Unormalt lave bud indenfor offentlige udbud

Abnormally low tenders in public procurement

Kandidatafhandling

Udarbejdet af:
David Skall Joensen

Vejledere:
Professor, dr. jur. Jens Fejø
Professor emeritus, Ph.d. Niels Blomgren-Hansen

Cand.merc.(jur.)-studiet

Copenhagen Business School

16. juni 2011

177.659 anslag

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT **4**

KAPITEL 1: INDLEDNING **5**
1.1 INDLEDNING 5
1.2 SYNSVINKEL 6
1.3 PROBLEMFORMULERING 6
1.4 STRUKTUR 7
1.5 TEORI OG METODE 7
1.5.1 Juridisk metode *7*
1.5.2 Økonomisk metode *8*
1.6 AFGRÆNSNINGER 10

KAPITEL 2: RETSGRUNDLAGET FOR UNORMALT LAVE BUD **11**
2.1 INDLEDNING 11
2.2 DANSK RET 11
2.2.1 Dansk retspraksis *12*
2.3 EU RET 15
2.3.1 Direktiv 2004/18/EF *16*
2.3.2 Forarbejder til udbudsdirektivet *19*
2.3.3 EU retspraksis *19*
2.4 DEN JURIDISKE FORTOLKNING AF UNORMALT LAVE BUD 28

KAPITEL 3: HVAD KAN VÆRE ÅRSAG TIL, AT DER AFGIVES ET UNORMALT LAVT BUD? **30**
3.1. INDLEDNING 30
3.2 ULOVLIG STATSSTØTTE 30
3.3 KONKURRENCEFORVRIDENDE ADFÆRD 34
3.3.1 Collusion *37*
3.3.2 Predatory pricing *42*
3.4 INTRODUKTIONSPRIS OG KONJUNKTURUDSVING 49
3.5 TILBUDSGIVER FORVENTER AT GENFORHANDLE PRISEN 50
3.5.1 Casestudy: Vandkulturhuset+ *50*
3.6 TILBUDSGIVERS RISIKOAVERSION 55
3.7 OPSAMLING 57

KAPITEL 4: I HVILKET OMFANG KAN ORDREGIVER AFVISE ET UNORMALT LAVT BUD? **58**
4.1 INDLEDNING 58
4.2 RISIKO FOR AT TILBUDSGIVER MISLIGHOLDER KONTRAKTEN 62
4.3 RISIKO FOR AT TILBUDSGIVER IKKE FÅR DÆKKET SINE OMKOSTNINGER 65
4.4 KAN ORDREGIVERS SAGLIGE BEGRUNDELSE BERETTIGE EN AFVISNING? ET BUD PÅ EN NY TILGANG. 68

KAPITEL 5: HVORDAN BØR ORDREGIVER REAGERE OVERFOR ET UNORMALT LAVT BUD? **74**
5.1 INDLEDNING 74
5.2 NÅR TILBUDSGIVERS UNORMALT LAVE BUD SKYLDES KOMMERCIELLE OVERVEJELSER 74
5.3 NÅR TILBUDSGIVERS UNORMALT LAVE BUD SKYLDES KONKURRENCEFORVRIDENDE OVERVEJELSER 75

KONKLUSION **82**

PERSPEKTIVERING **83**

BILAG **84**
BILAG 1 84
BILAG 2 86

BILAG 3 89
BILAG 4 90
BILAG 5 92
BILAG 6 93
FORKORTELSER 94
LITTERATURLISTE OG KILDEFORTEGNELSE 95
BØGER 95
ARTIKLER 98
EU-DOMME 103
KLAGENÆVNET FOR UDBUD 106
LOVE, DIREKTIVER OG TRAKTATER, MV. 107
ANDET 110

Abstract

According to the public procurement Directive, public entities must award the contract to the lowest price offered, or the tender most economically advantageous. However, if a tender appears to be anormally low, the conctracting authority shall, before it may reject such tender, request in writing details of the constituent elements of the tender, which it considers relevant cf. Article 55. The question is then, when a tender appears to be abnormally low. Neither the provision or the ECJ has clarified when a tender can be rejected as abnormally low, yet there are several explanations as to why a tenderer wants to make such a tender. Besides commercial considerations, such as expectations to make subsequent renegotiations, an abnormally low tender can have an anticompetitive purpose. Though there is an obligation to review the tender before rejection, the ECJ seems to give the public authority a fairly wide discretion as to accept or reject an abnormally low tender. On the other hand it is vital for the compliance of the principles of equel treatment and transparancy, that the originator is given at least some guidance in order to identify and reject such tenders.
To identify an abormally low tender, the public authority can use a mathematical criteria, and it is shown, that a tender that differs more than one standard devitation from average, shall be examined more closely. Regarding the question as to when a tender can be rejected, there seems to be some disagreement in theory. While some argue that an offer can be rejected, when there is a risk og non-performance, others argue that a tender must be rejected when the price falls below the variable costs of the tenderer. Against this background and with reference to government contract cancellation, it is stated, that a tender can be rejected when price falls below Total Cost, since rejection must be done on an unbiased and objective basis.

Public procurement seems to be particularly vulnerable to anticompetitive practices, since the public demand for goods and services is fairly stabil and predictable. However, such considerations are not included in the provision, and the ECJ has found, that a public authority are not obliged to take such considerations into account, when awarding contracts. Meanwhile unsuccessful bidders have difficulties in observing and reacting to such behaviour, since they are not permitted to acces the composition of the tender awarded. Therefor it is stated, that the integration of competition law and procurement rules must be improved.

Kapitel 1: Indledning

1.1 Indledning

I Danmark udgør offentlige indkøb ca. 15 % af BNP[1], og reguleres af EU's udbudsregler i det omfang værdien af kontrakten overstiger en fastsat tærskelværdi. EU's udbudsregler har først og fremmest til formål at medvirke til etableringen af ét fælles indre marked i EU. Dette skal optimere konkurrencen om offentlige indkøb således, at virksomheder på det indre marked får mulighed for at deltage i udbud og således, at alle får en lige chance i forbindelse med konkurrencen[2]. Udbudsdirektivet[3] er derfor præget af meget detaljerede krav til udbudsproceduren. Bekymringen er overordnet, at da offentlige myndigheder og institutioner ikke er udsat for markedspres, kan de være tilbøjelige til at lade sig lede af hensyn, som ikke er markedsmæssige, f.eks. hensyn til at sikre den lokale beskæftigelse eller erhvervsudvikling[4]. Som Kommissionen anfører, skal udbudsreglerne tillige begrænse den offentlige sektors omkostninger og begrænse risikoen for korruption ved at indføre redelige, ikke-diskriminerende og gennemsigtige procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter[5]. Hensigten er således at værne om konkurrencen i EU. Den stigende markedsintegration giver virksomhederne mulighed for at vokse sig store, og de mest effektive vil via deres overlegne skalaøkonomi fortrænge mindre virksomheder, som tidligere har nydt lokal beskyttelse. Samtidig vil ordregiverne - og dermed forbrugerne - få adgang til et større og mere differentieret udbud. Resultatet af øget markedsintegration er således en nedbrydning af barrierer, øget konkurrence, større og mere effektive virksomheder og højere velfærd. Det har både været et af motiverne til og en af effekterne af EU's målsætning om at skabe et indre marked[6]. Generelt medfører udbudsreglerne dog betydelige begrænsninger i ordregivers aftalefrihed med hensyn til det personelle og processuelle aspekt af kontrakter, dvs. valg af kontraktspart og fremgangsmåden ved kontraktindgåelse[7]. Ordregiver må på forhånd fastsætte, hvilket tildelingskriterium der ønskes anvendt ved tildeling af kontrakten, og er

[1] OECD's Policy Brief, October 2008 "Fighting Cartels in Public Procurement"
[2] Steinicke (2003, s. 50)
[3] Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
[4] Offersen (2002, s. 20)
[5] Grønbog om Offentlige indkøb i EU, KOM (96) 583
[6] Blomgren-Hansen (2004)
[7] Nielsen (2010, s. 26)

som udgangspunkt forpligtet til at antage det laveste eller økonomiske mest fordelagtige tilbud. Denne pligt begrænses dog af udbudsdirektivets artikel 55, hvorefter ordregiver kan afvise et unormalt lavt bud, såfremt der forinden indhentes oplysninger om tilbuddets sammensætning. Bestemmelsen synes at fungere som en slags ventil og en undtagelse, der har til formål at beskytte ordregiver, mens tilbudsgiver omvendt beskyttes ved at forpligte ordregiver til at gennemgå tilbuddet inden afvisning. Grænsen for, hvornår et tilbud kan anses for unormalt lavt, og hvordan ordregiver i givet fald bør reagere heroverfor er dog ikke præciseret, og denne problemstilling vil derfor danne basis for dette speciale.

Generelt kan man diskutere hensigtsmæssigheden af at gribe ind overfor unormalt lave bud. På markeder med effektiv priskonkurrence vil det *normale* være, at prisen for en vare bidrager til at dække både virksomhedens variable og faste omkostninger samt en fortjeneste, men det er almindeligt, at en tilbudsgiver undertiden ikke får dækket samtlige omkostninger. Oftest er det dog et tegn på sund konkurrence, at dækningsbidraget i perioder kan være konkurreret ned til et meget lavt niveau[8], men de bagvedliggende overvejelser bag et unormalt lavt bud kan føre til samfundsmæssige velfærdstab og konkurrenceforvridninger.

1.2 Synsvinkel

Specialet fokuserer på forholdet mellem offentlige ordregivere og tilbudsgivere i EU. Perspektivet anlægges ud fra en såvel kommerciel som en konkurrencemæssig synsvinkel, og fokuserer både på, hvornår ordregiver kan afvise et unormalt lavt bud set fra ordregivers synspunkt, samt hvordan ordregiver optimalt set bør reagere overfor sådanne tilbud set i et samfundsøkonomisk perspektiv.

1.3 Problemformulering

Afgrænsningen og håndteringen af unormalt lave bud fremgår ikke klart af bestemmelsen i udbudsdirektivet. Det kan medføre problemer for ordregiver, der således ikke ved præcist, hvornår et tilbud bør gennemgås nærmere, og om tilbuddet eventuelt kan afvises. Ordregivers ret til at acceptere et lavt bud, kan endvidere betyde, at en offentlig myndighed får en økonomisk fordel af en konkurrenceforvridende adfærd, der efter andre regelsæt kan være

[8] Westh (2003)

ulovlig. Dette speciale søger derfor at besvare, hvornår ordregiver kan afvise et unormalt lavt tilbud samt, hvordan ordregiver optimalt set bør reagere overfor sådanne tilbud i offentlige udbud. Den juridiske og økonomiske interesse ligger derfor i at afgrænse bestemmelsen og fastlægge, hvor lavt et tilbud må være førend, at der kan og bør reageres heroverfor.

1.4 Struktur

Analysen består af en række delanalyser opdelt i kapitler. Kapitel 2 søger i en retsdogmatisk analyse at fastlægge retsgrundlaget for unormalt lave bud herunder, hvordan begrebet fortolkes i retspraksis samt, hvor bred skønsmargin ordregiver har i forhold til at kategorisere et tilbud som unormalt lavt. Kapitel 3 fokuserer på, hvilke overvejelser der kan ligge bag et unormalt lavt bud, og sondrer overordnet mellem tilbudsgivers kommercielle overvejelser og tilbudsgivers konkurrencemæssige overvejelser. Det sker bl.a. på baggrund af indsamlede empiriske undersøgelser, samt relevant konkurrenceøkonomisk- og kontraktsøkonomisk teori. Fjerde kapitel søger at fastlægge grænserne for, hvornår et tilbud kan anses for unormalt lavt og inddrager en række teoretiske tilgange til belysning heraf, samt kommer med et bud på en ny tilgang. Endelig afsluttes analysen i kapitel 5 med en argumentation for, hvordan ordregiver optimalt set bør reagere på baggrund af de bagvedliggende bevæggrunde fra tilbudsgivers side.

1.5 Teori og metode

1.5.1 Juridisk metode

Ved en retsdogmatiske analyse søger specialet at afgrænse og fortolke artikel 55 i udbudsdirektiv 2004/18/EF. Bestemmelsen er bindende for alle medlemsstater jf. artikel 288 TEUF med hensyn til det tilsigtede mål, og er implementeret i Danmark ved bekendtgørelsen om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter[9], som implementerer direktivteksten i sin hele form. De tidligere udbudsdirektiver[10] anvendes som fortolkningsbidrag sammen med præamblen til det nuværende direktiv, som kan tillægges

[9] Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
[10] Direktiv 71/305/EØF, direktiv 92/59/EØF, direktiv 93/36/EØF og direktiv 93/37/EØF

retskildeværdi, da formålet står i lovteksten og formålsfortolkningen således kan ske på objektivt grundlag. I CILFIT-sagen[11] fastslog Domstolen, at der ved fortolkning af EU-retten skal tages hensyn til, at EU-retten er affattet på flere forskellige sprog og, at alle sproglige versioner er autentiske. Fortolkningen af bestemmelsen om unormalt lave bud, kan derfor først ske efter en sammenligning af ordlyden af de forskellige sproglige versioner[12]. Således inddrages den franske, tyske og engelske sprogudgave som fortolkningsbidrag. Da udbudsdirektivet alene regulerer offentlige kontrakter over tærskelværdierne bruges Tilbudsloven indledningsvist som fortolkningsbidrag.
Ved behandling af retspraksis er forholdet mellem EU- og dansk retspraksis præget af, at de danske domstole har pligt til EU-konform fortolkning. EU-Domstolens domme er herefter bindende for de nationale domstole, herunder Klagenævnet for Udbud som er et kollegialt forvaltningsorgan med domstolslignende træk. Klagenævnet kan forelægge præjudicielle spørgsmål, da det anses for en "ret" i denne forstand jf. Unitron-sagen[13], og dets afgørelser må herefter tillægges præjudikatværdi, selvom EU-Domstolen ikke er bundet heraf. Generaladvokaternes udtalelser bruges som fortolkningsbidrag til EU-Domstolens afgørelser, men kan ikke tillægges selvstændig retskildeværdi, da de ikke er bindende[14]. Unormalt lave bud er et forholdsvist udefineret begreb i praksis, og der synes ikke at være sædvaner for, hvornår et tilbud er unormalt lavt. Omvendt vil forholdets natur være relevant, da unormalt lave bud må betragtes som et dynamisk begreb, der afhænger af det konkrete udbud. Særligt for offentlige kontrakter er, at disse skal indgås med respekt for visse almindelige principper om fri bevægelighed, herunder principperne om ligebehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed[15]. Ordregivers mulighed for at vurdere og reagere overfor unormalt lave bud, må således fastslås ud fra disse grundlæggende betragtninger.

1.5.2 Økonomisk metode

De økonomiske analyser anvender den neoklassiske teori. Teorien arbejder ud fra nogle overordnede forudsætninger, om fuld rationalitet og et ønske om at maksimere nytte og profit. Det neoklassiske forskningsprogram er således et studium i, hvordan

[11] Sag 283/81, CILFIT
[12] Neergaard (2009, s. 113)
[13] Sag C-275/98, Unitron, præmis 15
[14] Neergaard (2009, s. 157)
[15] Præamblen til udbudsdirektivets pkt. 2.

profitmaksimerende virksomheder agerer under forskellige markedsstrukturer. Den hårde kerne består af et ubegrænset rationalitetsprincip, der giver økonomiske agenter ubegrænsede beslutningskompetencer til at finde det optimale handlingsalternativ indenfor et eksogent givet mulighedsområde. Herudover konstitueres den hårde kerne af profitmaksimeringshypotesen, og der indgår en række udskiftelige hjælpehypoteser der, dels specificerer den markedsstruktur som aktørerne indgår i, og dels præciserer hvilke typer af information, som aktørerne har til rådighed. Virksomhederne betragtes som produktionsenheder, der på en efficient måde formår at transformere en række homogene inputs til en række outputs. I neoklassisk teori ser man således bort fra, at der indgår en stor portion af tavs og erfaringsbaseret viden, når virksomheden gør brug af forskellige produktionsteknikker[16]. Dette er dog en kraftig antagelse, da et tilsyneladende unormalt lavt bud meget vel kan skyldes tilbudsgivers erfaring og dermed en mere efficient produktion. Der må således tages forbehold for dette meget teoretiske udgangspunkt. Samspillet mellem udbudsdirektivet og den neoklassiske tilgang til økonomisk integration på det indre marked, er endelig afspejlet i den måde offentlige kontrakter oftest tildeles til lavestbydende, hvor fokus er på omkostningsbesparelser og priskonkurrence[17].

Specialet analyserer og arbejder med indsamlet empiri. Disse udgår både kvantitative data i form af pristal fra afholdte udbud, samt kvalitative data i form af skriftlige interviews. Faren ved empiriske data er at foretage induktive slutninger på baggrund heraf, som muligvis er sande for det konkrete tilfælde, men som ikke nødvendigvis afspejler virkeligheden i et større perspektiv. Validiteten og reliabiliteten kan diskuteres, da respondenterne kan have en anden opfattelse af, hvad der kendetegner et unormalt lavt bud, og derfor opfatter spørgsmål forskelligt[18]. Det er særligt gældende for dette speciale, hvor der er stillet forholdsvist åbne spørgsmål. Imidlertid bruges empirien alene til at eksemplificere praktiske problemstillinger, og der drages ikke generaliserende konklusioner på baggrund heraf.

[16] Knudsen (1997, s. 54 ff.)
[17] Bovis (2007, s. 445)
[18] Andersen (2006, s. 80)

1.6 Afgrænsninger

Specialet skelner ikke mellem de forskellige udbudsformer, som nævnt i udbudsdirektivets artikel 18, 28-29 og 30-31. Dette skyldes en forudsætning om, at unormalt lave bud kan forekomme i alle slags offentlige udbud. Ej heller skelnes der mellem, hvilken kontraktstype der udbydes. Bestemmelsen om unormalt lave bud tilgodeser tilbud, der er sammensat på baggrund af lovlig tildelt statsstøtte, men specialet gennemgår ikke nærmere, hvilke kriterier, der skal være opfyldt for at opnå dette. Analysen viser, at ordregiver muligvis kan forhandle risiko med tilbudsgiver efter tildeling af kontrakten, men inden selve kontraktindgåelsen. Specialet analyserer dog ikke, hvordan risikoen konkret skal fordeles mellem parterne, da det varierer afhængigt af det konkrete udbud. Ej heller vil størrelsen eller omfanget af en eventuel garantistillelse fra tilbudsgivers side blive præciseret nærmere. Specialet analyserer konkurrenceforvridende adfærd i offentlige udbud, men beskæftiger sig ikke med ordregivers eventuelle misbrug af en dominerende stilling eller samordnet praksis med andre offentlige ordregivere[19]. Specialet gennemgår ikke tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder efter artikel 105 TEUF, og skelner generelt ikke mellem offentlige og private tilbudsgivere. Såfremt en tilbudsgiver føler sig krænket er der mulighed for at klage til Klagenævnet for Udbud, men Klagenævnets kompetence uddybes ikke nærmere. Statslige udbud, herunder udfordringsretten, tillige under kommunalstyrelseslovens § 62, vil ej heller analyseres. Annulation af udbud kan eventuelt være en mulighed for at kunne afvise et unormalt lavt bud, men vil ikke blive nærmere undersøgt i denne sammenhæng.

World Trade Organizations udbudsregler, GPA, gennemgås ikke og der afgrænses generelt fra unormalt lave bud som skyldes dumping fra tredjelande. Endvidere kan fejl i tilbuddene, krydssubsidiering eller forbehold ofte være årsag til et unormalt lavt bud. Disse overvejelser inddrages dog ikke i analysen, hvorfor det antages, at alle tilbud er konditionsmæssige og uden fejl. Endelig afgrænses analysen i forhold til de principal-agent problemstillinger, der kan tænkes at opstå mellem en offentlig ordregiver og dennes rådgivere.

[19] Se i denne retning sag C-205/03P, FENIN, som omhandlede en række offentlige ordregiveres misbrug af en dominerende stilling i forbindelse med indkøb af medikamenter, hvor leverandørerne blev betalt meget sent.

Kapitel 2: Retsgrundlaget for unormalt lave bud

2.1 Indledning

Udgangspunktet for nærværende kapitel er at undersøge, hvorledes unormalt lave bud skal fortolkes i relation til udbudsdirektivets artikel 55. Hertil benyttes dansk ret og retspraksis fra Klagenævnet for Udbud indledningsvist som fortolkningsbidrag til at fastlægge bestemmelsens retlige karakter. EUF-Traktaten, de almindelige EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, samt udbudsdirektiverne udgør hovedindholdet i dansk ret om offentlige kontrakter[20]. I Danmark har man udstedt en udbudsbekendtgørelse, som implementerer direktivet i sin hele form[21]. Herefter skal ordregivere overholde udbudsdirektivets bestemmelser, når et indkøb overstiger en nærmere angivet tærskelværdi jf. udbudsdirektivets § 7, som i Danmark offentliggøres af Konkurrencestyrelsen, og som for bygge- og anlægskontrakter i 2011 er fastsat til 36.110.270 kr.[22]

2.2 Dansk ret

Offentlige kontrakter som ikke overstiger tærskelværdien for den pågældende ydelse, reguleres af tilbudsloven[23]. Af dennes § 8, stk. 3 fremgår, at en ordregiver *kan* forkaste et tilbud, såfremt det findes overvejende sandsynligt, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på forsvarlig måde og i rette tid. I bemærkningerne til bestemmelsen er anført, at et af lovens formål er at fremtvinge prismæssigt lave tilbud, men at *"et tilbud kan være så lavt, at det giver mistanke om tilbudsgivers muligheder for at fuldføre arbejdet eller om tilbudsgivers forståelse af kravene til arbejdets kvalitet"*. Et tilbud kan dog alene afvises efter en nærmere undersøgelse, idet udbyder ud fra en vurdering af tilbuddet skal finde det overvejende sandsynligt, at tilbudsgiver ikke kan gennemføre arbejdet. Afvises et tilbud af denne grund, skal der på anmodning gives en begrundelse for afvisningen efter tilbudslovens § 14, stk. 3, som er en

[20] Nielsen (2010, s. 53)
[21] Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
[22] Tærskelværdier 2011 (www. konkurrencestyrelsen.dk)
[23] Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

særlig pligt, der omfatter tilbud, som vurderes at være unormalt lave. Det er med andre ord kun, når en forbigået tilbudsgiver selv henvender sig til den ordregivende myndighed, at der gælder en pligt til at begrunde, hvorfor tilbuddet ikke kan antages, men der er omvendt ikke en pligt til at redegøre for, hvor meget tilbuddet afviger fra det antagne tilbud, og det kan således være problematisk for den forbigåede tilbudsgiver at overskue, om der grundlag for at indgive en klage. I forarbejderne til bestemmelsen er det præciseret, at der er tale om en undtagelse fra udgangspunktet om, at ordren skal tildeles det bedste tilbud, og bestemmelsen skal derefter fortolkes indskrænkende[24].

2.2.1 Dansk retspraksis

Efter tilbudslovens § 16 kan enhver, der har retlig interesse eller som i øvrigt er tillagt klageadgang efter lov om Klagenævnet for Udbud, nu erstattet af håndhævelsesloven[25], indbringe spørgsmål om overtrædelse af tilbudslovens bestemmelser for Klagenævnet for Udbud. Ligeledes vil overtrædelser af EU-udbudsreglerne, herunder bestemmelserne i udbudsdirektivet ligeledes skulle behandles efter håndhævelseslovens bestemmelser jf. § 1, stk. 2, nr. 1 og 3[26]. I det følgende behandles nogle af Klagenævnets afgørelse vedrørende unormalt lave bud.

