faste sum skal indeholde alle udgifter til deltagelse og afholdelse af arbejdsmiljømøder.

Mødefrekvens 14 arbejdsdage. Ved møderne skal der være repræsenteret 1 arbejdsleder og 1 arbejdsmiljørepræsentant.

1.0.3.4

Afholdelse af ledningskoordineringsmøder, mødet afholdes hver 14. dag og entreprenør afholder mødet og udarbejder referat.

Den fast sum skal omfatte al fornøden aktivitet i forbindelse med mødeafholdelse og udsendelse af referat til ledningsejere, byggelederens samt andre med relevans til den forestående koordinering.

Opfølgende spørgsmål, Gitte E. Frøkjær

- Har det været hensigten at indarbejde kravet som et minimumskrav?

Ja, det har absolut været hensigten at tilbudsgiverne ikke skulle kunne omgå dette krav.

- Set i bakspejlet, har kravet så været hensigtsmæssigt (her tænkes især på det værdispild, som afstedkommer af prisdifferencen på 4 mio. kr. mellem de to indkomne tilbud)?

Ja, vi vurderer at det har været nødvendigt.

- Hvad er bevæggrunden for, at I valgte udbudsformen begrænset udbud?

Vi var sikker på at den tilbudsgiver som blev valgt til opgaven kunne udføre den ud fra det angivne udbudsmateriale.

- Kunne mængden af krav reduceres for at opnå en bedre pris/kvalitet i udbuddet?

Det kan man altid diskutere, men det mener vi ikke. Vi stiller de krav som vi mener der skal være på dette projekt.

Opfølgende spørgsmål Vibeke Hedelund Pedersen, Aarhus Kommune

- Hvad er bevæggrunden for, at I valgte udbudsformen begrænset udbud?

Begrundelsen har været at mindske transaktionsomkostningerne.

- Er det Jeres opfattelse, at det ville have gjort en forskel at anvende udbud med forhandling?
Ville der herunder have været mulighed for at forhandle sig ud af sagens problematik vedrørende 5 % kravet, således at uoverensstemmelsen blev bragt i orden ved hjælp af kommunikation med den pågældende tilbudsgiver?

Hvis man havde vurderet, at det ville være lovligt at anvende udbudsformen udbud med forhandling, kunne denne have været overvejet i forbindelse med dette udbud. Det havde så måske været muligt at forhandle forholdet væk, hvis det kunne vurderes ikke at være et grundlæggende element, og man i øvrigt ville kunne overholde den nye udbudslov.