2.2.1.1 Klagenævnets kendelse af 30. januar 2001 (Nord I/S)

Haderslev Kommune havde udbudt en kontrakt vedrørende affaldsbortskaffelse efter det tidligere tjenesteydelsesdirektiv 92/50/EØF. Efter tildeling af kontrakten til Nord I/S, indgav Dansk Transport og Logistik en klage til Klagenævnet med påstand om, at ordregiver havde undladt at anmode Nord I/S om en redegørelse for det unormalt lave tilbud som var afgivet samt, at ordregiver havde handlet i strid med direktivet ved at tage et tilbud i betragtning, uagtet, at dette var unormalt lavt. Tilbuddet fra Nord I/S var ca. 30% lavere end det næstlaveste bud. Klagenævnet fastslog imidlertid, at der ikke var grundlag for at fastslå, at tilbuddet var unormalt lavt og anfægtede således ikke ordregivers vurdering.

---

[24] Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, LFF 2005-02-23 nr. 42
[25] Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne mv.
[26] Loven indeholder bestemmelser der gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 1. December 2007 om ændring af Rådet direktiv 89/665/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EU-Tidende nr. L 335 af 20. December 2007, s. 31)

2.2.1.2 Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2002, og kendelse af 10. oktober 2003 (DSB)

Trafikministeriet havde udbudt offentlig servicetrafik med tog på det danske jernbanenet i Midt- og Vestjylland. DSB var blandt de fem prækvalificerede, men blev afvist, da Trafikministeriet fandt, at tilbuddet stred imod DSB's konkurrenceretlige retningslinjer, som bl.a. indeholdt krav om, at DSB's tilbud skulle give overskud set over den samlede kontraktsperiode. DSB's tilbud forekom herefter at være unormalt lavt i forhold til ydelsen, og efter indhentning af supplerende oplysninger, valgte Trafikministeriet at afvise tilbuddet. Klagenævnet udtalte, at de EU-udbudsretlige regler, der regulerer Trafikministeriets adgang til under udbuddet og som ordregiver at anmode DSB om at fremsende supplerende oplysninger om baggrunden for DSB's tilbud er meget restriktive, idet en ordregiver under et udbud, som udgangspunkt skal vurdere et tilbud alene på grundlag af tilbuddets eget indhold. Klagenævnet fandt således, at Trafikministeriet havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at anføre, at henvendelsen skete som ordregivende myndighed, uagtet at formålet var til brug for en tilsynsmæssig vurdering.

2.2.1.3 Klagenævnets kendelse af 13. januar 2004 (Pihl & Søn)

Hadsund Kommune havde udbudt opførelse af en ny skole. De indkomne tilbud indeholdt en række forbehold, som efterfølgende blev kapitaliseret, hvorefter KPC Byg A/S fik tildelt ordren. Dette klagede Pihl og Søn A/S over, bl.a. med påstand om, at ét af de i alt fire underkriterier, var urealistisk lave. Underkriteriet vægtede med 10% og angik prisen på tilbudsgiverens deltagelse i en indledende samarbejdsaftale i forbindelse med en efterfølgende indgåelse af et partneringsarrangement. KPC Byg A/S havde fastsat en pris herfor på 100.000 kr., hvorimod Pihl & Søn A/S havde fastsat en pris på 2,4 mio., og det var således uomtvistet, at der var tale om et unormalt lavt bud vedrørende dette underkriterium. Klagenævnet udtalte imidlertid, at selvom ordregiver havde fundet, at tilbuddet fra KPC Byg A/S var unormalt lavt i forhold til ydelsen i relation til underkriteriet, havde ordregiver som udgangspunkt ikke pligt til at afvise tilbuddet. Endvidere fastslog Klagenævnet, at Pihl & Søn A/S ikke havde gjort gældende, at der under udbuddet forelå sådanne *ganske særlige omstændigheder* således, at ordregiver uanset det anførte udgangspunkt alligevel havde pligt til at afvise tilbuddene fra KPC Byg A/S, f.eks. derved, at der som følge af en unormal lav pris var risiko for, at der efterfølgende måtte ske en korrektion af prisen. Klagenævnet fastslog herefter, at det afgørende for, om bestemmelsen om unormalt lave bud finder anvendelse er,

om det samlede tilbud er unormalt lavt, men da dette ikke fandtes at være tilfældet, blev påstanden ikke taget til følge.

2.2.1.4 Klagenævnets kendelse af 13. november 2006, og kendelse af 4. april 2007 (COWI)

Sønderjyllands Amt havde iværksat et udbud vedrørende projektering og tilsyn med tre naturgenopretningsprojekter. COWI havde afgivet det laveste tilbud, men blev afvist bl.a. på grund af manglende angivelser af nogle konkrete undersøgelser, som gjorde, at tilbuddet ikke kunne vurderes iht. ordregivers vurderingsmetode. Herefter anlagde COWI sag ved Klagenævnet med påstand om, at det på trods heraf stadig måtte anses som det økonomisk mest fordelagtige bud, og Klagenævnet konstaterede, at ordregiver havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage tilbuddet i betragtning. I en efterfølgende sag skulle Klagenævnet herefter tage stilling til, hvorvidt COWI var berettiget til erstatning, og ordregiver tilkendegav indledningsvist, at COWI's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, såfremt ordregiver ikke var berettiget til at anse tilbuddet for unormalt lavt. COWI anførte, at et tilbud ikke er unormalt lavt, blot fordi tilbudsprisen er 30% lavere end det næstlaveste tilbud og, at reglerne om unormalt lave bud endvidere havde til formål at afskære tilbud fra useriøse og demotiverede tilbudsgivere, hvorimod COWI var en kendt og velrenommeret virksomhed inden for det pågældende område. Omvendt argumenterede ordregiver for, at man ville påføres en væsentlig risiko ved at skulle antage COWI's tilbud samt, at tilbuddet såfremt det havde været taget i betragtning, skulle opfølges af en procedure med hensyn til unormalt lave bud i artikel 55 som utvivlsomt ville have resulteret i en afvisning af tilbuddet som unormalt lavt. Klagenævnet fastslog af de grunde som COWI havde anført, at tilbuddet ikke var unormalt lavt, hvorfor ordregiver tilpligtedes at betale erstatning for den positive opfyldelsesinteresse.

2.2.1.5 Opsamling af dansk ret

På baggrund af Klagenævnets praksis kan det fastslås, at et tilbud ikke *a priori* er unormalt lavt, selvom tilbuddet ligger 30 % under det næstlaveste. Klagenævnet synes tilbageholden med at bestride ordregivers skøn mht. om et tilbud er unormalt lavt. Afgørelsen i COWI-sagen må ses som udtryk for, at man ikke som ordregiver kan undlade at gennemføre en undersøgelse af tilbuddet, selvom man umiddelbart mener, at det vil føre til en afvisning. Klagenævnet fastslår samtidig, at ordregivers adgang til at indhente oplysninger om

tilbuddets sammensætning ikke er ubegrænset. Således skal et tilbud vurderes på grundlag af dets eget indhold. Der synes ikke at være pligt til at afvise et unormalt lavt bud, medmindre *ganske særlige omstændigheder* gør sig gældende, såsom når der er risiko for, at der efterfølgende må ske korrektion af prisen. Hvornår denne risiko foreligger er imidlertid ikke nærmere præciseret, og formuleringen forekommer meget bred, da der principielt altid kan være en risiko for justeringer, uanset den afgivne tilbudspris. Det må derfor formodes, at der skal være tale om en *væsentlig* risiko, og udtalelsen synes at begrænse sig til tilfælde, hvor der fejlagtigt ikke er taget højde for en delentreprise i tilbuddet (f.eks. stole ifm. opførelse af en biograf), men hvor udbudsmaterialet omvendt ikke eksplicit angiver denne således, at tilbuddet ikke kan afvises som ukonditionsmæssigt eller anses som et forbehold, der kan kapitaliseres. Her er således tale om tilfælde, der grænser op til, at ordregiver må annullere hele udbuddet for ikke at overtræde ligebehandlingsprincippet. Endelig må det fastslås, at et tilbud skal vurderes samlet i relation til om det er unormalt lavt, hvorfor en delentreprise eller lignende principielt kan være prissat urealistisk lavt.

2.3 EU ret

Allerede siden det første udbudsdirektiv har der eksisteret bestemmelser om unormalt lave bud jf. art. 29, stk. 5 i direktiv 71/305[27], og efterfølgende i art. 25, stk. 5 i direktiv 77/62[28], art. 37 i direktiv 92/50[29], art. 27 i direktiv 93/36[30] og art. 30, stk. 4 i direktiv 93/37[31]. Det er bemærkelsesværdigt, at bestemmelsen i direktiv 71/305 startede med at angive, at "*Hvis et bud i forbindelse med en bestemt kontrakt åbenbart er unormalt lave i forhold til ydelsen, gennemgår de ordregivende myndigheder buddenes sammensætning, før der træffes beslutning om tildeling af kontrakten. De ordregivende myndigheder skal tage hensyn til denne gennemgang.* Ordlyden kunne således tolkes som, at der gjaldt en forpligtelse til at gennemgå et givent tilbud ikke bare i de tilfælde, hvor ordregiver ønskede at afvise tilbuddet, men også i de tilfælde, hvor ordregiver ønskede at antage tilbuddet. Samme fortolkningssynspunkt blev

[27] Rådets direktiv 71/305/EØF ad 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
[28] Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
[29] Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.
[30] Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
[31] Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

præsenteret af tilbudsgiver i Nord I/S-sagen[32], men når henses til bestemmelsens ordlyd i de efterfølgende direktiver er det dog således, at proceduren alene gælder for ordregiver inden den kan *afvise* sådanne tilbud, og der er derfor ikke grundlag for at fastslå, at forpligtelsen skulle gælde udover disse tilfælde. Bestemmelsen i direktiv 71/305, art. 29, stk. 5 angav dog, at når en kontrakt blev tildelt på baggrund af det laveste bud, da skulle ordregiver begrunde en afvisning til Det Rådgivende Udvalg, som senere er blevet ændret til Kommissionen. Det samme er gentaget i de senere direktiver, men ikke i det nuværende udbudsdirektiv, hvor forpligtelsen alene gælder, når ordregiver afviser et unormalt lavt tilbud, som skyldes ulovlig statsstøtte. Umiddelbart forekommer dette besynderligt i betragtning af, at Kommissionen bl.a. har til opgave at sikre, at der ikke udvises konkurrenceforvridende adfærd, hvilket et unormalt lavt bud formentlig kan være udtryk for. Ændringen skal dog læses i sammenhæng med, at der i det nuværende udbudsdirektiv gælder en forpligtelse for ordregiver til at uarbejde en rapport for hver kontrakt der indgås, som bl.a. skal indeholde en begrundelse for tilsidesættelsen af tilbud, der anses for unormalt lave jf. udbudsdirektivets artikel 43, stk. 1, litra d. Herefter skal rapporten eller hovedelementerne heri meddeles Kommissionen, hvis den anmoder om det.

2.3.1 Direktiv 2004/18/EF

Udbudsdirektivet bestemmelser skal sikre en gennemsigtig udbudsprocedure med lige adgang for alle *kvalificerede* tilbudsgivere. Det sker ved at begrænse ordregivers skønsudøvelse, og dermed minimere risikoen for forskelsbehandling[33].
Udbudsproceduren er kendetegnet ved, at ordregiver først og fremmest gennemfører en kvalifikationsfase, hvor tilbudsgivernes generelle egnethed vurderes. Herefter gælder der en forpligtelse til at afvise tilbudsgivere der f.eks. har deltaget i kriminel organisation eller er dømt for svig jf. udbudsdirektivets art. 45, stk. 1. Herudover *kan* tilbudsgiver afvises, hvis han f.eks. er under konkurs eller har afgivet urigtige oplysninger jf. art. 45, stk. 2, eller udelukkes pga. nært forhold til ordregiver, eksempelvis i tilfælde af inhabilitet i forbindelse med indledende rådgivning. Endelig foretages en prøvelse af tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen jf. art. 47, samt den tekniske og faglige formåen jf. art. 48, hvorefter ordregiver kan sikre sig, at tilbudsgiverne har tilstrækkelige ressourcer, herunder kapacitet,

[32] Klagenævnets kendelse af 30. januar 2001 (Nord I/S)
[33] Præamblens pkt. 1 og 2

udstyr, mandskab og faglige kvalifikationer til at præstere kontrakten. Inden tilbuddet bliver vurderet, har ordregiver således i et vist omfang sikret sig, at kun de *kvalificerede* tilbudsgiveres tilbud vurderes ift. den udbudte kontrakt. Når udvælgelsen af de tilbageværende kvalificerede tilbudsgivere er foretaget, vil selve kontrakttildelingen ske på baggrund af det tildelingskriterium, der er opstillet i udbudsbekendtgørelsen.
Ordregiver afgør selv, om kontrakten skal tildeles på baggrund af det "økonomisk mest fordelagtige tilbud" eller udelukkende på baggrund af "laveste pris" jf. artikel 53. Tildelingen betegner herefter det forhold, at den virksomhed, der har afgivet det efter tildelingskriterierne bedste tilbud, vinder kontrakten. Bestemmelsen om unormalt lave bud skal læses i sammenhæng hermed, da ordregiver som udgangspunkt er forpligtet til at tildele kontrakten til lavestbydende eller økonomiske mest fordelagtige.
Artikel 55 bestemmer:

> *Stk. 1. Hvis tilbud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, **skal** den ordregivende myndighed, inden den **kan** afvise sådanne tilbud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante.*
>
> *Disse oplysninger kan især omhandle:*
>
> *a) besparelser i forbindelse med byggemetoden, produktionsmetoden for varerne eller udførelsen af tjenesteydelser*
> *b) de anvendte tekniske løsninger og/eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet eller for at levere varerne eller tjenesteydelserne*
> *c) originaliteten af de af tilbudsgiverens tilbudte arbejder, varer eller tjenesteydelser*
> *d) overholdelsen af bestemmelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrigt, der gælder på det sted, hvor ydelsen skal præsteres*
> *e) eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren*
>
> *Stk. 2. Den ordregivende myndighed undersøger, efter at have konsulteret tilbudsgiveren, tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet.*

Stk. 3. Hvis en ordregivende myndighed fastslår, at et tilbud er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, kan tilbuddet kun afvises med denne ene begrundelse, hvis den ordregivende myndighed konsulterer tilbudsgiveren og denne inden for en tilstrækkelig frist, som fastsættes af den ordregivende myndighed, ikke kan godtgøre, at den pågældende støtte er tildelt på lovlig vis. Hvis den ordregivende myndighed afviser et tilbud under disse omstændigheder, underretter den Kommissionen herom.

Det fremgår således af bestemmelsen, at kun tilbud, der er unormalt lave, kan afvises. Herefter kan ordregiver dog tilsyneladende frit vælge, om man ønsker at afvise et unormalt lavt bud eller ej, men ønskes tilbuddet afvist gælder der en forpligtelse til at foretage en procedure for indhentning af oplysninger vedrørende tilbuddets sammensætning jf. mine fremhævelser. Herudover er der ikke angivet nærmere, hvad der forstås som et unormalt lavt tilbud. Afgørende er det derfor, hvornår et tilbud kan siges at være unormalt lavt. Denne vurdering synes at kunne afhænge af flere forskellige faktorer, eksempelvis sammenhængen mellem omkostninger og pris. Men de kan også have en konkret karakter og afhænge af den pågældende branche og den fortjeneste, som virksomhederne *normalt* indregner i tilbuddene.

Den franske version af artikel 55, stk. 1 lyder[34] "*Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.* Her synes ikke at foreligge en decideret pligt til at anmode om oplysninger inden tilbuddet kan afvises, jf. "*le povoir adjudicateur… demande*…". Ordlyden kan både tolkes som en pligt, og som en valgfri mulighed. Den tyske oversættelser anfører: *Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.* Ordlyden angiver, at tilbuddet skal være *usædvanligt* lavt, men fastslår, at ordregiver *skal* anmode oplysninger inden afvisning. Det samme gælder i den engelske udgave, der bruger betegnelsen "*abnormally low"* og fastslår, at *"the contracting authority shall request"*. Samlet

[34] Se bilag 1 for en sammenligning af sprogudgaverne, samt oversættelser heraf.

må bestemmelsen således fortolkes som, at ordregiver har pligt til at anmode om oplysninger inden afvisning af et unormalt eller usædvanligt lavt tilbud.

2.3.2 Forarbejder til udbudsdirektivet

Bestemmelsen om unormalt lave bud har siden de første udbudsdirektiver været indeholdt i bestemmelserne om offentlige indkøb[35]. Det må anføres, at bestemmelsen først og fremmest har haft til formål at sikre tilbudsgivere mod afvisning pga. af fejl eller mangler i tilbuddet[36]. Det nuværende udbudsdirektiv 2004/18/EF, er vedtaget på baggrund af forslag fra Kommissionen[37]. Her fastslås, at bestemmelsen vedrørende unormalt lave bud svarer til, og forbliver uændret, ift. bestemmelserne i de tidligere direktiver, men at der tilføjes et nyt stykke, hvor der fastsættes særlige regler for tilbud, der er unormalt lave som følge af opnåelse af statsstøtte. Det Økonomiske og Sociale Udvalg gav i sin udtalelse hertil udtryk for, at man angående unormalt lave bud i artikel 55 burde fastsætte, at ordregiver *skulle* gennemgå tilbud, der forekom at være unormalt lave set i forhold til andre tilbud samt, at det tydeligt burde anføres, at de pågældende tilbud *skulle* forkastes, hvis begrundelserne ikke var tilfredsstillende. Denne tilføjelse er imidlertid ikke indføjet i bestemmelsen, og må ses som udtryk for, at ordregiver fortsat er beføjet til at antage tilbud, der er unormalt lave i forhold til de øvrige, uden at gennemgå tilbuddets sammensætning. Efterfølgende har Kommissionen anført, at det er væsentligt for bedømmelsen, at tilbuddet er unormalt lavt i forhold til *ydelsen*, men at listen over begrundelser samtidig ikke er udtømmende[38].

2.3.3 EU retspraksis

EU-Domstolen har i et forholdsvist få antal sager, haft lejlighed til at tage stilling til ordregivers håndtering af unormalt lave bud. I det følgende vil nogle af de vigtigste afgørelser fremhæves og analyseres.

[35] Se artikel 30, stk. 4 i direktiv 71/305/EØF, samt artikel 25, stk. 5 i direktiv 77/62/EØF.
[36] Ølykke (2010, s. 127)
[37] KOM (2000) 275 endelig/2
[38] KOM (2002) 236 endelig

2.2.3.1 Transporoute, sag 76/81

Denne sag, som er den første for EU-Domstolen om unormalt lave tilbud[39], var en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning af det daværende udbudsdirektiv 71/305/EØF art. 29, stk. 5. Det luxembourgske vejdirektorat havde udbudt opførelse af et vejanlæg, og det laveste bud blev afgivet af det belgiske selskab Transporoute et Travaux. Tilbuddet blev afslået bl.a. på grundlag af, at ordregiver opfattede det som unormalt lavt. Spørgsmålet var herefter, hvorvidt ordregiver selv kunne skønne hensigtsmæssigheden af at anmode om oplysninger vedrørende tilbuddets sammensætning inden afvisning.

Hertil fastslog Domstolen, at ordregiver *skal* gennemgå sammensætning af tilbuddet og, at formålet med bestemmelsen om unormalt lave bud, er at beskytte den bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, hvilket ikke kan opfyldes, såfremt man overlader det til ordregiver selv at skønne, om det er hensigtsmæssigt at anmode om fremlæggelse af dokumentation. I Generaladvokatens forslag til afgørelse[40] blev det fastslået, at det allerede ved ordlyden af bestemmelsen fremgår klart, at den ordregivende myndighed er forpligtet til dels at gennemgå et tilbuds enkelte bestanddele, inden den træffer endelig afgørelse, dels at forlange en passende redegørelse af den bydende og tage resultatet heraf i betragtning, samt at angive nøjagtig, hvilke bevisligheder, der betragtes som uantagelige.

Et tilbud, der ved første øjekast forekommer unormalt lavt, kan således give et andet indtryk, når alle dets faktiske omstændigheder, der ofte kun kendes af den bydende belyses.

I sagen var det herefter uden betydning, at tilbudsprisen kun i ringe omfang svarede til arbejdets omfang og uden betydning, at ordregiver ikke med rimelighed kunne forvente en upåklagelig udførelse af arbejdet. Domstolen bestred således ikke ordregivers skøn, men fastholdt en forpligtelse til at indhente oplysninger om tilbuddets sammensætning.

Resultatet forekommer umiddelbart overraskende i betragtning af, at tilbuddet tilsyneladende var klart underprissat. Den obligatoriske gennemgang af tilbuddet forekommer således at begrænse effektiviteten af udbuddet. Omvendt illustrerer dommen, at bestemmelsen om unormalt lave bud indeholder en beskyttelse af tilbudsgiven derved, at ordregiver pålægges at indhente oplysninger inden afvisning for dermed at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Det giver således mulighed for tilbudsgiver til overhovedet at

[39] Ølykke (2010)
[40] Forslag til afgørelse fra Generaladvokat G. Reischl fremsat den 13. januar 1982

afgive meget lave bud, at der er indbygget en obligatorisk gennemgang af tilbuddet inden afvisning. Ligebehandlingsprincippet kan således siges at veje tungere end hensynet til at sikre ordregiver en hurtig og effektiv udbudsproces.

2.2.3.2 Fratelli Constanzo, sag 103/88

I et italiensk udbud om opførelse af et fodboldstadion i Milano fremgik – med henvisning til italiensk ret - at tilbud, der afveg fra gennemsnittet af alle de anerkendte bud med mere end 10 % i forhold til det udbudte arbejdes fastsatte basisbeløb, ville blive anset for unormale og udelukket fra licitationen. Fratelli Constanzo's bud var lavere end det fastsatte beløb og blev derfor automatisk afvist. Domstolen fastslog, at et matematisk kriterium for udelukkelse fratager de bydende, der har afgivet særligt lave tilbud, mulighed for at bevise, at deres bud er holdbare, hvorfor anvendelsen af et sådant kriterium var i strid med formålet med direktivet om at fremme udviklingen af en effektiv konkurrence på området. Herefter udtalte Domstolen, at proceduren for gennemgang af tilbuddene altid skal anvendes, når ordregiver ønsker at udelukke bud, der fremtræder som unormalt lave i forhold til ydelsen. Således kan medlemsstaterne påbyde en gennemgang af tilbuddene, når disse forekommer unormalt lave og ikke blot, når de er *åbenbart* unormalt lave. Endelig fastslog Domstolen, at bestemmelsen om unormalt lave bud var ubetinget og tilstrækkelig præcis til, at private kunne påberåbe sig den overfor staten.

Generaladvokaten udtalte i sit forslag til afgørelse[41], at det afgørende er, at et for lavt buds ekstraordinære beskaffenhed, der i og for sig kan skabe tvivl om buddets lødighed, klart kan erkendes. Kontrolproceduren skal herefter gøre det muligt at undersøge dette forhold nærmere og i givet fald udrydde denne tvivl. Det er misforholdet mellem ydelsen og buddet, der er karakteristisk for denne situation. Selvom der således består et vist spillerum ved afgørelsen af, om et bud er åbenbart unormalt lavt er iværksættelsen af en kontrolprocedure til gengæld en obligatorisk foranstaltning jf. præmis 14-15. Forpligtelsen til en gennemgang af tilbuddene, der fungerer som en proceduremæssig garanti, medfører dermed en ret for den bydende til overhovedet at afgive unormalt lave bud.

[41] Forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz fremsat den 25. april 1989.

2.2.3.5 ARGE, C-94/99

I denne sag fik Domstolen lejlighed til at tage stilling til, hvorvidt det er i strid med ligebehandlingsprincippet, at tilbudsgiver i et offentligt udbud modtager statsstøtte, som gør den i stand til at fastsætte tilbud til priser, der ligger langt under de øvrige tilbudsgivere. Det østrigske Forbundsministerium for Land- og Skovbrug havde iværksat et offentligt udbud, og ARGE var blandt de bydende, som også omfattede tilbudsgivere fra den offentlige sektor. ARGE bestred, at disse selskaber kunne deltage lovligt i udbuddet, idet de modtog betydelige beløb fra staten uden, at beløbene var øremærket til konkrete projekter og anførte, at EU-direktiverne om offentlige kontrakter tager udgangspunkt i det princip, at konkurrencen mellem de bydende skal ske på normale markedsvilkår dvs. uden, at markedet fordrejes og navnlig ikke ved indgriben fra den berørte medlemsstat. Domstolen fastslog indledningsvist, at der ikke er tale om en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling blot fordi, de ordregivende myndigheder giver organer - som modtager støtte, og som derfor kan afgive bud med priser, der er væsentlige lavere end de priser, der tilbydes af de øvrige bydende, der ikke modtager tilskud - adgang til at deltage i en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt jf. præmis 35. Dette udelukker dog ikke, at ordregivere under visse særlige omstændigheder skal eller i det mindste kan tage hensyn til, at der er tale om tilskud, og navnlig om støtte, der ikke er i overensstemmelse med traktaten, og i givet fald udelukke de bydende, der modtager en sådan støtte eller et sådant tilskud jf. præmis 29. Udelukkelsen sker derefter i udvælgelsesproceduren, såfremt ordregiver finder, at den pågældende bydende har modtaget støtte, der ikke er i overensstemmelse med traktaten, og forpligtelsen til at tilbagebetale den ulovlige støtte vil bringe den bydendes økonomiske stilling i fare, hvorfor det kan antages, at den pågældende bydende ikke har den fornødne finansielle og økonomiske formåen. I forslaget til afgørelse gik Generaladvokaten videre end Domstolen ved at tage stilling til, om ordregiver er forpligtet til at afvise et tilbud, når støtten er ulovlig[42]. Her er det naturligt, udtalte generaladvokaten, at erhvervsdrivende, som er blevet udelukket, eller som på grund af konkurrence fra organer, der har sådanne konkurrencefordele, har færre muligheder for at blive tildelt en kontrakt, anfægter den ordregivende myndigheds ret til at give sådanne organer adgang til at afgive bud, uden den skal foretage den mindste kontrol af støttens lovlighed. Generaladvokaten konkluderer dog, at det på fællesskabsrettens udviklingstrin må fastslås, at en ordregivende myndighed har ret til ikke at drage nogen

[42] Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger fremsat den 15. juni 2000.

konsekvenser af, at sådanne organer modtager støtte, som ikke er blevet anmeldt til Kommissionen, eller som er ulovlig. Vedrørende undersøgelsespligten efter bestemmelsen om unormalt lave bud, afslutter generaladvokaten med at fastslå, at der er tale om en *grundig* undersøgelse af de forskellige omkostninger, der indgår i det omtvistede bud.

På denne baggrund kan bestemmelsen om unormalt lave bud fortolkes således, at den ikke har til formål at beskytte forbigåede eller potentielle tilbudsgivere mod unfair konkurrence. Sådanne konkurrencefordele, lovlige eller ej, skal alene indgå i ordregivers overvejelser, såfremt man vurderer, at det vil medføre en risiko for misligholdelse af kontrakten. Ordregiver skal derfor som udgangspunkt ikke tage hensyn til uretmæssige konkurrencefordele eller sågar konkurrenceforvridende adfærd. Det er overraskende, at Domstolen ikke tager mere præcis stilling til, om der bør gælde en forpligtelse til at afvise tilbud i tilfælde af en uberettiget konkurrencefordel. Det må fortolkes som et udtryk for, at man ikke ønsker at sammenblande konkurrence- og udbudsreglerne samt, at ordregiver alene skal forholde sig til den kommercielle afvejning af tilbuddet. Det synes dog omvendt problematisk, da man herved skaber grobund for udøvelse af konkurrenceforvridende adfærd. Man kan diskutere præjudikatværdien af dommen, da den alene er afsagt af tre dommere, og omhandler det tidligere udbudsdirektiv 92/50. Dommen er imidlertid tydelig i den måde den adskiller konkurrence- og udbudsretten, og der synes ikke efterfølgende at være domme, der ændrer denne opfattelse jf. senest CoNISMa-dommen[43].

2.2.3.6 Impresa Lombardini SpA, C-285/99 og C-286/99

I denne sag fik Domstolen anledning til at tage nærmere stilling til indholdet af bestemmelsen i artikel 55. Sagen angik udbud af to bygge- og anlægskontrakter, hvor to tilbud blev forkastet med den begrundelse, at de var unormalt lave. Tilbuddene skulle ved indgivelsen ledsages af en begrundelse for de væsentligste priskomponenter, der var angivet i udbudsbekendtgørelsen, op til et beløb på mindst 75% af tilbudsprisen. Hvis tilbuddet blev anset for at være unormalt lavt, skulle indholdet således undersøges på baggrund af den ved tilbudsgivningen indsendte begrundelse for tilbuddets sammensætning. I udbudsbekendtgørelsen var det fastsat, at ordregiver skulle fastlægge, hvilke bud der ville blive anset for unormalt lave ved anvendelse af et matematisk kriterium, hvorefter en

[43] Sag C-305/08, CoNISMa

afvigelse på 28% i forhold til gennemsnittet skulle anses for unormalt lavt, uden mulighed for at fremkomme med yderligere begrundelser. Domstolen fastslog hertil, at direktivets afgørende formål er at åbne de offentlige kontrakter for konkurrence, hvilket garanterer, at der ikke er risiko for, at de offentlige myndigheder udøver favoritisme jf. præmis 34-35. Samordningen på fællesskabsniveau har således det væsentlige formål at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i én medlemsstat, og som ønsker at tilbyde varer eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat og med dette formål for øje at fjerne såvel risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende en fortrinsstilling ved indgåelse af kontrakter, som muligheden for, at en offentlig ordregivende myndighed lader sig lede af andre hensyn end økonomiske jf. præmis 36. Det er afgørende, at hver af de bydende som er under mistanke for at have afgivet et unormalt lavt bud, har mulighed for at gøre sine synspunkter gældende derved, at han får mulighed for at fremkomme med enhver begrundelse for de forskellige elementer i tilbuddet på et tidspunkt – der nødvendigvis må ligge efter åbningen af samtlige bud – hvor han ikke blot har kendskab til den tærskel for, hvornår et bud anses for at være unormalt lavt, som finder anvendelse på den pågældende kontrakt, samt med det forhold, at hans bud forekommer at være unormalt lavt, men også de præcise punkter, der gav anledning til den ordregivende myndigheds tvivl.

Domstolen fastslog herefter, at det først og fremmest påhviler ordregiver at udpege de tilbud, der giver anledning til mistanke, og dernæst give de berørte virksomheder mulighed for at bevise holdbarheden af deres bud ved, at ordregiver anmoder dem om de nærmere oplysninger, som den anser for relevante. Ordregiver vurderer herefter relevansen af disse oplysninger og træffer endelig beslutning om, hvorvidt den vil medtage eller forkaste tilbuddene. De krav, der er uløseligt forbundet med den kontradiktoriske karakter af kontrolproceduren, kan herefter kun anses for overholdt, såfremt samtlige af de ovenfor beskrevne etaper i proceduren er blevet gennemført efter hinanden. Domstolen konkluderede afslutningsvist, at der som sådan ikke er noget til hinder for, at ordregiver stiller krav om, at tilbuddets sammensætning skal begrundes allerede ved indsendelse heraf, men det er i strid med artikel 55 at udelukke muligheden at fremsætte bemærkninger og føre argumenter forud for den endelige beslutning. Mht. de begrundelser, der kan fremlægges, har ordregiver pligt til at overveje disse og kan ikke afvise eller udelukke bestemte former for begrundelser.

Endelig fastslog Domstolen, at begrebet unormalt lavt bud ikke er defineret i direktivet, og derfor heller ikke fastlægger metoden til beregning af en tærskel for, hvornår et tilbud skal anses for at være unormalt lavt. Denne opgave tilkommer de enkelte medlemsstater, og et matematisk kriterium herfor er således ikke i strid med direktivet.
Generaladvokatens udtalte i sit forslag til afgørelse[44], at begrebet unormalt lavt bud er et yderst præcist begreb, som skal fastlægges for hver kontrakt på grundlag af den specifikke genstand som ydelsen udgør. En tærskel for unormalt lave bud, der er baseret på en værdi beregnet på grundlag af de indgivne bud, som pr. definition er afgivet med henblik på genstanden for kontrakten, er herefter i fuld overensstemmelse med direktivet. Systemet muliggør, at markedet selv, for hver udbudsprocedure, fastsætter den tærskel, hvorover et bud skal anses for unormalt. Derimod går det ud over gennemsigtigheden. De, som ønsker at få tildelt kontrakter, kender ikke, når de indgiver deres bud, den tærskel, i forhold til hvilken tilbud anses for unormalt lave. Heller ikke den ordregivende myndighed kender den. Denne følge er imidlertid den pris, som skal betales for, at begrebet unormalt lave bud har status af retsbegreb, som ikke er fastlagt a priori, men som fuldt ud kan fastlægges for hver enkelt kontrakt, som det kræves i henhold til direktivets art. 30, stk. 4 (nu artikel 55).

Af dommen kan det således fastslås, at et matematisk kriterium for vurdering af unormalt lave bud er i overensstemmelse med direktivet. Domstolen fastslår herudover, at direktivet skal sikre de frie bevægeligheder, og det synes bemærkelsesværdigt når henses til ARGE-sagen, hvorefter ordregiver frit kan acceptere et konkurrenceforvridende tilbud i betragtning af, at det overtræder konkurrencereglerne, som netop har til formål at sikre de frie bevægeligheder. Herudover skal direktivet sikre, at der ikke udøves favoritisme samt, at ordregiver alene agerer ud fra økonomiske hensyn. Et unormalt lavt bud, må således antages at kunne afvises, når ordregiver – ud fra et økonomisk skøn – vurderer, at risikoen ved en tildeling af kontrakten er for stor. Denne grænse er dog ikke præciseret af Domstolen, men afhænger af den konkrete situation, dog med respekt for princippet om ligebehandling. Da hverken begrebet eller metoden til beregning imidlertid er fastlagt, betyder det dog, at ordregiver principielt kan forkaste ethvert bud så længe, der fastsættes et objektivt kriterium til identificering af tilbuddene, og kontradiktionen efterfølgende foretages. Man kan dog stille

[44] Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 5. juni 2001.

spørgsmålstegn ved, om det er tilstrækkeligt til at sikre ligebehandling, og det er i den henseende bemærkelsesværdigt, at Domstolen ikke præciserer nærmere, hvor grænsen går i forhold til at identificere og afvise unormalt lave tilbud.

2.2.3.7 SECAP, C-147/06 og C-148/06

Efter en præceptiv italiensk lov skulle bud ifm. offentlige bygge- og anlægskontrakter *under* tærskelværdien, som ansås for unormalt lave automatisk udelukkes, når der var modtaget flere end fem gyldige bud. Domstolen fastslog hertil, at anvendelsen af en regel om automatisk udelukkelse af bud, der anses for unormalt lave på kontrakter, som har en klar grænseoverskridende interesse, vil kunne udgøre en indirekte forskelsbehandling. Dette vil i praksis stille erhvervsdrivende fra andre medlemsstater ringere, som ellers kunne afgive såvel et konkurrencedygtigt som et seriøst og pålideligt bud, fordi de har en anden omkostningsstruktur og dermed kan udnytte vigtige stordriftsfordele, eller som ønsker at begrænse deres avancer for at kunne trænge mere effektivt ind på det pågældende marked, men hvis bud den ordregivende myndighed ikke har mulighed for at tage hensyn til på grund af denne ordning. Endvidere kan en sådan ordning tilskynde til konkurrencebegrænsende adfærd og aftaler og endog til hemmelige, ulovlige samordninger mellem nationale eller lokale virksomheder, som tilsigter at sikre disse tildelingen af de offentlige bygge- og anlægskontrakter jf. præmis 25-26. Det er tillige i strid med de ordregivende myndigheders egen interesse, at de fratages muligheden herfor, da de i så fald ikke er i stand til at vurdere de fremsatte bud på grundlag af de vilkår, der gælder under en effektiv konkurrence, og dermed ikke er i stand til at tildele kontrakten på grundlag af kriterierne om den laveste pris eller det økonomiske mest fordelagtige bud, som også er fastsat i det offentliges interesse jf. præmis 29. Domstolen fastslog dog, at selvom der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, vil en automatisk udelukkelse af visse bud, fordi disse er unormalt lave, kunne være acceptabel, når anvendelsen af denne regel er begrundet i et usædvanligt stort antal bud, som det ville overstige den ordregivende myndigheds administrative kapacitet at skulle foretage en kontradiktorisk efterprøvelse af, eller som kunne bringe projektets gennemførelse i fare på grund af den forsinkelse, som en sådan efterprøvelse ville medføre. Under sådanne omstændigheder er det berettiget, at ordregiver selv fastsætter en rimelig grænse for anvendelsen af reglen om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud. En grænse på fem gyldige bud, som fastsat i den italienske lovgivning, kunne dog ikke anses for rimelig.

Generaladvokaten udtalte i sit forslag til afgørelse[45], at de grundlæggende friheder og forbuddet mod forskelsbehandling som udbudsdirektivet beskytter, ikke ubetinget kræver, at en tilbudsgiver, som afgiver et unormalt lavt tilbud, skal have lov til at fremsætte sine bemærkninger, før en afgørelse træffes. Dette skyldes bl.a. hensynet til effektivitetsprincippet, som også gælder i relation til de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter. Når alt kommer til alt, kræver forvaltningen af almene interesser en sådan effektivitet, der undertiden er uforenelig med det tempo, som nødvendiggøres af en selektiv fremgangsmåde i forbindelse med hvilken, der kræves mange garantier.

Dommen viser først og fremmest, at den obligatoriske gennemgang af unormalt lave tilbud, indirekte varetager et konkurrencehensyn. Domstolen synes dog at anerkende, at det både forsinker udbudsprocessen og påfører ordregiver ekstraomkostninger at skulle indlede en procedure for indsamling af oplysninger, og gennemgå tilbuddenes sammensætning. Det er uvist, om dispensationen kan udstrækkes til også at gælde offentlige kontrakter *over* tærskelværdierne, særligt når henses til, at de tidligere direktiver indeholdt en sådan dispensation[46]. Det afgørende er dog at pointere, hvor ressourcekrævende forpligtelsen til kontradiktion kan være. Strengt taget kan dette give ordregiver incitament til faktisk at antage et unormalt lave tilbud, for derved at undgå at skulle afholde sådanne omkostninger. Der synes således at være et spænd, hvor ordregiver principielt kan foretage en kommerciel afvejning heraf, og det synes uhensigtsmæssigt i et samfundsøkonomisk perspektiv, at der kan spekuleres heri.

2.2.3.10 PC-Ware, T-121/08

Kommissionen havde afholdt et udbud vedrørende indkøb af softwareprodukter og licenser. PC-Ware var blandt de bydende, men klagede da Kommissionen tildelte kontrakten til anden side, hvor ordremodtageren principielt solgte med tab. PC-Ware anførte, at ordremodtagerens tilbud omgående burde have været afvist, idet det både udgjorde et unormalt lavt bud og et salg med tab. Hertil fastslog Retten, at en ordregiver, inden den afviser et tilbud som den finder unormalt lavt, skal give den bydende mulighed for at forklare, og endog begrunde tilbuddets indhold. Forpligtelsen til at efterprøve troværdigheden af et

[45] Forslag til afgørelse fra generaladvokat D. Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 27. november 2007
[46] Se direktiv 93/37/EØF, artikel 30, stk. 4.

bud opstår derfor, når der er tvivl om dets pålidelighed. Det er således hovedformålet med bestemmelsen at give bydende mulighed for ikke at blive udelukket fra proceduren uden at have haft lejlighed til at forklare indholdet af deres bud, når dette forekommer unormalt lavt. Herefter fastslog Retten, at ordregiver har en vid skønsmargin i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning ved indgåelse af en aftale efter udbud og, at Rettens kontrol skal begrænses til en efterprøvelse af, om reglerne for proceduren er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige og, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning. Retten konkluderede, at det var tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen til trods for, at den ikke kvalificerede det antagne tilbud som unormalt lavt, havde udvist den nødvendige omhu i undersøgelsen af ordremodtagerens bud.

Retten fastslår således, at ordregiver er berettiget til at antage tilbud, som principielt er tabsgivende for tilbudsgiver. Dommen viser endvidere, at man fra domstolenes side har stor tiltro til ordregivers kommercielle skøn, men man diskutere, om et tilbud kan være så lavt, at det ville stride imod ligebehandlingsprincippet at antage det. Altså, hvor ordregiver i protektionistisk øjemed tildeler en kontrakt til en lokal tilbudsgiver for senere at regulere kontraktsprisen[47]. Hertil må det dog anføres, at der findes begrænsninger ift., hvor meget prisen efterfølgende kan justeres, hvilket uddybes nærmere nedenfor under afsnit 3.5.1.

2.4 Den juridiske fortolkning af unormalt lave bud

Den juridiske analyse viser, at begrebet unormalt lave bud, hverken er fastlagt i direktivet eller i retspraksis. Således kan man ikke på denne baggrund fastsætte en tærskel for, hvor lavt et bud skal være førend, at det kan betragtes som unormalt lavt. Ej heller, hvornår et sådant tilbud kan afvises. En metode til beregning af denne tærskel kan være et matematisk kriterium, som dog alene synes at give adgang til at *identificere* unormalt lave bud.

Generelt synes ordregivers kommercielle skøn at være bredt, og der er formentlig adgang til at afvise et tilbud, når ordregiver ud fra økonomiske hensyn – og således ud fra et subjektivt skøn – vurderer, at risikoen ved at antage tilbuddet er for stor. Det frie skøn synes dog at kunne resultere i, at ordregiver kan forskelsbehandle tilbudsgiverne, da der hverken er sat en øvre eller nedre grænse for, hvor lavt tilbuddet skal være førend afvisning.

[47] Se i samme retning Steinicke (2003, s. 799-800)

Ordregiver kan således antage tilbud, der principielt er tabsgivende for tilbudsgiver, men kan formentlig omvendt afvise tilbud, der giver tilbudsgiver et mindre overskud, men som ordregiver vurderer er for lavt i forhold ydelsen eller den pågældende branche. Domstolene har således ikke fastslået, at et unormalt lavt bud nødvendigvis skal være tabsgivende for tilbudsgiver. Endelig synes der med ARGE-sagen ikke at være pligt til at tage hensyn til de konkurrenceforvridninger, der kan følge af et unormalt lavt bud, og Domstolen synes generelt tilbageholden med at integrere og inddrage konkurrenceregler i udbudssammenhænge.
Det følgende afsnit vil på baggrund heraf analysere nærmere, hvilke overvejelser, der kan ligge bag et unormalt lavt bud for på den måde at finde frem til, hvornår ordregiver kan og bør reagere.

Kapitel 3: Hvad kan være årsag til, at der afgives et unormalt lavt bud?

3.1. Indledning

Der findes en lang række årsager til, at tilbudsgiver vælger at afgive et meget lavt bud. Hovedårsagen er først og fremmest at vinde kontrakten, men et tilbud kan dog være så lavt, at ordregiver kan være beføjet til at afvise det. Spørgsmålet er herefter, hvor denne grænse går, og da hverken bestemmelsen i udbudsdirektivet eller retspraksis synes at præcisere dette nærmere, analyseres i det følgende, hvilke årsager og overvejelser, der kan ligge bag et lavt bud, set fra tilbudsgivers synspunkt.

Artikel 55 nævner selv, at et unormalt lavt bud kan skyldes reelle besparelser, usædvanligt gunstige betingelser, originalitet, eller eventuel statsstøtte jf. stk. 1. Denne ikke-udtømmende opregning kan således legitimere og begrunde et unormalt lavt bud. Man kan eksempelvis forestille sig, at en tilbudsgiver oplever skalafordele qua, at han leverer til både det offentlige og private eller måske er placeret i en medlemsstat, hvor der er særligt gunstige betingelser i forhold til lavtlønnet arbejdskraft[48]. Originalitet kan tænkes at forekomme, hvis tilbudsgiver har adgang til at afgive alternative bud, hvorefter materialevalg, arkitektoniske fremstillinger eller anderledes hurtigere og bedre levering kan medføre en reduktion i tilbudsprisen, og endelig kan statsstøtte være en legitim årsag til et usædvanligt lavt bud, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Derudover kan der identificeres en række andre forhold som kan bevirke, at tilbudsgiver er i stand til, eller ønsker at afgive et unormalt lavt bud. I det følgende vil nogle af disse fremhæves og analyseres.

3.2 Ulovlig statsstøtte

Hvis en ordregivende myndighed fastslår, at et tilbud er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, kan tilbuddet ifølge artikel 55, stk. 3 kun afvises med denne ene begrundelse, hvis den ordregivende myndighed konsulterer tilbudsgiveren og denne inden for en tilstrækkelig frist ikke kan godtgøre, at den pågældende støtte er tildelt på lovlig vis. Hvis den ordregiver afviser et tilbud under disse omstændigheder, skal den underrette

[48] Se til illustration sag C-341/05, Laval, hvor en lettisk virksomhed kunne afgive et meget lavt bud, på grundlag af udstationeret lettisk arbejdskraft. Sagen endte dog katastrofalt for virksomheden, som gik konkurs pga. kollektive kampskrift fra svenske fagforeninger.

Kommissionen herom. Tildeling af statsstøtte reguleres af TEUF art. 107, stk. 1 som fastslår, at bortset fra de i traktaten hjemlede undtagelser, er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne. Derudover kan der være tale om ulovlig statsstøtte idet omfang støtten ikke er anmeldt til Kommissionen eller støtte som er lovlig tildelt, men som misbruges til andre formål. Det må fastslås, at hovedårsagen til at yde statsstøtte i udbudskontekst er et udtryk for at give en tilbudsgiver mulighed for at modtage ordrer ved at kunne afgive tilbud, der er lavere end, eller i det mindste ligeså konkurrencedygtige som konkurrenternes. Således opstår der ikke et konkurrencemæssigt problem i forhold til lovlig tildelt statsstøtte, men sagen forholder sig anderledes i tilfælde af ulovlig tildelt statsstøtte. I ARGE-sagen[49] blev problemstillingen som nævnt præsenteret for EU-Domstolen, som dog ikke angav de nærmere betingelser for, hvornår ordregiver skal eller kan udelukke en tilbudsgiver, der modtager ulovlig statsstøtte. Generaladvokaten antog imidlertid, at der ikke gælder en forpligtelse til at afvise et sådant tilbud[50], og både Domstolens og generaladvokatens lægger således op til, at ordregiver selv må skønne, hvorvidt man vil påtage sig den risiko, der kan være forbundet med at antage et unormalt lavt tilbud, som skyldes ulovlig statsstøtte. Det synes dog ikke at harmonere med de meget detaljerede krav, der kendetegner en offentlig udbudsproces, og som blandt andet har til formål at sikre en sund konkurrence ved netop at begrænse skønsudøvelsen. Man kan således fastslå, at man ikke fra Domstolens side ønsker at begrænse ordregivers *forretningsmæssige* skøn, altså spørgsmålet om, hvor stor en risiko ordregiver ønsker at påtage sig, hvilket på sin vis synes hensigtsmæssigt. Problemet opstår dog i konkurrencemæssig henseende, når statsstøtten medfører konkurrenceforvridninger i forhold til de øvrige tilbudsgivere. I forbindelse med anvendelsen af artikel 55, stk. 3, har ordregiver således mulighed for at ignorere konkurrenceovertrædelser og dermed lade en virksomhed, som har modtaget ulovlig statsstøtte, deltage i konkurrencen og vinde udbuddet. Dermed er ordregivers interesse sikret, men det betyder samtidig, at det formål, som

[49] Sag C-304/96, ARGE
[50] Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger fremsat den 15. juni 2000.

statsstøttereglerne skal sikre, nemlig hensynet til en fair konkurrence ikke bliver varetaget af ordregiver[51].

I økonomisk perspektiv et det bemærkelsesværdigt, at artikel 55 sidestiller statsstøtte med besparelser, gunstige forretningsbetingelser og originalitet eftersom, at der er tale om et kunstigt markedsindgreb, hvorimod de øvrige faktorer i højere grad udtrykker virksomhedens egen evne til at udnytte kompetencer, stordriftsfordele og effektivitet. Bestemmelsen må således fortolkes som, at den ikke har til formål at beskytte forbigåede tilbudsgivere eller andre potentielle konkurrenter, men snarere at sikre, at ordregiver opnår det bedste tilbud afhængig af ordregivers egen risikoaversion, og det er formentlig sådanne overvejelser, der ligger bag adgangen til at antage et unormalt lavt bud, som skyldes (ulovlig) statsstøtte. Det forekommer også samfundsmæssigt efficient set i et kortsigtet perspektiv, men man overser de langsigtede problematikker, der kan være forbundet herved i forhold til, at konkurrenter må forlade markedet samt, at potentielle konkurrenter over tid afholder sig fra at indtræde markedet, da statsstøtten opleves som en adgangsbarriere. Det må dog holdes for øje, at adgangen for offentlige og halvoffentlige virksomheder til generelt at deltage i offentlige udbud samtidig er en mulighed for at udvide markedet for flere udbydere, hvilket påvirker prisen positivt for de offentlige ordregivere.
Der er således to hensyn at stille overfor hinanden. På den ene side hensynet for ordregiver til at opnå lavest mulige priser, og på den anden side hensynet til en fair konkurrence blandt tilbudsgiverne. Ifølge Chicago-skolen opnås den ønskværdige markedsfærd ved, at det offentlige afholder sig helt fra at intervenere i markedet, og således overlader det til de frie markedskræfter at afgøre, hvordan markedsposition og prissætning fastsættes[52]. I relation til ulovlig statsstøtte virker dette dog forsimplet, og man bør således fra lovgiver og Domstolens side gribe ind overfor tilbud, der er sammensat på baggrund af ulovlig tildelt statsstøtte. Et praktisk problem opstår dog ved at afgøre, hvornår støtten er lovlig eller ulovlig. Således vil en tilbudsgiver, som misbruger lovlig tildelt statsstøtte til andre formål principielt opnå en uretmæssig konkurrencefordel, som omvendt er vanskelig og tidskrævende for den offentlige ordregiver at identificere. Samme overvejelser må gøre sig gældende ved støtte, som er anmeldt til Kommissionen, men som er udbetalt inden endelig godkendelse.

[51] Steinicke (2007)
[52] Martin (1993, s. 9)

Spørgsmålet om ulovlig statsstøtte er i skrivende stund heftigt debatteret i forlængelse, at det privatejede selskab DSBFirst – som ejes delvist af det offentlige selskab DSB – angiveligt har modtaget statsstøtte bl.a. i form af usædvanligt gunstige lånebetingelser. Kammeradvokaten fastslår i sit notat om visse statsstøtteretlige problemstillinger vedrørende DSB og DSBFirst[53], at der mellem DSB og DSBFirst har været en samhandel i form af såkaldte spothandler, hvor DSBFirst ikke har ydet kontant betaling, men derimod opnået kredit i form af tilskrivninger på en løbende mellemregning. Fra slutningen af 2009 er denne mellemregning vokset betydeligt, og DSB havde således pr. 28. februar 2011 et samlet nettotilgodehavende i DSBFirst på 304,5 mio. kr., hvilket overstiger grænsen for en sædvanlig leverandørkredit. Der er således tale om et egentligt udlån. Forrentningen heraf er dog sket med den kalkulatoriske rentesats, der anvendes ved interne overførsler af kapital i DSB, hvorimod DSBFirst er en konkurrenceudsat virksomhed, hvor DSB ikke kan overføre midler på vilkår, der afviger fra almindelige markedsvilkår. DSBFirst ville således ikke ved låntagning hos en uafhængig tredjemand kunne have opnået en rente svarende til DSB's lånerente, og markedsrenten er derfor utvivlsomt væsentlig højere end den faktisk anvendte rentesats.

DSBFirst vandt i sin tid kontrakten over Deutsche Bahn, Arriva og det statsejede svenske togselskab SJ, vedrørende togdrift på Kystbanen samt ruter i Sydsverige[54]. Kammeradvokatens udtalelser indikerer, at der ved afgivelsen af tilbuddet var kalkuleret med en forventning om at kunne afdække eventuelle tab hos DSB, men som det fremgår af ARGE-sagen, er ordregiver imidlertid ikke forpligtet til at afvise tilbud, som skyldes ulovlig tildelt statsstøtte eller mistanke herom. Det medfører imidlertid nogle konkurrenceretlige problemstillinger, da man som nævnt skaber nogle kunstige konkurrencefordele for den begunstigede virksomhed, hvilket statsstøttereglerne omvendt forsøger at undgå. Problemet opstår altså i form af, at ordregiver hverken er forpligtet til eller sågar har interesse i at afvise sådanne tilbud, da man alene varetager egne interesser. Målet er således at modtage det mest fordelagtige tilbud, hvor prisen oftest vil udgøre et væsentligt element, men der er ikke pligt til at varetage hensynet til en effektiv og fair konkurrence.

[53] Kammeradvokaten, 13. april 2011
[54] Berlingske Business, mandag d. 11. april 2011

Som nævnt har Domstolen ikke villet forsøge at regulere og sætte grænser for ordregivers forretningsmæssige skøn. Dette har imidlertid den konsekvens, at ordregiver mere eller mindre uvidende kan medvirke til at forvride konkurrencen, og det synes uhensigtsmæssigt set fra et konkurrencemæssigt perspektiv, at man ikke i højere grad integrerer konkurrencereglerne i udbudsretten således, at det er i strid med udbudsdirektivet at antage et unormalt lavt bud, som skyldes ulovlig statsstøtte. Udbudsretligt vil det formentlig være et brud på ligebehandlingsprincippet, at støtte, der er indregnet i tilbuddet er ulovlig, men Domstolen synes ikke at tage dette i betragtning. Forklaringen ligger formentlig i, at ordregivers frie skøn med hensyn til at antage det bedste tilbud vejer meget tungt, og man kan diskutere, om det overhovedet er ordregivers ansvar at varetage andre hensyn end dette. Den ulovlige statsstøtte skal, i tilfælde af, at det opdages tilbagebetales straks, og beløbet skal forrentes med en af Kommissionen fastsat rentesats fra tidspunktet for udbetaling af det pågældende beløb[55]. Denne risiko må ordregiver således selv påtage sig ved afgørelsen af om tilbuddet ønskes antaget i første omgang, men heri ligger samtidig, at ordregiver overordnet set forventes at være bekendt hermed samt at være i stand til at overskue, hvilke konsekvenser det eventuelt vil kunne medføre i et fremadrettet kontraktsforhold med den pågældende tilbudsgiver. Dermed ville en pligt til at afvise ulovligt støttede tilbud formentlig være til gavn for ordregiver. Imidlertid kan det være en vanskelig og tidskrævende proces at nå frem til en afgørelse af om støtten er lovlig tildelt eller ej, og det er formodentlig en af årsagerne til, at man giver ordregiver adgang til ikke at drage nogle konsekvenser heraf ift. at antage tilbuddet.

3.3 Konkurrenceforvridende adfærd

Afgivelse af meget lave tilbud er generelt et udtryk for virksomhedernes konkurrenceadfærd. Denne adfærd kan have en konkurrencestyrkende eller konkurrenceforvridende karakter, og afgrænsningen herimellem kan være svær at skelne. En dominerende virksomhed vil sandsynligvis altid forsøge at bekæmpe indtræden fra potentielle konkurrenter, men det har ingen konkurrenceskadende virkning, at en stærk etableret virksomhed er så effektiv, at den kan afgive priser, som er lavere end den nye konkurrents omkostninger[56]. Hvis målet

[55] Rfo 659/99 om anvendelse af EF-traktatens art. 93 (nu TEUF art. 107), artikel 14
[56] Motta (2004, s. 411)

imidlertid er at presse virksomheden ud af markedet for efterfølgende at hæve prisen, kan der formentlig konstateres misbrug af en dominerende stilling.
I forhold til artikel 55 kan der overordnet forekomme to typer af konkurrenceforvridende adfærd, henholdsvis collusion og predatory pricing. Begge typer adfærd er konkurrenceforvridende, og forekommer, når én eller flere virksomheder misbruger deres markedsmagt for at afskærme markedet og senere opnå monopolprofitter.

I relation til offentlige udbud kan man stille spørgsmålstegn ved, om markedsmagt overhovedet er relevant at diskutere, og nogle virksomheder vil da også hævde, at de opererer på et udbudsmarked, hvor det er umuligt at have markedsmagt[57]. Markedsmagt kan overordnet defineres som en virksomheds evne til at hæve prisen over konkurrenceniveauet og dermed opnå profit, eller begrænse sit output og kvalitet. Virksomhedens evne hertil afhænger blandt andet af egenpriselasticiteten, hvorefter en virksomhed med en meget lav egenpriselasticitet, kan hæve prisen uden større konsekvenser for den efterspurgte mængde. Dette afhænger først og fremmest af den eksisterende og potentielle konkurrence, samt købermagt på efterspørgselssiden.
Offentlige udbud adskiller sig fra et ordinært marked ved, at konkurrencen foregår *for* markedet dvs., at virksomhederne konkurrerer om retten til at levere *til* markedet i form af ordregivers efterspørgsel. Prisen er herefter fast i forhold til den afgivne tilbudspris, og tilbudsgiver kan ikke senere ændre denne (hverken i op- eller nedadgående retning) ved tilbudsgivningen, men er som udgangspunkt bundet af sit tilbud, hvad enten kontrakten vindes eller ej[58]. I offentlige udbud er konkurrencen dermed koncentreret om den proces, hvor tilbuddet afgives. Så snart udbuddet er afsluttet, vil den tilbudsgiver, som får tildelt kontrakten, ikke udsættes for konkurrence førend det næste udbud.
I offentlige udbud vil markedsandele sjældent være udtryk for andet end udfaldet af det senest afholdte udbud. Markedsandele kan således ikke sammenholdes med virksomhedernes konkurrenceevne i det konkrete eller fremtidige udbud, og en virksomhed som besidder en markedsandel på 60%, har næppe 60% sandsynlighed for at vinde kontrakten. Små virksomheder med få markedsandele, eller sågar potentielle konkurrenter helt uden, vil

[57] T'Syen (2008)
[58] T'Syen (2008)

kunne udgøre en troværdig trussel mod den etablerede virksomhed eftersom, at det eneste der kræves er, at tilbudsgiver er kompetent og kvalificeret til at afgive et tilbud.

Klemperer[59] fastslår med henvisning til Kommissionens beslutning i en fusionssag, mellem den italienske virksomhed *Pirelli Cavi e Sistemi S.p.A* og *BICC General*[60], at et udbud ideelt set skal opfylde fire betingelser førend, at det *ikke* kan medføre konkurrenceforvridninger:

1) Tilbudsgiveren, der får tildelt kontrakten vinder hele ordren;
2) Konkurrencen er "klumpet" således, at hvert udbud udgør en relativ stor del af tilbudsgiverens samlede salg i perioden, hvorfor tilbudsgiverne er foranlediget til at satse alt for at vinde kontrakten;
3) Der er ingen lock-in effekter, hvorfor udfaldet af ét udbud ikke har indflydelse på udfaldet af de efterfølgende. Konkurrencen starter således på en frisk hver gang.
4) Der er ingen adgangsbarrierer, hvorfor indtræden for nye tilbudsgivere foregår ubesværet.

Det er svært at se, at alle fire betingelser kan være opfyldt samtidig i praksis. Såfremt de første to betingelser måtte være opfyldt, vil der unægtelig være lock-in effekter eftersom, at kun den etablerede virksomhed kan opnå erfaring og fordele i form af skalaøkonomier, da de resterende tilbudsgivere teoretisk set ingen ordrer har. Endvidere er det svært at forestille sig, at der i udbudskontekst ikke skulle forekomme adgangsbarrierer eftersom, at tilbudsgivere i praksis bliver vurderet ud fra en lang række af faktorer, herunder deres finansielle og økonomiske formåen[61], samt tekniske og faglige formåen (erfaring, kvalifikationer, udstyr og personale)[62]. Dette skal sikre ordregiver, at tilbudsgiverne faktisk er i stand til at præstere den udbudte kontrakt, men omvendt kan man strengt taget sidestille

[59] Klemperer (2005)
[60] Case No COMP/M. 1882 – PIRELLI/BICC, Commission Decision of 19.07.2000. Her fastslog Kommissionen: "*However, the existense of bidding markets by themselves does not automatically ensure effective competition in highly concentrated markets. The application and impact of the public procurement Directive has to be examined in each individual case. In the HV/EHV power cable market, tenders take place infrequently, while the vaule of each individual contracts usually is very significant. Contracts are typically awarded to a single successful bidder (so-called "winner-take-all"-principle). Strong incentives therefor exist for all competitors to bid aggressively for each contract (pr. 80). In summary, there is insufficient evidence to conclude that the operation would result in the creation of a dominant position of Pirelli/BICC in the market for the supply of HV/EHV power cables in the Community, because there remains at least four first-tier competitors as credible bidders and because the demand side is dominated by large sophisticated customers, purchasing power cables in a bidding process*"
[61] Artikel 47 i udbudsdirektivet
[62] Artikel 48 i udbudsdirektivet

disse kvalifikationskrav med adgangsbarrierer. Endvidere vil det være vanskeligt for en potentiel tilbudsgiver at indtræde markedet, såfremt de første tre betingelser måtte være opfyldt. Konkurrencen vil i sådanne tilfælde være meget intens selv blandt få tilbudsgivere.

I relation til predatory pricing skal man i konkurrencemæssig henseende først og fremmest kunne konstatere, at der foreligger en dominerende stilling[63]. En sådan vurdering foretages på baggrund af en afgrænsning af det relevante produkt- og geografiske marked. I forhold til det relevante produktmarked kan vurderingen foretages ud fra den såkaldte SSNIP-test (den hypotetiske monopol test), hvorefter det potentielt skal være profitabelt for virksomheden at hæve sin pris 5-10%. Er dette tilfældet, vil markedet kunne anses som separat og uden substitutter. Er svaret omvendt benægtende, vil markedet omfatte andre relaterede produkter eller tjenesteydelser, og ordregiver vil kunne substituere[64].
Det relevante geografiske marked vurderes principielt på samme måde, men faktorer såsom sprogbarrierer og transportomkostninger kan have en sådan betydning, at det ikke er realistisk, at tilbudsgivere fra andre medlemsstater har nogen reel chance for at få tildelt kontrakten. I relation til offentlige udbud, vil det geografiske marked dog i mange tilfælde kunne fastsættes til hele EU, da der er pligt til at offentliggøre udbuddet på unionsplan. I sådanne tilfælde vil det unægtelig være sværere at statuere en dominerende stilling, men ud fra ovenstående er konklusionen, at en virksomhed kan have og misbruge markedsmagt i offentlige udbud. Det er klart, at udbudsformen, hvorefter tilbudsgiverne afgiver lukkede bud reducerer mulighederne for konkurrenceforvridende adfærd, men omvendt medfører stabiliteten og forudsigeligheden i den offentlige efterspørgsel, samt de gennemsigtige udbudsprocedurer, at en sådan adfærd muliggøres[65]. I det følgende antages markedsmagt derfor at være tilstede i offentlige udbud.

3.3.1 Collusion

Indenfor offentlige udbud er karteldannelser et forholdsvist velkendt fænomen. Kommissionen fastslår blandt andet, at markedet for afskaffelse af affald i mange

[63] Som bekendt forbyder TEUF art. 102 ikke en dominerende stilling, men misbrug heraf. Konstateringen af misbrug er dog omvendt betinget af, at man kan konstatere en dominerende stilling.
[64] Se til illustration sag 27/76, United Brands
[65] Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb. KOM (2011) 15

medlemsstater domineres af en eller to store aktører, mens bygge- og anlægssektoren, i det mindste med hensyn til de store infrastrukturprojekter, er oligopolistisk og udsat for karteldannelser. Andre eksempler omfatter blandt andet it-forsyning, elektricitetsmarkedet, samt markedet for visse posttjenester[66]. Man vil typisk identificere collusion i form af højere priser som følge af kunstig skabt markedsmagt, og det kan derfor umiddelbart være svært at få øje på sammenhængen i forhold til unormalt lave bud i udbudskontekst. Imidlertid pågår der interne spil blandt deltagerne i kartellet, og risikoen for udefrakommende virksomheders afgivelse tilbud truer samarbejdets eksistensgrundlag, hvilket kan føre til afgivelse af unormalt lave bud. I offentlige udbud kan man herefter forestille sig, at virksomheder, som under en udbudsprocedure er blevet prækvalificerede, indkalder ordregiver til et møde, hvorunder de prækvalificerede virksomheder gennem aftale eller samordnet praksis søger at afgrænse det område, inden for hvilket de ønsker at byde under konkurrencevilkår. Selvom der kan være god fornuft i visse af sådanne fælles afgrænsninger af udbudsforretningen, har udbudsdirektivet ikke fundet anledning til at indføre særregler, som omfatter sådanne tiltag[67].

Konkurrencebegrænsende aftaler reguleres af TEUF artikel 101, og overordnet skal fire betingelser være opfyldt, førend bestemmelsen finder anvendelse. Der skal være tale om en aftale mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger eller samordnet praksis, der kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, som udgør en konkurrencebegrænsning inden for Fællesmarkedet, og som udgør en væsentlig eller følelig begrænsning af konkurrencen eller samhandlen (jf. Völk mod Verveacke-dommen[68])
Hertil bemærkes, at det uanset, at aftalen blandt virksomheder skal være bindende, er tilstrækkeligt at deltage passivt ved et møde blandt kartelsamarbejdets deltagere, hvis den pågældende ikke udtrykkeligt har taget afstand herfra jf. Rørkartel-sagen[69]. Der stilles imidlertid krav til, at der både finder en objektiv og subjektiv tilpasning sted hos de deltagende tilbudsgivere[70]. Omvendt er det dog ikke en betingelse, at konkurrencen rent

[66] Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb. KOM (2011) 15
[67] Fejø (1998)
[68] Sag 5/69, Völk mod Vervaecke. Her tilkendegav Domstolen, at en aftale ikke falder ind under artikel 81, hvis den, når man tager deltagernes svage stilling på det pågældende produktionsled i betragtning, kun i ubetydeligt omgang påvirker markedet
[69] Forenede sager C-198/02P, C-202/02B, C-205/02P, C-208/02P og C-213/02P, Dansk Rørindustri
[70] Et prisførerskab ved Betrand-konkurrence, vil således ikke være tilstrækkelig til at rammes af artikel 101 TEUF.

faktisk begrænses, og det er således tilstrækkeligt, at den potentielle konkurrence hindres. Artikel 101 TEUF beskytter derfor både den aktuelle, og den potentielle konkurrence[71].

Ved collusion vil markedet typisk være kendetegnet af et oligopol, og virksomhederne forsøger kunstigt at øge deres markedsmagt for at kunne opnå højere priser. Typiske eksempler på collusion ses ved aftalte priser, markedsopdeling samt fordeling af kunder jf. bl.a. Rørkartel-sagen[72]. Det er kendetegnende, at opretholdelsen af et kartel overordnet er betinget af, *at* der kan opnås enighed om en pris, *at* der er mulighed for at overvåge hinanden, *at* der er straf forbundet med at afvige fra aftalerne og, *at* virksomhederne har tilstrækkelig markedsmagt til, at deres konkurrenter ikke kan overtage markedet[73]. Collusion opretholdes herefter ved, at de enkelte aktører foretrækker at samarbejde frem for at underbyde og dermed vinde kontrakten. Hvis dette sker udløses en indbyrdes strafsanktion, hvorefter alle deltagere sænker deres priser, og der skiftes til konkurrenceadfærd i de efterfølgende perioder (såkaldt "trigger strategy")[74].
Ved Cournotkonkurrence, kan kartellet eksempelvis afskrække indtræden ved at byde på så mange offentlige kontrakter, at den udefrakommende virksomhed alene har udsigt til at imødekomme den begrænsede offentlige efterspørgsel, der måtte være tilbage. Er denne tilstrækkelig lille, afholdes virksomheden fra at byde, da den ikke kan få dækket sine omkostninger, herunder de sunk costs, der er forbundet med indtræden[75]. I forhold til unormalt lave bud, vil det medføre lavere priser, at et kartel øger sine mængder for at afholde indtræden, og derfor kan et eller flere meget lave bud derfor skyldes, at en sådan konkurrenceforvridende adfærd pågår.

Motta opstiller den såkaldte *Incentive Constraint*[76] og fastslår, at denne betingelse må være opfyldt, førend kartelsamarbejdet kan opretholdes. Herefter gælder det, at profitten ved collusion sammenholdt med profitten ved fremtidig collusion, skal være større end eller lig med profitten ved afvigelse sammenholdt med den fremtidige profit ved afvigelse:

[71] Fejø (2009, s. 100)
[72] Forenede sager C-198/02P, C-202/02B, C-205/02P, C-208/02P og C-213/02P, Dansk Rørindustri
[73] Albæk (2010)
[74] Martin (1993, s. 168)
[75] Gilbert (1986)
[76] Motta (2004, s. 160)

$$\pi^{C}_{i} + \delta^{C}_{i} \geq \pi^{d}_{i} + \delta^{P}_{i}$$

En stor offentlig ordre, vil således kunne give anledning til et kartelbrud, og dermed et eller flere unormalt lave bud.

Herudover findes der en række andre faktorer som muliggør collusion. For det første har det betydning, hvor mange virksomheder, der deltager i kartellet og det er klart, at jo flere deltagere, desto større incitament til at afvige, da gevinsten herved er større[77]. Det bemærkes hertil, at den afvigende virksomhed opnår hele fortjenesten ved udbuddet og såfremt denne er tilstrækkelig stor, udspiller der sig et klassisk Prisoner's Dilemma spil, hvorefter den dominerende strategi for virksomhederne er at afvige fra aftalen. Omvendt bliver det lettere at koordinere adfærd i mindre karteller med færre deltagere.

Adgangsbarrierer spiller tillige en væsentlig rolle i forhold til at fastholde kartellet. Profit i markedet vil tiltrække nye virksomheder og jo lavere adgangsbarrierer, desto større tilgang, hvilket gør det sværere at opretholde collusion. Dog kan de deltagende virksomheder straffe den nye virksomhed på samme måde som ved interne afvigelser. Herefter kan kartellet for det første vælge at bryde helt op, i hvilket tilfælde alle deltagere sænker deres priser til P ≤MC[78]. For det andet kan den nye virksomhed inviteres til at indgå i kartellet, hvorefter der fastholdes en høj pris, og endelig kan kartellet koordinere straf af virksomheden. Ved at sænke prisen til under de marginale omkostninger, kan karteldeltagerne effektivt straffe den nyankomne virksomhed og sende signaler til potentielle konkurrenter. På den måde fastholdes collusion selv i tilfælde af lave adgangsbarrier[79].

Når der afgives unormalt lave bud, kan der derfor være to mulige årsager hertil. I tilfælde af høje adgangsbarrierer, kan et eller flere unormalt lave bud skyldes, at en virksomhed har underbudt for at få tildelt kontrakten. Som nævnt kan dette være tilfældet, hvis en ordregiver udbyder en meget stor ordre, og der er mindre gode fremtidsudsigter. Her vil den pågældendes tilbud umiddelbart kunne opfattes som unormalt lav, da prisen førhen har været kunstig høj, hvilket har skabt fejlagtige opfattelser hos ordregiver af, hvad projektet skal

---

[77] $\frac{\pi(P_m)}{n} \times (1 + \delta + \delta^2) \geq \pi(P_m)$

[78] Eller P ≤AVC, hvis der er tale om homogene varer

[79] Harrington (1989)

koste[80]. Samtidig kan der ved flere unormalt lave bud i samme udbud være tale om en situation, hvor man indbyrdes straffer hinanden i kartellet, hvis der eksempelvis er uoverensstemmelser mellem de deltagende.
I tilfælde af lave adgangsbarrierer, vil en udefrakommende virksomhed have incitament til at afgive et lavt bud for overhovedet at indtræde. Omvendt har kartellet incitament til at sænke deres priser, endda under de marginale omkostninger for at presse den nyindtrådte ud og sende signaler til potentielle konkurrenter.
Udover adgangsbarrierer spiller stabilitet og forudsigelighed i efterspørgslen samt prisgennemsigtighed en væsentlig rolle for kartellets opretholdelse[81]. Det er kendetegnende for offentlige udbud, at disse betingelser oftest er opfyldt, og man kan derfor fastslå, at offentlige udbud er særligt følsomme overfor denne type af konkurrenceforvridende adfærd. Den offentlige efterspørgsel er således ikke påvirket af konjunkturudsving, mv. på samme måde som private virksomheder. Endvidere er det muligt at få kendskab til den pris, som de øvrige tilbudsgivere har afgivet i det forrige udbud, hvilket øger gennemsigtigheden samt muligheden for at straffe hinanden eller udefrakommende i efterfølgende udbud.

Udbudsretlig set kan man dog anføre, at bestemmelsen i artikel 55 på sin vis sikrer ordregiver mod sådanne karteldannelser ved at foreskrive en obligatorisk gennemgang af tilbuddet inden afvisning. Man kan således forestille sig en ordregiver, der over en årrække har aftaget ydelser fra bestemte virksomheder, som deltager i et kartel. Prisen holdes kunstigt højt, og udsigten til fortjeneste tiltrækker en ny udefrakommende virksomhed, som tilbyder en konkurrencedygtig pris. Ordregiver opfatter imidlertid prisen som unormalt lav, men kan ikke afvise tilbuddet uden først at have sat sig ind i dets sammensætning. Dette giver ordregiver indblik i prissætningen, hvilket kan få kartelsamarbejdet til at ophøre. Således varetager bestemmelsen om unormalt lave bud i artikel 55 - udover mere generelle hensyn om gennemsigtighed og ligebehandling - tillige et indirekte konkurrencehensyn i form af, at kunne medvirke til at nedbryde collusion, hvilket Domstolen fremhævede i SECAP-dommen[82]. Det synes samtidig hensigtsmæssigt eftersom, at ordregiver i det mindste sættes i stand til at varetage konkurrenceretlige hensyn, hvilket medfører lavere og mere konkurrencedygtige

[80] Dette kan blandt andet være usikkerhed om virksomhedernes omkostninger, størrelsen af fortjenesten, mv.
[81] Tirole (1992, s. 240 ff.)
[82] Sag C-147/06 og C-148/06, SECAP

priser. Set ud fra et samfundsøkonomisk perspektiv er fordelen endvidere, at karteller identificeres i større omfang, og det giver mening i betragtning af, at Kommissionen kan have svært ved at opdage sådanne konkurrencebegrænsende aftaler. Dette ses blandt andet ved, at man i Rfo 1/2003[83] har uddelegeret et større ansvar til de nationale konkurrencemyndigheder ved bl.a. at give dem kompetence til at anvende TEUF artikel 101 og 102, herunder påbyde, at en overtrædelse bliver bragt til ophør, træffe foreløbige forholdsregler, samt pålægge bøder, mv. jf. forordningens artikel 5. Herudover har man forsøgt at begrænse collusion via Leniency-meddelelsen[84], som automatisk fritager den første karteldeltager, som melder sig, og som kan dokumentere at have været del af et kartel. Programmet kan ses som et udtryk for, at man ønsker at give incitamenter til at bryde kartellet. Ved at indbygge bestemmelsen i artikel 55 i dens udformning har den offentlige ordregiver dermed mulighed for at bidrage til bekæmpelsen af konkurrencebegrænsende aftaler.

3.3.2 Predatory pricing

Predatory pricing reguleres af TEUF art. 102, og opstår ved, at en dominerende virksomhed i udbudskontekst afgiver et unormalt lavt tilbud, og dermed ofrer potentiel profit i ét eller flere udbud for at eliminere konkurrenter mod til gengæld at hæve prisen over tid og opnå monopolprofit. Der er således to betingelser, der skal være opfyldt for at kunne konstatere predatory pricing. Tilbudsgiver påtager sig et tab på kort sigt ($P < MC$), men har tilstrækkelig markedsmagt til at øge prisen i fremtiden og dermed opnå overnormal profit. Det er klart, at den fremtidige profit skal kunne opveje tabet på kort sigt, og det kræver for det første, at de offentlige myndigheder vedbliver at efterspørge den pågældende vare eller ydelse – altså, at der efterfølgende er udbud, hvor tabet kan opvejes - samt, at den dominerende virksomhed kan sende troværdige signaler til konkurrenterne, som dermed afholder sig fra at byde på kontrakten. Alternativt ville virksomheden skulle underprissætte i alle udbud, hvilket ville være urentabelt[85].

Generelt kan man diskutere, hvor udbredt predatory pricing er når henses til, at markedet omfatter offentlige udbud i EU. Den dominerende virksomhed vil således potentielt blive

[83] Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrenceregler i traktatens artikel 81 og 82.
[84] Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, EUT (2006/C 298/11).
[85] Motta (2004, s. 411 ff.)

mødt af nye konkurrenter hver gang, der udbydes en ny kontrakt og konkurrencen er teoretisk set lige for alle tilbudsgivere, som ønsker afgive tilbud. Der er ingen tvivl om, at jo større antal aktuelle og potentielle konkurrenter, desto sværere bliver det for den dominerende virksomhed at opnå overnormal profit og dermed genvinde investeringen. Det afhænger dog af evnen til at signalere samt, hvor store sunk costs, der er forbundet med indtræden. En etableret virksomheds priser kan således opmuntre eller afskrække indtræden. Høje priser vil typisk tiltrække nye konkurrenter og dermed ændre markedsstrukturen. Omvendt kan meget lave priser afholde indtræden, og det giver incitament for en etableret virksomhed til at sende signaler (sande eller falske) til potentielle konkurrenter for dermed at afholde indtræden og afskærme markedet[86].

Joe S. Bain var blandt de første til at udfordre den klassiske opfattelse af, at en monopolist altid vil fastsætte sin pris efter MC=MR og han fastslog, at prissætningen påvirker indtræden. Selv en monopolist er således ikke uden fare for at opleve indtræden, men ved at sætte en lavere pris kan han afholde indtræden og således selv beholde den profit, der måtte være tilbage. Hypotesen forudsætter, at to betingelser er opfyldt. For det første, at den etablerede virksomhed er opmærksom på truslen for indtræden og vil tilpasse sin adfærd for at styrke egen profit. For det andet, at potentielle konkurrenters beslutning om indtræden primært er påvirket af de priser, som monopolisten tager[87]. Milgrom & Roberts[88] analyserer nærmere, hvilken markedsadfærd etablerede virksomheder vil udøve for at forhindre indtræden og konkluderer, at der findes forskellige ligevægte afhængig af, om der er tale om en virksomhed med lave omkostninger eller en virksomhed med høje omkostninger. Begge typer vil forsøge at signalere til konkurrenterne, at virksomheden har så lave omkostninger, at den kan sætte en pris, der gør det uinteressant for andre at indtræde. Det afhænger dog af, hvordan konkurrenterne tolker disse signaler, og om det er muligt at skelne mellem en svag og en stærk etableret virksomhed.
Det er givet, at jo mere komplekse kontrakter ordregiver udbyder, desto svære vil det være for en udefrakommende og uerfaren virksomhed at gennemskue, hvordan sådanne signaler skal tolkes. Større kompleksitet vil medføre større afhængighed til underleverandører, som

[86] Srinivasan (1991)
[87] Bain (1949)
[88] Milgrom (1982)

den dominerende virksomhed kan have bundet i form af eksklusivaftaler og lignende. Det medfører, at potentielle konkurrenter kan have sværere ved at estimere sine forventede omkostninger, hvilket i værste fald kan afholde dem helt fra at afgive tilbud.

I en kritisk artikel fremhæver John S. McGee[89] omvendt, at predatory pricing ikke er en mulig strategi til at afholde konkurrenter fra indtræden. Konkurrenterne kan således blot lukke deres virksomhed ned midlertidigt, når monopolisten sænker sine priser under de marginale omkostninger og dernæst genoptage sine forretninger, så snart priserne hæves igen. McGee synes dog at overse, at der oftest er sunk costs forbundet med indtræden og genindtræden samt, at en virksomhed næppe kan lukke ned, fyre medarbejdere, og stoppe salg og marketing den ene dag og starte op ubesværet og omkostningsfrit den næste[90]. Et spørgsmål der dog rejser sig i relation til den udbudsretlige kontekst er, hvordan predatory pricing og dermed et unormalt lavt bud identificeres set i forhold til, at det for ordregiver kan være svært at skelne mellem konkurrencestyrkende og konkurrenceforvridende adfærd.

EU-Domstolen fastslog i AKZO-sagen[91] med udgangspunkt i den definition, den selv tidligere havde opstillet i Vitamin-sagen[92], at artikel 102 TEUF forbyder en dominerende virksomhed at fjerne en konkurrent og på denne måde styrke sin stilling, hvis den griber til andre midler end dem, som følger af konkurrence baseret på dygtighed. I dette perspektiv kan enhver form for priskonkurrence ikke betragtes som lovlig[93]. Herefter fastslog Domstolen, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC), og som en dominerende virksomhed bruger i et forsøg på at eliminere en konkurrent, må betragtes som misbrug. En dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser, eftersom den ved ethvert salg påføres et tab, nemlig samtlige faste omkostninger og i det mindste en del af de variable omkostninger pr. produceret enhed jf. præmis 71. Priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC), men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må anses for misbrug, når de fastsættes

[89] McGee (1958)
[90] Motta (2004, s. 414)
[91] C-62/86, AKZO
[92] Sag 85/76, Hoffmann La Roche
[93] Fejø (2009)

som led i en plan om at eliminere en konkurrent. Sådanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der måske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstå den konkurrence, de udsættes for som følge af deres mindre økonomiske styrke jf. præmis 72. Det lovlighedskriterium der skal anvendes, er således baseret på den dominerende virksomheds omkostninger og strategi jf. præmis 74. Der foreligger derefter misbrug i de tilfælde, hvor en overlegen økonomisk stilling anvendes med det subjektive formål at eliminere en konkurrent[94]. Denne underbudstest er senere gentaget af Domstolen i sagen mod Tetra Pak[95] og senest i Wanadoo-dommen[96].

Et væsentligt element i forlængelse heraf, og i relation til offentlige udbud, er at fastslå, hvilke omkostninger, der er henholdsvis faste og variable. Som Sven West fastslår findes der ikke en universel og gyldig definition af, hvilke omkostninger, der er variable[97]. På langt sigt er alle omkostninger variable og på kort sigt vil en stor del af virksomhedens omkostninger være faste. Ved afgrænsningen af, hvad der er variabelt, er det således vigtigt at finde frem til den relevante tidshorisont.

Generelt må man slå fast, at faste omkostninger referer til omkostninger, der ikke varierer med den producerede mængde. En sådan omkostning kan kun elimineres, såfremt virksomheden lukker ned. Omvendt vil variable omkostninger variere afhængig af den producerede mængde, der udbydes[98]. Den dominerende virksomhed, der er under mistanke, vil derfor have interesse i at gøre gældende, at de fleste omkostninger er faste, da det vil give størst muligt spillerum til at gå ned i pris, uden at blive ramt af TEUF artikel 102. Den relevante tidshorisont afhænger blandt andet af, hvilken vare eller tjenesteydelse der undersøges, og i mange tilfælde må der anlægges en tidshorisont på flere måneder, et år eller endda mere. Hvis virksomheden fastsætter priser, der ikke dækker omkostninger, som kunne tilpasses op eller ned inden for en sådan periode, må prisfastsættelsen vurderes at være predatory[99]. I forbindelse med et udbud vil man kunne argumentere for, at virksomhedens omkostninger er variable eftersom, at omkostningerne er direkte forbundet med tildeling af kontrakten og dermed den øgede produktion, der tilføres virksomheden. Man kan således forestille sig, at der skal ansættes ekstra personale, lejes nye maskiner eller kontorlokaler og

[94] Mersing (1996)
[95] Sag C-333/94, Tetra Pak
[96] Sag C-202/07, Wanadoo
[97] Westh (2003)
[98] Pindyck (2005)
[99] Westh (2003)

indkøbes råmaterialer. Her vil en dominerende virksomhed næppe kunne fastholde, at sådanne omkostninger er faste, medmindre der er tale om, at virksomheden eksempelvis har bundet sig til at aftage en bestemt mængde råvarer fra en underleverandør. En sådan aftale vil dog højst tvivlsomt være indgået førend selve kontrakttildelingen, hvorfor en etableret virksomheds omkostninger dermed vil skulle anskues i et langsigtet perspektiv. Omvendt vil man kunne argumentere for, at den relevante tidshorisont i offentlige udbud er selve kontraktsperioden[100]. Dette giver den dominerende virksomhed mulighed for at klassificere flere af sine omkostninger som faste, hvorfor der kan underbydes i større omfang uden, at der kan konstateres misbrug. Omvendt giver det mulighed for at anskue omkostningerne i et for udbuddet totalperspektiv, hvilket synes overensstemmende med Klagenævnets kendelse i DSB-sagen[101]. Det betyder, at en dominerende virksomhed, der afgiver en pris under de samlede omkostninger ved gennemførelse af kontrakten, vil kunne anses for misbrug, såfremt der kan påvises en subjektiv hensigt til at eliminere konkurrenter.

Areeda & Turner fastslår, at når en virksomhed fastsætter en pris lig de gennemsnitlige omkostninger[102], da vil virksomheden ramme et "break-even" point, hvorefter det samlede revenu akkurat dækker de totale omkostninger, inklusiv en normal forrentning af investeringen[103]. Samspillet mellem pris og de gennemsnitlige omkostninger viser dog ikke, hvorvidt virksomheden maksimerer profit, men alene hvordan virksomhedens investering forrentes. Når en monopolist tilbyder en pris, der er større end eller lig med de gennemsnitlige omkostninger, men omvendt kunne tjene højere profit på kort sigt ved at tilbyde en højere pris, da er der elementer af predatory pricing tilstede. Virksomhedens lavere pris bunder således enten i et ønske om at bevare eller forøge markedsandele ved at afskrække og afskærme konkurrenter. En sådan prissætning forekommer i to afskygninger. For det første kan virksomheden permanent fastsætte en pris, der er lavere end den profitmaksimerende for dermed at afskrække indtræden eller presse konkurrenter ud af markedet. For det andet kan virksomheden fastsætte en profitmaksimerende pris, og alene

[100] Se i denne retning Ølykke (2010, s. 265)
[101] Se under afsnit 2.2.1.2, hvor Klagenævnet udtalte, at et tilbud skal vurderes ud fra dets eget indhold.
[102] $AC = \frac{FC + VC}{Q}$

[103] Areeda (1975)

sænke denne, når konkurrence forekommer. Areeda & Turner fastslår, at der i begge tilfælde ikke er tale om konkurrenceforvridende prissætning, så længe den lave pris fastsættes over eller lig med de gennemsnitlige omkostninger, som således alene ekskluderer inefficiente konkurrenter. En monopolist kan endvidere fastsætte en pris der, udover at give et mindre afkast, tillige er lavere end den tabsminimerende pris. En sådan pris kan true virksomheder, der er ligeså efficiente, men knap så etablerede. Den tabsgivende pris kan herefter falde i to kategorier: en pris der er højere end eller lig med de marginale omkostninger, samt en pris der er lavere end de marginale omkostninger. En pris, der er lig med eller højere end de marginale omkostninger, vil ikke skulle anses som konkurrenceforvridende, på trods af, at udelukkelsen af ligeså efficiente konkurrenter samt afskrækkelsen af potentielle konkurrenter, kan medføre en risiko for nedsat konkurrence på lang sigt. En pris, der fastsættes under virksomhedens marginale omkostninger vil derimod pr. definition medføre et tab for virksomheden i et eller andet omfang, da dækningsbidraget forsvinder. En monopolist, der prissætter således vil ikke alene opleve et tab, men tillige spilde ressourcer set ud fra et samfundsøkonomisk perspektiv. Endvidere vil det øge sandsynligheden for at udelukke rivalisering og nedsætte konkurrencen af årsager, som ikke relaterer sig til virksomhedens egentlige efficiens. Derfor vil en monopolists prissætningen under de marginale omkostninger skulle anses som konkurrenceforvridende[104].

I de fleste konkurrenceretssystemer er de dominerende virksomheder forpligtet til at føre en ikke-diskriminerende prispolitik. I USA har dette for eksempel fundet udtryk i Robinson-Patman Act, der indeholder et generelt diskriminationsforbud, men som samtidig indeholder en vigtig undtagelsesbestemmelse, hvorefter en virksomhed er berettiget "*to meet an equally low price of a competitor*" jf. Clayton Antitrust Act § 13b. Denne undtagelse, der i økonomiske termer kaldes for "the meeting competition defense" er udtryk for et princip, der også kendes i andre konkurrenceretssystemer, herunder det danske og EU-konkurrencereglerne[105] . Der synes i teorien enighed om, at dette forsvar ikke kan anvendes til at udvise en *offensiv* adfærd overfor konkurrenter, men snarere, at EU-praksis opererer med en undtagelsesvis adgang, hvorefter en dominerende virksomhed har mulighed for at fastsætte priser - også under de gennemsnitlige variable omkostninger - når det sker defensivt, altså for at bevare en

[104] Areeda (1975)
[105] Mersing (1996)

eksisterende kundekreds[106]. EU-Domstolen fastslog dette princip første gang i United Brands-sagen[107], hvor Domstolen udtalte, at selv om det ikke kan antages, at indtagelse af en dominerende stilling fratager en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, dens ret til at beskytte sine egne handelsinteresser, når disse angribes, og selv om denne virksomhed i rimeligt omfang må tilstås mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser, er en sådan adfærd til gengæld ulovlig, når dens formål er at styrke og misbruge denne dominerende stilling jf. præmis 189. Selv om det kan tiltrædes, at virksomheden skal have mulighed for at gå til modangreb, skal et sådant, under hensyntagen til de pågældende virksomheders økonomiske styrke, stå i rimeligt forhold til truslen jf. præmis 190. I AKZO-dommen[108] fastslog Domstolen, at en virksomhed kan foretage *defensive* pristilpasninger, når dette sker for at bevare selskabets faste kundekreds. På denne baggrund kan man anføre, at en dominerende virksomhed er berettiget til at foretage defensive pristilpasninger, hvormed virksomheden i god tro møder en konkurrents lavere pris, for at bevare virksomhedens faste kundekreds[109]. Der gælder dog ikke en absolut ret hertil jf. Domstolen udtalelse i Wanadoo-dommen[110], hvorefter en dominerende virksomhed ikke kan påberåbe sig en generel ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd, når de netop har til formål at styrke den dominerende stilling.
I en udbudsretlig kontekst er det tvivlsomt om en sådan argumentation – om defensive pristilpasninger - kan begrunde en prissætning under AVC. For det første må det fastslås, at en tilbudsgiver – uanset størrelse – ikke har en fast kundekreds af offentlige ordregivere eftersom, at ethvert udbud er åben for nye tilbudsgivere og dermed en ny konkurrencesituation. Samtidig vil en virksomhed næppe kunne overvåge konkurrenternes prissætning, hvorfor det ikke er muligt at foretage defensive pristilpasninger. Endelig har den offentlige ordregiver ikke ret til at oplyse om konkurrenternes tilbudte priser *inden* tildeling, da der gælder et almindeligt forbud mod forhandling i offentlige udbud. Det følger af ligebehandlingsprincippet som foreskrevet i udbudsdirektivets artikel 2, samt Storebælt-sagen[111], og blev i øvrigt lagt til grund af Domstolen i sagen om de Wallonske Busser[112].

[106] Høg (2003)
[107] Sag 27/76, United Brands
[108] C-62/86, AKZO
[109] Gravengaard (2006)
[110] Sag C-202/07P, Wanadoo
[111] C-243/89, Storebælt
[112] C-87/94, Kommissionen mod Belgien

Konklusionen er således, at den dominerende tilbudsgiver ikke kan retfærdiggøre et unormalt lavt bud under virksomhedens variable omkostninger med, at man forsvarer egne handelsinteresser. Endvidere vil en dominerende virksomheds tab som følge af en prissætning under de variable omkostninger næppe kunne forklares med, at tilbuddet er en introduktionspris[113]. En dominerende tilbudsgivers prissætningen under de variable omkostninger for gennemførelse af den offentlige kontrakt, vil derfor altid kunne betragtes som misbrug, medmindre der tildeles lovlig statsstøtte.

3.4 Introduktionspris og konjunkturudsving

Afgivelse af et unormalt lavt bud kan skyldes, at tilbudsgiver er en nystartet eller etableret virksomhed, som ønsker opstart på et nyt marked. I den forbindelse er det ikke usædvanligt, at man fra tilbudsgivers side vælger at afgive et meget lavt bud for at oparbejde goodwill eller opnå erfaring, og prisstrategien kan således enten være at opnå markedsandele på kort sigt, eller holde konkurrenter ude[114], hvilket i samfundsøkonomisk perspektiv er ønskværdigt, da det normalt er tegn på en sund konkurrence, at dækningsbidraget i perioder kan være konkurreret ned til et meget lavt niveau[115]

Konjunkturudsving kan tillige have væsentlig indflydelse på prissætningen, og det må formodes, at mange virksomheder i øjeblikket (2011) oplever en mindre ordretilgang, hvorefter man kan være tvunget til enten at afgive meget lave tilbud eller afskedige værdifulde medarbejdere. Det kan således være i virksomhedens egen interesse at få tildelt ordrer, hvor udsigten til en fortjeneste på kort sigt er minimal, men hvor alternativet på længere sigt kan være katastrofal. Man kan således forestille sig, at medarbejderne har en lang oplæringsfase, og generelt er erfaring oftest et væsentligt aktiv. Herudover kan nogle medarbejdere have lange opsigelsesvarsler, hvilket gør det mere attraktivt for tilbudsgiver at afgive et unormalt lavt bud, da tabet herved er mindre end tabet ved at fritstille medarbejderne. I mikroøkonomisk teori betragtes det som en offeromkostning[116] og teoretisk vil man påstå, at virksomheden blot kan udleje medarbejdere til anden side, og dermed spare

[113] Areeda (1975)
[114] Jobber (2006, s. 200)
[115] Westh (2003)
[116] Pindyck (2005)

virksomheden omkostningen[117]. Således vil dette hensyn teoretisk set ikke påvirke prissætningen, og bør derfor ikke kunne forklare et unormalt lavt bud. I praksis vil man dog argumentere for, at der er vanskeligheder forbundet hermed.
Overordnet kan man stille spørgsmålstegn ved, om unormalt lave bud, som skyldes manglende ordrer eller et ønske om at opnå erfaring, medfører, at tilbuddet er mere risikabelt end andre tilbud. Det tilkommer dog alene ordregiver at foretage denne vurderingen, men omvendt er det klart, at disse årsager må kunne udgøre en legitim årsag til at afgive meget lave bud i det omfang tilbuddet ikke er decideret tabsgivende. I sådanne tilfælde må ordregivers kommercielle skøn nødvendigvis veje tungere, og forklaringer såsom at opnå erfaring eller fastholde en arbejdsstyrke er da heller ikke angivet eksplicit i artikel 55 som legitime årsager, der kan begrunde et unormalt lavt bud, selvom listen ikke er udtømmende.

3.5 Tilbudsgiver forventer at genforhandle prisen

Tilbudsgiver kan ved afgivelsen af sit tilbud have kalkuleret med en forventning om at kunne genforhandle prisen eller andre elementer i kontrakten efterfølgende, når kontrakten er tildelt. Her vil det oftest være meget dyrt for ordregiver at hæve kontrakten og erstatte tilbudsgiver med en anden, hvilket giver større incitament til at give efter overfor justeringer. I det følgende illustreres denne problematik via et casestudy, hvor Københavns kommune i øjeblikket er i færd med at opføre et vandkulturhus.

3.5.1 Casestudy: Vandkulturhuset[118+119]

I november 2009 udbød Københavns kommune opførelse af et vandkulturhus. Kommunen modtag i alt tre tilbud, hvoraf den ene tilbudsgiver var et tysk selskab (T), medens de to andre var danske (P og N). Tildelingskriteriet var laveste pris, og kommunen havde det fulde ansvar for projekt- og kvalitetsspecifikationen. De indkomne bud fordelte sig således, at T afgav et bud på 105 mio., N afgav et bud på 85 mio., hvilket matchede ordregivers egen budgettering, medens P afgav et bud på 65 mio. Det var klart, at buddet fra P forekom at være unormalt lavt, og det viste sig ved en gennemgang af tilbuddet, at alle delentrepriser i gennemsnit var 15-20% lavere end det, ordregiver selv havde budgetteret med. Ifølge arkitekten, var man meget

[117] Westh (2003)
[118] Dette casestudy er baseret på information og dokumentation fra byggeriets arkitekt, som også rådgav kommunen i forbindelse med udbuddet og vurderingen af de indkomne tilbud. Af hensyn til beskyttelsen af fortrolige oplysninger er tilbudsgivernes navne anonymiseret.
[119] Se interview, bilag 2

uforberedt på denne situation, da det generelt er usædvanligt i bygge- og anlægsbranchen ved mere komplicerede byggerier at modtage så lave bud, og man prøvede ihærdigt at gennemgå tilbuddet i detaljer for at finde steder at slå ned på i forhold til at kunne afvise det. Det lykkedes dog ikke, da tilbuddet var fuldt ud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og i praksis er tilbudsgiverne i større entrepriser oftest tilbageholdne med at tage forbehold i deres tilbud, da det kan medføre risiko for at blive afvist som ukonditionsmæssigt.
Tilbudsgivers argumentation var omvendt, at man var ivrig for at få ordren, og derfor var parate til at afgive et så usædvanligt lavt bud. På trods af, at både det rådgivende ingeniørfirma og arkitekten frarådede kommunen at antage tilbuddet med henvisning til de vanskeligheder, det ville medføre at antage et så lavt bud, valgte ordregiver at tildele kontrakten til P, blandt andet med den begrundelse, at det – udover at være det laveste bud – tillige var afgivet af et kendt og velrenommeret entreprenørfirma.
I skrivende stund er byggeriet under opførelse, men det har som ventet medført en lang række af problemer, at man kontraherer med en tilbudsgiver, der ikke har udsigt til at generere et overskud ved gennemførelse af kontrakten – snarere et tab. Tilbudsgiver forsøger konstant at finde steder i udbudsmaterialet, hvor tegninger eller beskrivelser mangler eller, hvor bestemmelser kan gøres til genstand for fortolkning. Under en fremvisning af byggepladsen d. 6. april 2011[120], havde store dele af mandskabet nedlagt arbejdet, da man manglede et par konkrete tegninger til at fortsætte arbejdet et specifikt sted på byggepladsen. Det bemærkes hertil, at det oftest er kutyme, at man i sådanne situationer fortsætter arbejdet andre steder på byggepladsen, men da tilbudsgiver i dette tilfælde ved, at det er meget dyrt for ordregiver, at arbejdet stopper, bruger man det således til at presse ordregiver til at give efter for prisjusteringer eller andre billiggørende kompromisløsninger. Således er man i dag - et år førend endelig aflevering – mere end tre måneder forsinket med byggeriet, og man er havnet i en situation, hvor det er meget svært at estimere, hvor store meromkostningerne bliver og derved, hvor meget projektet fordyres i forhold til den i sin tid tilbudte pris.

I et kontraktøkonomisk perspektiv er det væsentligt for ordregiver at være opmærksom på denne problematik. Accepten af et unormalt lavt bud kan således medføre risiko for en modarbejdende tilbudsgiver.

[120] Se billeder fra byggeriet, bilag 3

I teorien er udgangspunktet, at de kontraherende parter laver imperfekte kontrakter, som ikke regulerer, hvad parterne skal gøre i *alle* tænkelige situationer. Det gør de fordi, at de ikke kan forudsige eller beskrive alle tænkelige scenarier på forhånd og fordi, at det sparrer dem for transaktionsomkostninger ikke at skulle tage stilling hertil[121].
I dette tilfælde skyldes tilbudsgivers mulighed for at presse ordregiver, at kontrakten netop ikke specificerer, hvordan parterne præcist skal håndtere ændringer i arbejdet eller uforudsete omstændigheder.

Kontraktens overordnede formål er at sørge for, at parterne kan præstere deres ydelser for hinanden over tid, uden at placere én af parterne i et afhængighedsforhold til den anden – i økonomisk terminologi en *hold up* trussel. I transaktionsomkostningsteorien er målet at minimere transaktionsomkostningerne, som kan defineres som en funktion af de omkostninger som parterne bruger på at specificere kontrakten *ex ante* i forhold til sandsynligheden for modstrid i tilfælde af fortolkningsuoverensstemmelser[122]. Parterne bestemmer således i første omgang selv, hvad kontrakten skal indeholde og jo mere specificeret kontrakten er udformet, desto mindre risiko for en konflikt. Det betyder dog omvendt, at parterne bruger mere tid på at forhandle og udarbejde kontrakten, hvilket udskyder udbudsprocessen.
Bajari & Tadelis[123] fastslår, at en kontrakt, hvor afregning sker "efter regning" er at foretrække i situationer, hvor projektet er komplekst. Generelt bygger sondringen på, at der er asymmetrisk information mellem ordregiver og tilbudsgiver, hvilket leder til adverse selection problemstillinger, særligt i tilfælde, hvor der skal foretages ændringer. Her vil tilbudsgiver have bedst information mht., hvor meget det kommer til at koste at foretage ændringer, og vil have incitament til at angive en for høj pris. Dette må navnlig siges at være tilfældet, når tilbudsgiver har afgivet et unormalt lavt bud, og hvor overskuddet – eller i det mindste udsigten hertil – er baseret på, at tilbudsgiver påregner, at der skal foretages ændringer, som herefter særskilt kan prissættes højere end markedsprisen.

[121] Shavall (2006)
[122] Posner (2005)
[123] Bajari (2001)

I forhold til håndtering af risici gælder det, at jo mere risikoavers en tilbudsgiver er, desto mindre risiko bør han optimalt set pålægges. Parterne bør derfor forhandle risiko indbyrdes således, at tilbudsgiver alene pålægges risiko i det omfang incitamentseffekten herved er større end den forlangte risikopræmie. Ifølge Henrik Lando[124] er samfundet nærmest risikoneutralt, hvorfor ordregiver bør se på den forventede værdi i forhold det daglige tab ved forsinkelse, når der f.eks. skal fastsættes en konventionalbod. Politikerne kan dog have en individuel interesse i at holde tidsplanen, og vil derved være parate til at omvælte en større risiko på tilbudsgiver, for ikke at kunne blive kritiseret. Det medfører dog omvendt, at parterne vil bruge flere ressourcer på at forsvare deres interesser i takt med, at risikoen omvæltes, og konklusionen er således, at man ved fordeling af risici ikke bare må tage udgangspunkt i parternes risikoaversion, men også se på forholdet mellem incitamentseffekten og konfliktomkostningen. I udbudskontekst fristes man til at sige, at gode entreprenører er bedre til at påtage sig risiko og derfor vil forlange en mindre risikopræmie i form af et prismæssigt lavere tilbud. Dette kompliceres dog af, at optimistiske eller dårligt planlæggende tilbudsgivere potentielt vil kunne undervurdere risikoen, hvilket er et særligt problem, når risikoen er vanskelig kvantificerbar. Hvis risikoen i udbuddet er meget svær at kalkulere, skal ordregiver således tage den selv. Omvendt vil man, såfremt tilbudsgiver pålægges for meget risiko komme i vanskeligheder, når der sker uforudsete omstændigheder, da det kan resultere i tilbudsgivers konkurs. Her kan et unormalt lavt bud vise, hvor meget risiko tilbudsgiveren er villig til at påtage sig, og ordregiver må ud fra et kommercielt skøn afgøre, hvor stor en risiko man selv er parat til at tage.

I relation til håndtering og fordeling af risici er det væsentligt at bemærke, at en offentlig ordregiver ikke må forskelsbehandle potentielle tilbudsgivere. Det indebærer, at en ordregiver ikke efter et afholdt udbud må foretage *væsentlige* ændringer i kontrakten. Hensynet er, at forudsætningerne for tildeling af kontrakten kunne have været anderledes, hvis udbuddet fra starten havde været udformet, som det er udformet efter de væsentlige ændringer. Ved væsentlige ændringer er udgangspunktet derfor, at der udløses en ny udbudssituation, men omvendt må der gives et vist spillerum for ændringer og justeringer i aftaleforholdet[125+126].

[124] Lando (2010)
[125] Nielsen (2010)
[126] Jf. blandt andet udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, litra a

EU-Domstolen udtalte i Pressetext-sagen[127], at det med henblik på at sikre gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere, udgør ændringer i bestemmelserne, når disse er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale. Det viser, at det var parternes vilje af genforhandle aftalens grundlæggende elementer jf. præmis 34. En ændring kan herefter betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget. Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens *økonomiske balance* til fordel for ordremodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser jf. præmis 35-37. I forhold til at regulere kontraktsprisen fastslog Domstolen, at prisen udgør en vigtig betingelse i en offentlig aftale. At ændre en sådan betingelse inden for den periode, i hvilken aftalen er gyldig, når der ikke foreligger nogen udtrykkelig bemyndigelse hertil i de oprindelige udbudsbetingelser, risikerer at medføre en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere jf. præmis 59-60. Spørgsmålet er herefter, hvor grænserne går i forhold til at regulere kontraktsprisen mellem parterne. Det er klart at omvæltes en større risiko på tilbudsgiver, vil han forlange en højere pris for den præsterede ydelse.
I en traktatbrudssag mellem Kommissionen mod Frankrig[128] accepterede Domstolen en prisforøgelse på 10%, men synes efterfølgende at have fraveget dette princip i en senere traktatbrudssag mod Spanien[129]. Efter spansk national ret kunne de ordregivende myndigheder indgå kontrakter ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse, når kontrakten ikke kunne tildeles i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud, eller når tilbudsgiverne ikke havde adgang til at afgive bud forudsat, at de oprindelige udbudsbetingelser ikke blev ændret, bortset fra prisen, som dog kunne forhøjes med op til 10%. Kommissionen fandt, at dette var i strid med udbudsdirektivet eftersom, at bestemmelsen tillod en væsentlig ændring af én af de oprindelige udbudsbetingelser, nemlig

[127] C-454/06, Pressetext
[128] C-337/98, Kommissionen mod Frankrig
[129] C-84/03, Kommissionen mod Spanien

prisen. Domstolen gav Kommissionen medhold heri og fastslog, at en sådan betingelse ikke kan anses som en uvæsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser jf. præmis 49. Sagen omhandler dog en situation, hvor alene kontraktsprisen reguleres uden at ændre de øvrige betingelser i udbuddet. Således kan man ikke på baggrund af Domstolens afgørelse uden videre afvise, at prisen kan justeres, hvis ordregiver samtidig får omvæltet en større risiko på tilbudsgiver.

Denne sondring kan ordregiver bruge ved vurderingen af, om et unormalt lavt bud bør afvises i forhold til en situation, hvor tilbudsgiver forventer at genforhandle prisen. Således er der i udbudsretlig henseende en margin – i forhold næstlaveste bud – hvor ordregiver har mulighed for at omvælte og handle risiko med tilbudsgiver inden kontraktens påbegyndelse, men uden at foretage væsentlige ændringer i kontrakten, som omvendt vil kunne medføre en pligt til at afholde et nyt udbud. Det er dog afgørende, at ændringen af den økonomiske balance mellem parterne stadig fastholder den pågældende tilbudsgivers tilbud, som det bedste, og generelt må sådanne risikofordelinger og dermed justeringer i prisen, kunne retfærdiggøres i større omfang ved mere komplekse og længerevarende kontrakter, hvor det er sværere at planlægge, og hvor omkostningerne i forbindelse med et nyt udbud er væsentlige[130].

3.6 Tilbudsgivers risikoaversion

Jo mere risikoavers en tilbudsgiver er, desto mere vil han kræve i betaling for at påtage sig risiko. Tilbudsgiver kan dog befinde sig i en så vanskelig økonomisk situation, at den eneste reelle mulighed for overlevelse er ved at afgive et unormalt lavt bud, og dermed være tvunget til at påtage sig risici. Det er klart, at kvalifikationsfasen, hvorefter tilbudsgiverne blandt andet bliver bedømt ud fra deres økonomiske og finansielle formåen, har til formål at sikre ordregiver imod disse situationer, men ordregiver kan have svært ved at screene tilbudsgiverne i tilstrækkeligt omfang. Situationen er et klassisk *adverse selection* problem og opstår ved, at tilbudsgivere med begrænset ansvar og hæftelse, som befinder sig i en dårlig økonomisk situation, har incitament til at byde mere aggressivt end finansielt sundere tilbudsgivere i relation til offentlige udbud. Derfor kan et unormalt lavt bud skyldes tilbudsgivers finansielle problemer, hvilket påfører ordregiver en større risiko for at afholde

[130] Arrowsmith (2005)

yderligere omkostninger ved tilbudsgivers konkurs. For tilbudsgiver er incitamentet til denne prisstrategi støttet af, at han i tilfælde af, at det går dårligt, alene hæfter med et beløb svarende til værdien af virksomheden[131].

Aleix Calveras[132] fastslår, at tilbudsgivers dårlige økonomiske situation er én af de væsentligste årsager til afgivelsen af unormalt lave bud i offentlige udbud. I USA gør man brug af professionel kaution fra tredjemand (*surety bonds*) for at minimere ordregivers risiko i sådanne situationer[133]. I tilfælde af, at tilbudsgiver går konkurs er både tilbudsgiver og kautionsselskabet herefter ansvarlig. Kautionsforpligtelsen hjælper således tilbudsgiver med at gennemføre kontrakten i tilfælde af problemer og, hvis dette skulle vise sig at være for dyrt, kompenseres ordregiver med et på forhånd fastsat kautionsbeløb. Eftersom, at kautionsselskabet er ansvarlig for at opfylde kontrakten, vil selskabet have et stærkt incitament til at screene de potentielle tilbudsgiveres tekniske formåen og finansielle status. Man kan hertil argumentere for, at en ordregiver næppe har den samme ekspertise, eller incitament til at screene tilbudsgivere sammenlignet med et professionelt kautionsselskab. Omvendt må man antage – eller i det mindste anbefale – at ordregiver er særligt opmærksom på denne problematik ved modtagelsen af ét eller flere unormalt lave bud. Ordregiver må således i kvalifikationsfasen sætte sig grundigt ind i tilbudsgivers økonomiske situation. Dette kan blandt andet gøres ved indhentning af de i udbudsdirektivets artikel 45 nævnte oplysninger, herunder relevante erklæringer fra en bank eller bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring, fremlæggelse af virksomhedens balance eller en erklæring for den økonomiske aktørs samlede omsætning. En fremvisning af tilbudsgivers seneste regnskab kan således give ordregiver indblik i tilbudsgivers likviditet, cash flow, omsætning og overskud. Herudover kan ordregiver forlange, at der udstedes en særlig bankgaranti for en del af beløbet, reguleret i forhold til den kalkulerede risiko. En sådan bankgaranti vil unægteligt være dyrere for en økonomisk set dårligere stillet virksomhed, hvorfor ordregiver generelt kan begrænse omfanget af unormalt lave bud, som skyldes tilbudsgivers finansielle problemer. Samtidig medfører det dog adgangsbarrierer, såfremt ordregiver fastsætter for

[131] Efter konkurslovens § 32 omfatter konkursen hele skyldnerens formue på tidspunktet for afsigelsen af konkursdekretet, samt erhvervelser under konkursen.
[132] Calveras (2004)
[133] I henhold til the Miller Act, kræves der således ved projekter med en værdi højere end 100.000 USD, at kautionen dækker op til 100% af kontraktprisen.

høje krav til tilbudsgivernes finansielle formåen, hvilket afholder mindre tilbudsgivere fra at afgive bud, hvilket endelig leder til bedre betingelser for konkurrenceforvridende adfærd. Det bemærkes dog, at ordregiver ikke efter kvalifikationsfasen kan gennemføre en ny vurdering af tilbudsgivers finansielle og økonomiske formåen. Man kan dog argumentere for, at ordregiver bør være berettiget hertil i tilfælde af unormalt lave tilbud.

3.7 Opsamling

Som ovenstående analyse viser findes der en række årsager af forskellig karakter, der kan begrunde og legitimere et meget lavt bud. Offentlige udbud synes på baggrund af analysen at være særligt sårbare overfor konkurrenceforvridende adfærd, men som anført under kapitel 2 er ordregiver imidlertid ikke forpligtet til at reagere heroverfor. I udbudskontekst vil et tilbud fra en dominerende virksomhed kunne anses som misbrug, når prisen er mindre end de samlede omkostninger for gennemførelse af kontrakten, og der kan påvises en subjektiv elimineringshensigt. Herudover er en tilbudspris konkurrenceforvridende, når den er prissat under virksomhedens marginale eller variable omkostninger, og er afgivet af en dominerende virksomhed eller karteldeltagere, som forsøger at afskærme markedet. Spørgsmålet er dog, om det kan sidestilles med et unormalt lavt bud, når henses til de øvrige kommercielle overvejelser, der kan ligge bag et sådant bud. I det følgende inddrages disse overvejelser derfor ved fastlæggelsen af, hvornår ordregiver kan afvise et unormalt lavt bud.

Kapitel 4: I hvilket omfang kan ordregiver afvise et unormalt lavt bud?

4.1 Indledning

Afgrænsningen mellem et lavt bud og et unormalt lavt bud synes ikke at være defineret i retspraksis. Generaladvokaten udtalte i Impresa Lombardini-sagen[134], at begrebet unormalt lavt bud er et yderst præcist begreb, som skal fastlægges for hver kontrakt på grundlag af den specifikke gentand som ydelsen udgør. Det forekommer herefter, at man ikke umiddelbart kan fastlægge tærskler for, hvor lavt et bud må være førend, at det kan betragtes som unormalt lavt. Omvendt synes det uhensigtsmæssigt, at ordregiver ikke i det mindste har nogle retningslinjer for, hvornår et tilbud bør undersøges nærmere og eventuelt afvises.

En række forfattere og teoretikere indenfor udbudsretten er kommet med forskellige bud på, hvornår et bud bør opfattes som unormalt lavt og dermed bør undersøges nærmere. Ruth Nielsen fastslår blandt andet, at et unormalt lavt bud kan indicere, at det ikke er realistisk at tro, at tilbudsgiveren kan opfylde kontrakten eller, at tilbuddet er baseret på en overtrædelse af diverse regler, f.eks. vedrørende miljø eller arbejdsmiljø[135]. Her lægges op til, at ordregiver selv skønner, om et bud forekommer at være unormalt lavt ud fra en subjektiv vurdering. Hjelmborg fastslår omvendt, at et tilbud er unormalt lavt, når det er væsentligt lavere end markedsprisen[136]. Her lægges således op til en sammenligning med de øvrige tilbud, men synes dog at være upræcis i forhold til, hvad der skal forstås som *væsentligt* lavere. Som det fremgår af Klagenævnets kendelse i Nord I/S-sagen, kan et tilbud f.eks. ikke uden videre fastslås som unormalt lavt, selvom det afviger 30% fra de øvrige tilbud[137]. Der er i øvrigt også en risiko for, at ordregiver har en skæv opfattelse af markedsprisen.

I praksis er vurderingen ikke entydig, men synes at afhænge af udbuddet og ordregiver. I udbuddet vedrørende vandkulturhuset sammenlignede man de indkomne tilbud med

[134] C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA
[135] Nielsen (2010, s. 304)
[136] Hjelmborg (2006, s. 327)
[137] Kendelse af 30. januar 2001 (Nord I/S), se under afsnit 2.2.1.1

ordregivers egen budgettering og accepterede uden videre en afvigelse herfra med 5%[138]. Afveg tilbuddet mere end 5 % under ordregivers egen budgettering, var der som udgangspunkt tale om et unormalt lavt bud. Det er dog bemærkelsesværdigt, at ordregiver qua sit rådgivningsteam, synes at være så sikker i sin vurdering og budgettering af byggeriet, at man (allerede) opfatter et tilbud som unormalt lavt, når det afviger mere end 5%. Det kan dog skyldes det faktum, at byggeriet er yderst kompliceret, hvilket medfører, at der er større risici forbundet med at antage et meget lavt bud, hvorfor ordregiver vil sikre sig, at tilbuddet ikke er fremkommet på baggrund fejlagtige vurderinger fra tilbudsgivers side eller af andre årsager, som nævnt ovenfor under kapitel 3.

I DONG Energy A/S[139] vurderes tilbud på baggrund af ordregivers egen budgettering, men har man ikke i det konkrete udbud en sådan benchmark eller kontrolbud, sammenlignes med de øvrige tilbud. Et tilbud betragtes herefter som unormalt lavt, hvis man er i tvivl om, hvorvidt samtlige opgaver kan udføres i den ønskede kvalitet til den tilbudte pris uden, at tilbudsgiver herved lider et betydeligt tab eller kvaliteten forringes. Vurderes dette af være tilfældet, vil man udbede sig yderligere dokumentation for prissætningen, herunder en redegørelse for den prisstruktur tilbudsgiver har lagt til grund, samt oplysninger om den tekniske løsning, brug af arbejdskraft, produktionsmetode og arbejdsforhold. I en konkret sag havde DONG Energy A/S udbudt varetagelse af fogedsager. I forbindelse hermed modtog man et unormalt lavt bud fra en tilbudsgiver, og man iværksætte herefter indhentning af oplysninger om tilbuddets sammensætning[140]. Anmodningen herom lød således[141]: *"Vi har nu gransket xxx tilbud og diverse eftersendte rettelser og nye oplysninger. Herunder har vi sammenlignet med de andre indkomne tilbud samt taget vores interne pris-benchmark med i sammenligningsgrundlaget. I den forbindelse finder vi, at xxx tilbudte priser på fogedsager tangerer unormalt lave priser. Som ansvarlig forretningspartner kan DONG Energy ikke ignorere en sådan iagttagelse, da et for lavt eller ikke-eksisterende indtjeningsniveau hos en*

[138] I praksis vil tilbuddene oftest ligge højere end ordregivers egen budgettering jf. udtalelse af arkitekt Niels Sigsgaard, se bilag 2.
[139] DONG Energy er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand og energiforsyning, transport samt posttjenester (2004/17) , jf. artikel 2, stk. 2, litra b, og har således pligt til offentligt at udbyde kontrakter over tærskelværdierne som angivet i artikel 16.
[140] Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder i artikel 57 en bestemmelse om unormalt lave bud, som er enslydende med udbudsdirektivets artikel 55.
[141] Se det skriftlige interview, bilag 4

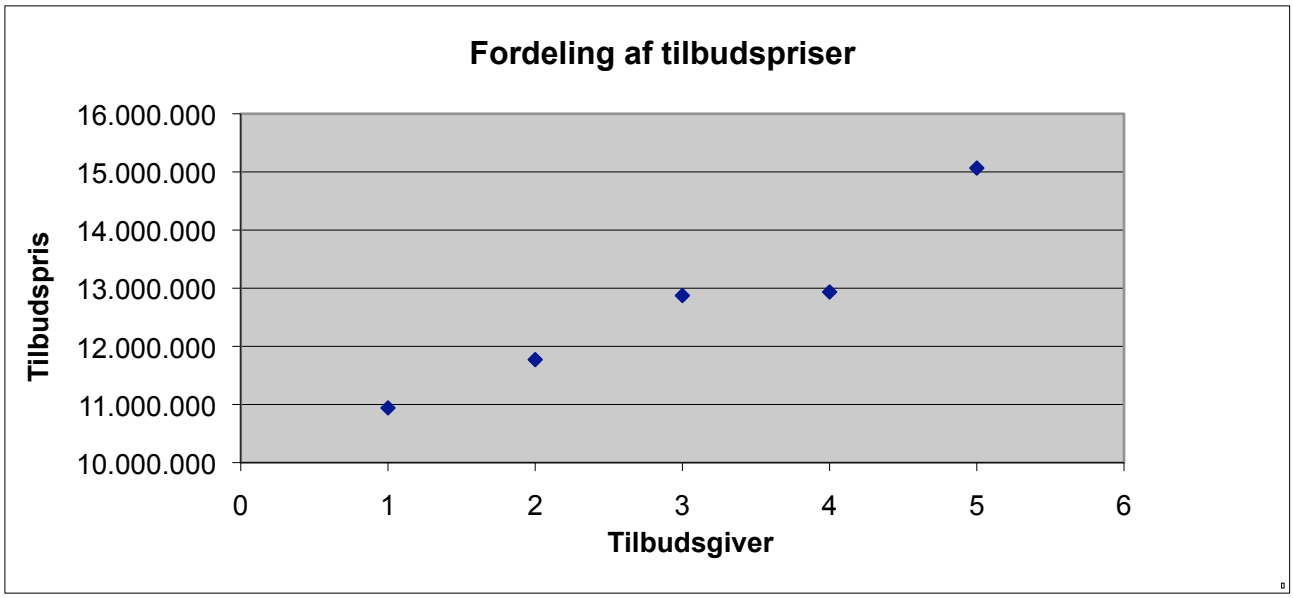
samarbejdspartner i et væsentligt omfang kan vanskeliggøre det potentielle samarbejde, både i form af forringet/uacceptabelt kvalitetsniveau for den udførte ydelse, og i form af leverandørens forringede økonomiske vilkår. Vi vil derfor meget gerne bede om en redegørelse for den prisstruktur der ligger til grund for jeres tilbud på følgende punkter: xxxx"

Der er således en intern politisk holdning til ikke at drive leverandører i sænk via samarbejdet med DONG Energy, og alt efter baggrunden for det lave bud, kan DONG Energy endvidere komme i problemer i forhold til sit eget etiske regelsæt for leverandører[142] samt dets tilslutning til FN's Global Compact[143]. I det konkrete udbud blev tilbuddet ikke antaget.

For ordregiver er der således et hensyn til, at man ikke kan antage et *for* lavt bud, hvis der er fare for eller mistanke om, at leverandøren er indblandet i afpresning, bedrageri eller bestikkelse i forhold sine underleverandører eller i forhold til ordregiver selv. Denne problematik er blandt andet særligt i fokus i Storbritannien, hvor en ny lov om bekæmpelse af korruption, UK Bribery Act 2010, træder i kraft 1. juli 2011. Loven omfatter al bestikkelse og dermed ikke kun bestikkelse af embedsmænd, og gør det strafbart at yde eller modtage bestikkelse uanset størrelsen af bestikkelsen, hvorvidt bestikkelsen er ydet til personer i private virksomheder eller embedsmænd, og uanset hvor i verden bestikkelsen er ydet eller modtaget. UK Bribery Act gælder som udgangspunkt for britiske statsborgere og selskaber registreret i Storbritannien, men også selskaber som udøver en del af deres virksomhed i Storbritannien[144]. For DONG Energy's vedkommende, og angiveligt en række andre danske virksomheder, vil dette være tilfældet, og man må således være særligt opmærksom som ordregiver på denne problemstilling i forbindelse antagelsen af unormalt lave bud.
Samme problematik er i relation til udbudsdirektivet tilstede for offentlige ordregivere jf. Straffelovens § 144, som regulerer bestikkelse af embedsmænd.

[142] Herefter er leverandører til DONG Energy forpligtede til at overholde en række krav vedrørende løn og arbejdsforhold, arbejdstid, børnearbejde samt korruption og bestikkelse, mv.
[143] FN Global Compact er baseret på internationale konventioner inden for menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljøbeskyttelse og antikorruption. Kernen i Global Compact er de 10 principper for samfundsmæssig ansvarlighed.
[144] Nyhedsbrev fra Kromann Reumert – 5.4.2011

Vurderingen af unormalt lave bud er opbygget i en todelt fase. Først skal et tilbud vurderes i forhold til, om det skal undersøges nærmere. Dernæst må ordregiver på baggrund af de indkomne oplysninger vurdere, om tilbuddet kan afvises. I den første fase kan ordregiver bruge et matematisk kriterium til at vurdere tilbuddet jf. Impresa Lombardini-sagen[145], da metoden er objektiv og ikke-diskriminerende jf. dommens præmis 67-69.
I et netop afholdt udbud vedrørende opførelse af taglejligheder i Linnésgade/Vendersgade i Købehavn, modtog ordregiver (M8 arkitekter[146]) i alt fem tilbud, hvoraf det ene blev betragtet som unormalt lavt. Da der var tale om et privat udbud kunne tilbuddet uden videre afvises, men ordregiver valgte alligevel at gennemgå tilbuddets sammensætning, Det viste sig, at økonomien over en længere periode havde været dårlig samtidig med, at ledelsen i selskabet netop var udskiftet. Tilbuddet blev herefter afvist. I denne sammenhæng er det herefter interessant at undersøge, hvordan prisen varierede i forhold til de øvrige bud, da det kan give en indikation af, hvornår man som ordregiver bør reagere overfor sådanne bud. De indkomne tilbud fordelte sig således:



Det bemærkes, at ordregiver selv havde budgetteret byggeriet til ca. 13 mio. kr.[147] Statistisk er fordelingen således $X \sim N(\mu ; \sigma) \Leftrightarrow X \sim N(12.717.748{,}80 ; 1.552.263{,}96)$. Det afviste tilbud havde en pris på 10.941.370 kr., og afveg derfor med mere end én standardafvigelse (σ) fra

[145] Forenede sager C-285/00 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA
[146] www.m8.dk
[147] Denne budgettering er dog ikke medtaget i beregningerne

gennemsnittet (μ). Det samme var tilfældet i udbuddet vedrørende vandkulturhuset, hvor fordelingen var X ~ N(85.000.000 ; 16.329.931), og hvor det vindende tilbud var prissat til ca. 65 mio.[148]. Med forbehold indikerer de to udbud, at man bør opfatte et tilbud som unormalt lavt, når det afviger med mere end én standardafvigelse fra gennemsnittet, og ordregiver bør i disse tilfælde gennemgå tilbuddets sammensætning. Markedsprisen, som således baserer sig på de indkomne tilbud, kan derfor benyttes til på objektivt grundlag at *identificere*, men ikke afvise et unormalt lavt tilbud[149].

Den næste fase består herefter i at vurdere om tilbuddet kan afvises. Hverken bestemmelsen i artikel 55 eller Domstolen synes at have taget nærmere stilling hertil, men i teorien synes der overordnet to tilgange til vurderingen heraf. Den ene lægger op til ordregivers subjektive skøn, mens den anden opstiller en række objektive kriterier i form af omkostningstærskler som basis for vurderingen. Begge tilgange analyseres i det følgende.

4.2 Risiko for at tilbudsgiver misligholder kontrakten

Sue Arrowsmith fastslår, at et unormalt lavt bud refererer til et tilbud, som på grund af dets favorable vilkår rejser mistanke om, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at gennemføre kontrakten på de i udbudsmaterialet angivne vilkår[150]. I en sådan situation antages det dermed, at tilbudsgiver enten ikke kan levere i rette kvalitet, vil rejse krav om ekstra betaling eller kræve overbetaling for senere ændringsarbejde. Bestemmelsen i artikel 55 refererer således ikke til tilbud, som går på kompromis med tilbudsgivers fortjeneste, som således enten er meget lav eller slet ikke tilstede. Arrowsmith fastslår nemlig, at en sådan definition er for bred eftersom, at bestemmelsen alene – ifølge hendes fortolkning - retter sig til tilbud, som indeholder en risiko for misligholdelse af kontrakten ("*non-performance*"). Antages det, at risikoen for, at tilbudsgiver ikke kan gennemføre kontrakten kan benyttes som et tildelingskriterium, kan en ordregiver derfor ønske at afvise et unormalt lavt bud på grund af den måde, den derved forøgede risiko for ikke at få opfyldt kontrakten, påvirker rangeringen af tilbuddene på. Arrowsmiths tilgang synes således at være baseret på ordregivers subjektive vurdering af, at der er en reel risiko for tilbudsgivers misligholdelse forbundet med at antage

[148] Se beregninger, bilag 5-6
[149] Se i samme retning Hjelmborg (2006, s. 327)
[150] Arrowsmith (2005, s. 531)

tilbuddet. Det synes dermed ikke nødvendigt for, om et tilbud er unormalt lavt, at det er lavt i forhold til markedsprisen, men det er tilstrækkeligt, at tilbuddet forekommer at være unormalt lavt for den pågældende ordregiver således, at det skaber en formodning for, at der er fejl i tilbuddet eller der er mistanke om, at tilbudsgiver ikke kan præstere til den tilbudte pris. Tilgangen synes at være i tråd med Domstolens fortolkning, hvorefter ordregiver har et forholdsvist frit skøn til at vurdere, hvornår et tilbud er unormalt lavt. Ifølge Arrowsmith afspejler artikel 55 herefter et generelt princip om, at en myndighed kan afvise en tilbudsgiver, når den - efter at have gennemgået tilbuddet - stadig vurderer, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at gennemføre kontrakten på de angivne betingelser. Med andre ord er der fare for, at tilbudsgiver misligholder kontrakten, men tilbuddet kan ifølge Arrowsmith ikke afvises af andre årsager end denne. Dette skyldes, at artikel 55 blot præciserer en mulighed for at afvise, men ændrer ikke bestemmelserne om kvalifikations- og tildelingskriterierne, hvorefter ordregiver er forpligtet til at acceptere den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dermed gælder, at såfremt ordregiver, efter sin undersøgelse af tilbuddet, ikke finder en uacceptabel risiko for misligholdelse af kontrakten, da vil tilbuddet fortsat være det laveste eller mest fordelagtige tilbud, og ordregiver er således forpligtet til at acceptere tilbuddet i overensstemmelse med det oplyste tildelingskriterium.

Arrowsmiths tilgang betyder således, at der skal være en risiko for misligholdelse forbundet med antagelsen af tilbuddet. Spørgsmålet er dog, hvordan ordregiver skal forholde sig til dette princip, når et tilbud som er unormalt lavt for eksempel forklares med, at tilbudsgiver ønsker at fastholde sine ansatte i arbejdsstyrken som følge af manglende ordretilgang. I sådanne tilfælde synes ordregiver ikke at kunne afvise et sådant tilbud, men er snarere forpligtet til at antage det. Da tilbudsgivere ifølge denne tilgang alene kan afvises af årsager, som relaterer sig til kontraktens udførelse, er der dermed ingen basis for at ekskludere tilbuddet i sådanne tilfælde. Dette synes umiddelbart rimeligt set ud fra tilbudsgivers synspunkt, hvor tildelingen af en offentlig kontrakt kan være afgørende for virksomhedens overlevelse fremadrettet. Problemet opstår dog, når tilbudsgiver herefter får tildelt kontrakten, da der er et væsentligt incitament til at indhente de tab, som umiddelbart er forbundet med gennemførelsen af kontrakten. Denne problematik, som blandt andet illustreres i sagen med vandkulturhuset[151]

[151] Se afsnit 3.5.1

betyder, at det kan være vanskeligt for ordregiver at bevise, at der er reel risiko for misligholdelse, når tilbudsgiver har adgang til at begrunde sit tilbud med, at man ønsker at fastholde sin arbejdsstyrke eller eventuelt opnå erfaring indenfor en ny branche.
Tilgangen giver således på den ene side ordregiver en meget bred skønsmargin, hvorefter ethvert tilbud, der forekommer at være unormal lavt, principielt kan afvises, så længe ordregiver kan argumentere for, at antagelsen af tilbuddet vil medføre en risiko for, at kontrakten misligholdes. Omvendt kan tilbudsgiver (bort)forklare tilbuddets sammensætning med, at man ønsker at fastholde sine arbejdsstyrke, hvis ikke tilbuddet kan forklares på baggrund af de i artikel 55 nævnte tilfælde[152]. Dette er til trods for, at hensigten med det unormalt lave bud kan være en helt anden, og der synes dermed at være en række af begrundelser for et tilbuds unormalt lave pris, der kan være uforholdsmæssigt vanskelige for ordregiver at modbevise, hvorimod det omvendt kan medføre væsentlige problemer at skulle antage tilbuddet.
Arrowsmith stiller spørgsmålstegn ved, om situationen forholder sig anderledes, når det unormalt lave bud er fastsat på baggrund af ulovlige vilkår, herunder når tilbudsgiver har modtaget ulovlig statsstøtte eller er engageret i konkurrenceforvridende adfærd, såsom at prissætte så lavt, at konkurrenter presses ud af markedet. Der er imidlertid intet i udbudsdirektivet, der indikerer, at der skulle være en undtagelse til det generelle princip i sådanne tilfælde, og Arrowsmith fastslår - med støtte i Genereladvokat Légers udtalelse i ARGE-sagen[153] - at et sådant tilbud derfor generelt må accepteres[154].
Omvendt vil det være muligt at afvise tilbudsgiveren, når sandsynligheden for, at den ulovlige statsstøtte skal tilbagebetales betyder, at tilbudsgivers finansielle formåen svækkes, hvilket Domstolen fastslog i ARGE-sagen jf. præmis 30, men ordregiver er ikke forpligtet til at afvise tilbudsgiveren, som savner finansielt eller teknisk ståsted, og der synes således ikke ifølge Arrowsmith at være en *forpligtelse* til at afvise en tilbudsgiver, fordi tilbuddet medfører en risiko for misligholdelse.
I forhold til statsstøtte indeholder det nuværende udbudsdirektiv imidlertid eksplicitte bestemmelser herom. Det betyder, at ordregiver i dag kan afvise et tilbud som er lavt, hvis

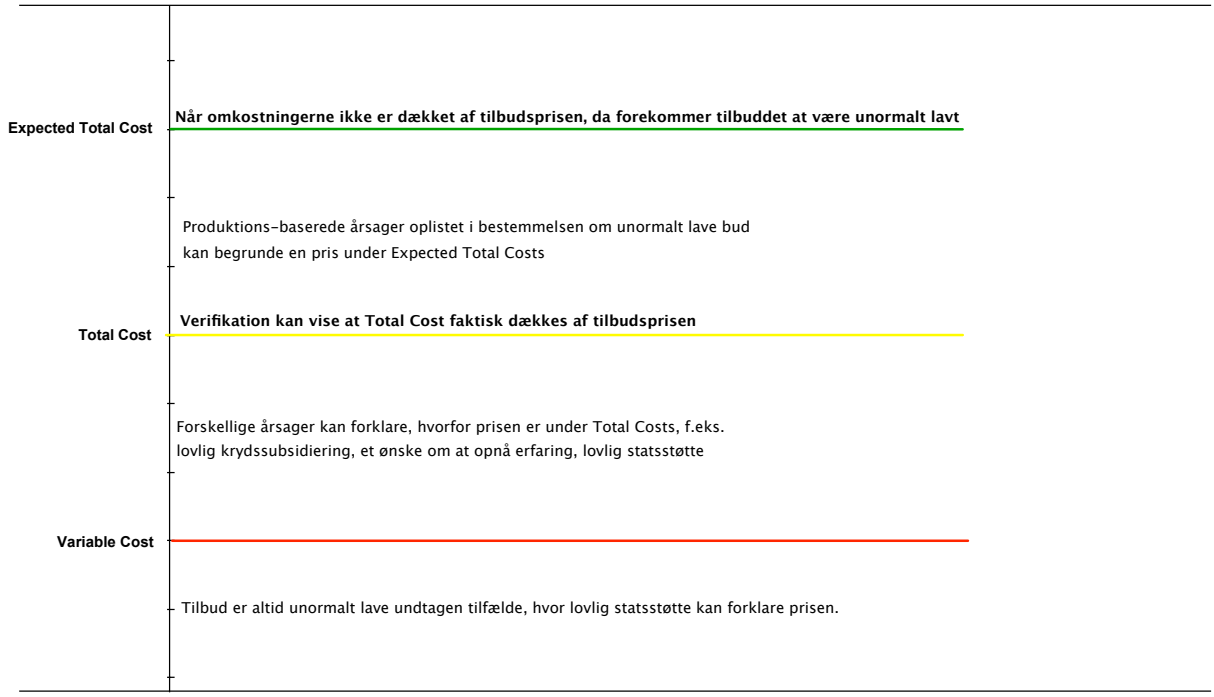
[152] Udbudsdirektivets artikel 55 nævner selv: besparelser, de anvendte tekniske løsninger, originalitet, eventuel statsstøtte.
[153] C-94/99, ARGE
[154] Arrowsmiths synes at overse det brud på ligebehandlingsprincippet, som formentlig er tilstede, når ordregiver antager et unormalt lavt bud, der er sammensat på baggrund af ulovlig tildelt statsstøtte.

tilbudsgiveren har modtaget ulovlig statsstøtte. Dette er formodentligt anderledes end det daværende tjenesteydelsesdirektiv 92/50, som ARGE-sagen er baseret på, og hvor det således forekommer, at tilbudsgivere, som støttes af ulovlig statsstøtte alene kan afvises, når statsstøtten påvirker tilbudsgivers risiko for ikke at kunne gennemføre kontrakten. Arrowsmith fastslår hertil, at det ikke er nødvendigt for, at tilbuddet kan karakteriseres som unormalt lavt, at det er lavt i forhold til markedsprisen førend, at ordregiver kan afvise tilbuddet. Det er således tilstrækkeligt, at tilbuddet forekommer at være lavt for den pågældende tilbudsgiver således, at den skaber en formodning for, at der er ydet ulovlig statsstøtte. Offentlige ordregivere er dog ikke forpligtet til at afvise unormalt lave bud, som skyldes ulovlig tildelt statsstøtte, og mange vil ifølge Arrowsmith vælge ikke at gøre det for dermed at kunne opnå fordele af de favorable vilkår og/eller undgå at blive forsinket i forbindelse med en undersøgelse af statsstøttens overensstemmelse med de fastsatte regler herfor.

4.3 Risiko for at tilbudsgiver ikke får dækket sine omkostninger

Grith Ølykke opstiller i sin ph.d. afhandling en oversigt over, hvornår et tilbud kan anses som unormalt lavt. Hun anfører, at underbudstesten, som fastlagt af Domstolen i AKZO-dommen, kan overføres i forhold til vurderingen af unormalt lave bud. Ølykke opstiller således en række omkostningstærskler for, hvornår et tilbud skal anses for at være unormalt lavt, hvilket er forsøgt illustreret i følgende figur[155] :

[155] Ølykke (2010, s. 265)



For at identificere et unormalt lavt bud anføres det, at enhver tilbudspris, der er under ordregivers egen budgettering eller i sammenligning med de øvrige tilbudspriser, bør anses som unormalt lav. Ølykke lægger således op til, at der i princippet bør foretages en gennemgang af tilbuddene hver gang de afviger fra ordregivers egen budgettering eller i forhold til de øvrige tilbud. På den ene side sikrer det selvfølgelig ordregiver, at der ikke antages et unormalt lavt bud, som kan medføre postkontraktuelle problemstillinger. På den anden side fjerner man ordregivers kommercielle skøn ved at pålægge en pligt til at granske tilbuddet, hvilket ikke synes at harmonere med Domstolens og Klagenævnets praksis, hvorefter ordregivers forretningsmæssige skøn har stor betydning ved afgørelsen af, om et tilbud er unormalt lavt. Der er endvidere en række problematikker forbundet med den mistillid som ordregiver ville udvise overfor sine tilbudsgivere, hvis man gennemgik tilbuddets nærmere sammensætning under artikel 55, hver gang et tilbud afveg fra ordregivers egen budgettering[156]. Endelig overser tilgangen, at der kan være væsentlige transaktionsomkostninger forbundet med at gennemgå et eller flere tilbud, som er prissat lavere end ordregivers egen budgettering. Således fastslog Generaladvokat Léger i sit forslag til afgørelse i ARGE-sagen, at der vedrørende undersøgelsespligten efter bestemmelsen om

[156] Som nævnt under afsnit 3.5.1, accepterer man da også i praksis en afvigelse på +/- 5%.

unormalt lave bud er tale om en *grundig* undersøgelse af de forskellige omkostninger, der indgår i det omtvistede bud. Dette må fortolkes som, at der skal tilskrives ikke-uvæsentlige transaktionsomkostninger, når ordregiver gennemgår tilbuddets sammensætning. Tilgangen lægger endvidere op til, at ordregiver altid har et forholdsvist præcist skøn over, hvad tilbudsgivernes omkostninger ved projektet bør fastsættes til, hvilket umiddelbart synes at være en forsimplet antagelse.

Ølykke anfører, at en tilbudspris under virksomhedens totalomkostninger er unormalt lav og kan afvises, *medmindre* tilbudsgiver kan give en acceptabel forklaring på, hvorfor tilbuddet er prissat sådan. Hun nævner her krydssubsidiering, et ønske om at opnå erfaring eller statsstøtte som legitime årsager, der bevirker, at ordregiver *ikke* kan afvise tilbuddet. Når en tilbudspris er under tilbudsgivers variable omkostninger, vil tilbuddet til gengæld altid være unormal lavt og *skal* afvises med undtagelse af tilbud, der er prissat på baggrund af lovlig tildelt statsstøtte.
Tilgangen synes ikke at harmonere med Domstolens fortolkning og tilgang til håndteringen af unormalt lave bud. I Impresa Lombardini-sagen udtalte Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer bland andet, at de som ønsker at få tildelt kontrakter ikke kender den tærskel, når de indgiver deres bud, i forhold til hvilken tilbud anses for unormalt lave. Heller ikke de ordregivende myndigheder kender den. Denne følge er imidlertid den pris, som skal betales for, at begrebet unormalt lave bud har status af et retsbegreb, som ikke er fastlagt *a priori*, men som fuldt ud kan fastlægges for hver enkelt kontrakt, som det kræves i henhold til artikel 30, stk. 4 (nu artikel 55)[157].
Derudover forekommer det bebyrdende, at ordregiver skal pålægges at afgrænse tilbudsgivers faste omkostninger fra de variable. Som tidligere anført kan dette være en særdeles vanskelig afvejning – ikke mindst for en ordregiver - og man kan forestille sig, hvilke konflikter, der kan opstå mellem parterne i forbindelse hermed. Endelig synes det uhensigtsmæssigt, at ordregiver principielt skal agere tilbudsgiver i form af at udregne priser for den enkelte tilbudsgiver, og tilgangen synes at udelukke muligheden for, at udefrakommende og mindre virksomheder kan få tildelt kontrakten. Ølykke anfører hertil, at det er irrationelt – også for mindre virksomheder – at prissætte under de variable

[157] Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 5. juni 2001

omkostninger og fastholder, at tærsklen ikke begrænser prissætningen for mindre virksomheder i noget signifikant omfang[158]. Dette synes dog at være en forsimplet antagelse, som ikke kan tilsluttes. Tilgangen vil øjensynligt medføre, at nogle fordelagtige tilbud må afvises, mens andre mere risikable tilbud principielt ikke kan afvises, da de ikke falder under de angivne omkostningstærskler. Ordregivers kommercielle skøn begrænses således til fordel for en procedure, der ifølge Ølykke sikrer gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgiverne. På den ene side er det vel korrekt, at alle tilbudsgivere herved er klar over, hvornår deres tilbud er unormal lavt og dermed må afvises. På den anden side fastsætter man grænser for, hvor lavt et tilbud principielt må være, hvilket skaber nogle uhensigtsmæssige adgangsbarrierer til markedet for offentlige kontrakter. En tilbudsgiver forhindres således i at tilbyde en konkurrencedygtig pris sammenlignet med mere etablerede virksomheder, hvis dens omkostninger er større.

Til støtte for Ølykkes tilgang kan det dog anføres, at Klagenævnet i sin kendelse af 13. januar 2004 (Pihl & Søn)[159] udtalte, at ordregiver *muligvis* har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud under ganske særlige omstændigheder f.eks. derved, at der som følge af en unormal lav pris er risiko for, at der efterfølgende må ske korrektion. Denne udtalelse kan dog næppe udstrækkes til at omfatte en generel forpligtelse til at afvise et tilbud, der er prissat under tilbudsgiver variable omkostninger. En pligt til at afvise, når P<VC bevirker imidlertid, at konkurrenceforvridende adfærd kan begrænses, og det er formentlig også Ølykkes hensigt med at overføre underbudstesten til vurderingen af unormalt lave tilbud. Som nævnt anses det dog at være for indgribende i tilbudsgivernes øvrige markedsadfærd, og løsningen synes derfor i stedet at ligge i et tættere samarbejde mellem offentlige ordregivere og konkurrencemyndighederne. Her kan P<VC anvendes som tærskel for, hvornår ordregiver bør eller skal reagere, og kontakte myndighederne vedrørende *mistænkelig* adfærd.

4.4 Kan ordregivers saglige begrundelse berettige en afvisning? Et bud på en ny tilgang.

Da der ikke synes at være fastlagt en præcis tilgang til vurdering og håndtering af unormalt lave bud i retspraksis, og da de præsenterede teoretiske tilgange ikke synes at være fri for mangler, vil der i det følgende gives et bud på en ny tilgang til håndtering af unormalt lave bud. Ved fastlæggelsen heraf, må man overordnet sondre mellem, hvilken skønsmargin der

[158] Ølykke (2010, s. 280-281)
[159] Se afsnit 2.2.1.3

bør tilskrives ordregiver. Hvis der på den ene side gives en meget vid skønsbeføjelse i forhold til at afvise et unormalt lavt bud, vil ordregiver potentielt kunne bruge bestemmelsen til at diskriminere og forskelsbehandle tilbudsgivere med henvisning til, at man ikke - efter en gennemgang af tilbuddet – og ud fra en ren subjektiv vurdering mener, at tilbudsgiver er i stand til at præstere til den tilbudte pris. Omvendt vil en meget smal skønsmargin medføre en risiko for, at ordregiver forpligtes til at antage risikable tilbud, som har den laveste pris eller er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men som ikke falder under en på forhånd fastsat tærskelværdi. Her sættes således en grænse for, hvor lavt et tilbud må være, hvilket i sidste ende vil få tilbudsgiverne til at prissætte højere end det, de potentielt kunne have prissat til.

Når ordregiver modtager et tilbud, der er lavere end ordregivers egen budgettering eller i forhold til de øvrige tilbud, skal ordregiver som bekendt gennemgå tilbuddets sammensætning, såfremt man ønsker at afvise det. Herefter vil tilbuddet kunne anses som unormalt lavt, hvis den afgivne pris ikke dækker tilbudsgivers samlede omkostninger ved at præstere kontrakten. Da dækningsbidraget er negativt i sådanne tilfælde, vil tilbudsgiver kun i sådanne særlige tilfælde, som angivet ovenfor i kapitel 3, have interesse i at afgive et tabsgivende tilbud.
I den økonomiske teori, vil prissætningen oftest afhænge af den pågældende markedsstruktur. Således vil en monopolist fastsætte sin pris ved MR=MC, mens virksomheder på et oligopolistisk marked vil prissætte afhængig af antallet af de øvrige virksomheder, hvis der er kapacitetsbegrænsninger (Cournot konkurrence), eller konkurrenternes omkostninger, hvis disse er asymmetriske (Bertrand konkurrence). Endelig vil prisen på markeder med fuldkommen konkurrence, fastsættes til virksomhedens egne omkostninger. Dette er således under optimale markedsvilkår den mest konkurrencedygtige pris, der kan opnås, og kun i særlige tilfælde vil prisen fastsættes under virksomhedens omkostninger. I udbudskontekst må man hertil anføre, at det formentlig ikke er hensigten med tildelingskriteriet laveste pris eller økonomisk mest fordelagtige tilbud, at tilbudsgiverne skal afgive tabsgivende bud, selvom udbudsdirektivet har til formål at sikre en effektiv konkurrence[160]. Det *almindelige* er således, at tilbudsgiverne afgiver tilbud, der i det mindste dækker deres omkostninger, og bestemmelsen i artikel 55 synes da heller ikke at forudsætte

[160] Præamblens pkt. 2

andet, når henses til, at et unormalt lavt bud kan begrundes med tilbudsgivers reelle besparelser, de anvendte tekniske løsninger samt originaliteten, mv. På baggrund af Domstolens fortolkning og Klagenævnets praksis, synes ordregiver derfor berettiget til at afvise tilbuddet, når prisen er under tilbudsgivers samlede omkostninger forbundet med kontraktens gennemførelse, og hvor det samtidig vurderes, at risikoen ved en antagelse af tilbuddet overstiger den risiko, som ordregiver med rimelighed og ud fra en subjektiv vurdering, mener at kunne påtage sig.

Denne subjektive vurdering kan principielt sidestilles med ordregivers annulation af udbud, hvorefter der *formentlig* kræves en saglig grund hertil[161]. Domstolen har endvidere fastslået i Metalmeccanica-sagen[162], at en ordregiver ikke er forpligtet til at tildele kontrakten til den eneste tilbudsgiver, der er blevet anset for egnet til at deltage i udbuddet, og i Hospital Ingenieure-dommen[163] fastslog Domstolen, at en ordregivers beføjelse til at undlade at tildele en kontrakt ikke er begrænset til undtagelsestilfælde eller betinget af, at der foreligger vægtige grunde[164]. Ud fra disse betragtninger skal ordregivers kommercielle skøn, ved risikovurderingen af et unormalt lavt bud, derfor sagligt kunne begrundes. Herefter må en afvisning være betinget af, at tilbuddet er prissat under tilbudsgivers samlede omkostninger ved kontraktens udførelse, herunder tilbud som på trods af statsstøtte, stadig ikke dækker virksomhedens udgifter. Hermed fastsættes der ikke på forhånd en grænse for, hvor lavt et tilbud *må* være, og tilbudsgiver kan derfor prissætte frit i forventning om, at ordregiver er parat til at påtage sig risikoen, eller man i det mindste kan overbevise ordregiver i forbindelse med den obligatoriske gennemgang af tilbuddene. På den måde begrænser man ikke ordregivers kommercielle skøn, men betinger en afvisning af, at tilbuddet påfører tilbudsgiver et tab, hvilket kan føre til tilbudsgivers konkurs eller tidskrævende genforhandlinger. Som det fremgår af analysen i kapitel 3, kan der være en række årsager til og forklaringer på, hvorfor et tilbud er prissat under tilbudsgivers omkostninger. Ordregiver synes dog i disse tilfælde at være nærmest til at vurdere pålideligheden heraf og ud fra kommercielle overvejelser afgøre, om det er en risiko som man er parat til at påtage sig.

Konklusionen er således, at ordregiver altid kan afvise et unormalt lavt bud, hvis prisen er under tilbudsgivers samlede omkostninger for kontrakten, og ordregiver ud fra et sagligt skøn

[161] Nielsen (2010, s. 107)
[162] Sag C-27/98, Metalmeccanica
[163] Sag C-92/00, Hospital Ingenieure
[164] Denne udtalelse kan pege i retning af, at der ikke gælder en pligt til sagligt at begrunde en annulation.

vurderer, at risikoen ved en tildeling af kontrakten er for stor. Hertil bemærkes, at en pris under de samlede omkostninger sandsynligvis vil kunne udgøre en saglig begrundelse for en afvisning i sig selv, men der vil formentlig være konkrete udbud, hvor en sådan saglig begrundelse vil kunne fastslås, selvom tilbuddet ikke er prissat under tilbudsgivers omkostninger. Af hensyn til overholdelsen af ligebehandlingsprincippet må disse tilfælde dog begrænses til helt særlige tilfælde, hvor tilbudsprisen eksempelvis ikke indeholder en delentreprise, men hvor ordregiver ikke har angivet den tilstrækkeligt præcist i udbudsmaterialet, hvorefter tilbuddet ikke kan afvises som ukonditionsmæssigt, og fejlen ikke kan anses som et forbehold, der kan kapitaliseres. Endvidere vil et tilbud angiveligt kunne være prissat så lavt, at det ville stride imod ligebehandlingsprincippet at antage et sådant tilbud. Det ville det imidlertid kun være, såfremt kontraktsprisen efterfølgende reguleres, og udbudsreglerne synes i sådanne tilfælde at fastsætte begrænsninger herfor jf. Kommissionen mod Spanien[165], når den økonomiske balance alene forskydes til fordel for tilbudsgiver. Der kan derfor ikke, som anført af Ølykke fastlægges en egentlig *pligt* til at afvise tilbud, når prisen er under et bestemt niveau, medmindre tilbuddet er sammensat på baggrund af ulovlig statsstøtte. Det er mao. ikke et brud på ligebehandlingsprincippet, at ordregiver antager tilbud, hvor alle omkostninger ikke er indregnet, f.eks. hvor tilbudsgiver tilbyder en tabsgivende kontrakt mod at komme ind på et nyt marked jf. PC-Ware-sagen[166]. Endelig må det fastslås, at et unormal lavt tilbud ikke kan afvises, såfremt kontrakten allerede er tildelt tilbudsgiver, da dette ville stride imod ligebehandlingsprincippet[167]

I et etisk perspektiv fastlægger Thomas Aquinas: "*if a price exceed the quantity of the things worth, or, conversely, the thing exceed the price, there is no longer the equality of justice and consequently, to sell a thing for more than it's worth, or to buy it for less than it's worth, is in itself unjust and unlawful"*[168]. Spørgsmålet er herefter, hvad der repræsenterer en ydelses sande værdi. Elegido[169] fastslår hertil, at det må fastlægges ud fra markedsværdien på et åbent marked, som dog ikke kan sidestilles med et marked, hvor der er fuldkommen

[165] Sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien
[166] Sag T-121/08, PC-Ware
[167] Se i samme retning Klagenævnets kendelse af 4 august 2009 (Mölnlycke), hvor Klagenævnet udtalte, at hele udbuddet skulle have været annulleret, da kontrakten var tildelt, men senere blev tilbagekaldt til fordel for en anden tilbudsgiver.
[168] Aquinas (s. 2753)
[169] Elegido (2009)

konkurrence. En sådan pris vil herefter indeholde tilbudsgivers samlede omkostninger til gennemførelse af kontrakten, samt en *rimelig* fortjeneste. Thomas Aquinas' *just price* er herefter: $P \geq TC + \pi$. Lidt forsimplet kan man anføre, at denne pris repræsenterer tilbud, hvor der ikke er væsentlig risiko for misligholdelse af kontrakten. Ifølge denne tilgang vil ordregiver herefter kunne afvise tilbuddet, når π skønnes at være for lille, og i et rent økonomisk perspektiv ville dette tillige være det mest optimale. I udbudsretlig henseende vil det dog formentlig stride imod ligebehandlingsprincippet.
Som fastslået ovenfor vil ordregiver i udbudskontekst formentlig altid kunne afvise et tilbud når $P < TC$. Ved denne pris vil der nemlig være en væsentlig risiko for misligholdelse. Det betyder dog, at der principielt er en gråzone, hvor en pris er mindre en tilbudsgivers omkostninger plus en rimelig fortjeneste, men hvor prisen omvendt ikke er så lav, at den kan afvises ($P > TC$). Spændet afhænger herefter af størrelsen på π, som vil afhænge af en lang række faktorer, herunder konjunkturudsving, kvalitet, markedsstruktur, produkt/ydelse, mv. Der findes med andre ord ikke et fast holdepunkt for, hvor stor tilbudsgiver forrentning med rimelighed må fastsættes til. Da ordregivers skøn derfor ville blive for omfattende, hvis der kunne afvises ved $P < TC + \pi$, må ordregiver påføres den risiko, der kan være tilstede i sådanne tilfælde, altså hvor $TC < P < TC + \pi$. Som fastslået synes der dog mulighed for i disse tilfælde at forhandle risiko med tilbudsgiver, og man må derfor overveje sådanne løsninger.

Den anførte tilgang adskiller sig således fra de to øvrige tilgange ved at fastsætte en tærskel for, hvornår et tilbud *kan* afvises ($P<TC$) uden dog at pålægge en egentlig forpligtelse hertil. Tilgangen adskiller sig fra Arrowsmiths ved, at der skal være en væsentlig risiko for misligholdelse, men at tilbuddet samtidig skal være under tilbudsgiver samlede omkostninger ved at præstere kontrakten. I forhold til Ølykke adskiller den sig ved ikke at fastlægge en pligt til afvisning, men til gengæld at give mulighed for at afvise, når prisen er under tilbudsgivers samlede omkostninger (herunder indregnet lovlig tildelt statsstøtte), *uden* hensyntagen til tilbudsgivers øvrige forklaringer, som ifølge Ølykke kan legitimere $P<TC$. Det betyder dog samtidig, at nogle virksomheder kan have sværere ved at indtræde markedet, og ordregiver kan principielt forskelsbehandle, når $P<TC$ til fordel for andre dyrere tilbud. Alligevel synes ordregiver ikke at kunne pålægges en pligt til at påtage sig den væsentligt større risiko, der opstår når der kontraheres med en tilbudsgiver, der har udsigt til tab – uanset årsagen hertil.

Et problem opstår imidlertid, når ordregiver skal sætte sig ind i tilbuddets sammensætning. Her kan det være vanskeligt at gennemskue, hvad der udgør tilbudsgivers samlede omkostninger. Faren er således, at tilbudsgiver kan være for optimistisk i sin estimering af omkostninger, og man kan diskutere, hvilke faste omkostninger og eventuelle sunk costs, der skal medgå i vurderingen. F.eks. vil man kunne argumentere for, at tilbudsgivers omkostninger ved selve tilbudsgivningen bør inddrages under de samlede omkostninger for kontrakten[170]. Disse overvejelser medfører øjensynligt en række praktiske problemstillinger, og det er formentlig også derfor, at man fra Domstolens side foreskriver en grundig og kontradiktorisk gennemgang af tilbuddene, som efter generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers udtalelse er synonym med dialog, diskussion og debat[171].

Tilgangen forholder sig imidlertid ikke til de konkurrencebegrænsninger, der kan ligge bag tilbuddet, og tager ikke stilling til, hvordan ordregiver optimalt set bør reagere overfor et unormalt lavt bud. Dette vil derfor analyseres nærmere i det følgende.

[170] Se omvendt Ølykke (2010, s. 268)
[171] Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, fremsat den 5. juni 2011.

Kapitel 5: Hvordan bør ordregiver reagere overfor et unormalt lavt bud?

5.1 Indledning

Som anført vil en ordregiver kunne afvise et tilbud, der er prissat under tilbudsgivers samlede omkostninger. Spørgsmålet er dog, om ordregiver rent faktisk bør afvise tilbuddet i sådanne tilfælde. Ved afgørelsen heraf må man sondre mellem de kommercielle overvejelser, der kan ligge bag et unormalt lavt bud og de konkurrencemæssige overvejelser, som tilbuddet kan være sammensat efter.

5.2 Når tilbudsgivers unormalt lave bud skyldes kommercielle overvejelser

Vil ordregiver antage et unormalt lavt tilbud, synes der at være mulighed for at handle risiko indbyrdes mellem parterne, når kontrakten er tildelt efter udbudsreglerne, men ikke er indgået kontraktsretligt i aftalelovens forstand. Udbudsreglerne indeholder således ikke et forbud mod efterfølgende forhandling så længe, der ikke foretages væsentlige ændringer i aftalen. Som Domstolen fastslog i Pressetext-sagen[172], kan en ændring betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens *økonomiske balance* til fordel for ordremodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser. Man kan argumentere for, at en ændring i prisen til fordel for tilbudsgiver udgør en væsentlig ændring, men hvis ordregiver samtidig minimerer sine risici ved at antage det unormalt lave bud må det antages ikke at påvirke den økonomiske balance væsentligt. Udbudsreglerne udelukker dog, at forhandlingerne mellem ordregiver og lavestbydende resulterer i en udbudspris, der tangerer eller er højere end prisen på det næstlaveste bud[173]. Der er således et spænd, hvor der er mulighed for at regulere kontraktsprisen til fordel for, at ordregiver fraskriver sig risici ved eksempelvis uforudsete omstændigheder eller ændringsarbejde, mv. Der opstår dog et problem, hvis der er flere unormalt lave bud, hvorefter kontraktsprisen ikke kan justeres tilstrækkeligt. I sådanne situationer må man overveje om udbuddet i stedet kan annulleres[174].

---

[172] Sag C-454/06, Pressetext
[173] Steinicke (2003, s. 278)
[174] Se dog Klagenævnets kendelse af 13. september 1996, hvor Klagenævnet fandt, at det ikke var en saglig begrundelse for annulation, at der var en betydelig spredning på de samlede tilbud.

I et transaktionsomkostningsteoretisk perspektiv kan man argumentere for, at bestemmelsen i artikel 55, hvorefter ordregiver kun er forpligtet til at gennemgå tilbuddets sammensætning, når det ønskes afvist, medfører en risiko for, at ordregiver rent faktisk vælger at antage tilbuddet. Til støtte for denne betragtning kan anføres, at Domstolens praksis og generaladvokatens udtalelser peger i retning af, at den kontradiktoriske procedure ved gennemgang af tilbuddet skal foretages grundigt og detaljeret jf. Impresa Lombardini-sagen[175]. Der synes således at være et spænd, hvor ordregiver principielt bør gennemgå tilbuddets sammensætning, men vælger ikke at gøre det på grund af de transaktionsomkostninger, der er forbundet hermed. Således kunne bestemmelsen ændres til, at ordregiver principielt er forpligtet til at gennemgå tilbuddets sammensætning hver gang der modtages et bud, der afviger mere end én standardafvigelse fra de øvrige tilbud, og som derfor umiddelbart må betragtes som unormalt lavt[176]. På den måde bevares det kommercielle og forretningsmæssige skøn, men ordregiver tvinges til at indse og forholde sig til den risiko, der kan være forbundet med at antage tilbuddet. Dette vil forøge ordregivers transaktionsomkostninger *ex ante*, men vil sandsynligvis kunne minimere transaktionsomkostningerne *ex post* i samfundsøkonomisk henseende. Endvidere vil det formentlig gøre det nemmere politisk set at håndtere unormalt lavt bud, da man er tvunget til at gennemgå sammensætningen af tilbuddet og dermed fjerner det subjektive element i overvejelsen af, om et tilbud skal undersøges eller ej. Herefter vil det sandsynligvis være lettere at argumentere overfor sine omgivelser, dvs. først og fremmest borgere, politikere og medier, at man er nødsaget til at afvise tilbuddet.

5.3 Når tilbudsgivers unormalt lave bud skyldes konkurrenceforvridende overvejelser

Det særlige i relation til artikel 55 er, at det principielt er ordregiver selv, der overvåger, kontrollerer og håndhæver unormalt lave bud. Der synes ikke at være en egentlig pligt til at afvise sådanne unormalt lave bud, men det er en valgfri mulighed, hvorefter det ikke umiddelbart er i strid med udbudsreglerne at acceptere tilbuddet. Et væsentlig problem opstår dog, når tilbuddet skyldes konkurrenceforvridende adfærd fra tilbudsgivers side. Sådan adfærd rammes ikke af udbudsreglerne, og ordregiver vil principielt stå overfor et

[175] Sag C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA,
[176] Se under afsnit 4.1

fordelagtigt tilbud, der kan være svært at modstå. Hertil kommer, at risikoen for, at tilbudsgivers konkurrenceforvridende adfærd opdages synes beskeden. Dette illustreres blandt andet af Verac-sagen[177], hvor Domstolen udtalte, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er adgangen til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. For at virkeliggøre dette mål skal de ordregivende myndigheder ikke afsløre oplysninger, som vedrører procedurer til indgåelse af offentlige kontrakter, hvis indhold vil kunne anvendes til at fordreje konkurrencen, enten under en verserende indgåelse af en offentlig kontrakt, eller en senere indgåelse heraf. Beskyttelsen af forretningshemmeligheder er således et almindeligt princip og indebærer, at parterne ikke har en ubegrænset og ubetinget adgang til alle de oplysninger vedrørende den pågældende procedure for indgåelse, som er indgivet til den instans, som er ansvarlig for klageproceduren. Tværtimod må denne aktindsigt afvejes over for andre erhvervsdrivendes rettigheder til at opnå beskyttelse af deres fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder. Herefter konkluderede Domstolen, at den instans, som er ansvarlig for klageprocedurer, skal sikre overholdelse af fortrolighed og retten til beskyttelse af forretningshemmeligheder.
Dette gælder også for ordregivers videregivelse af information til forbigåede tilbudsgivere. Det følger allerede af udbudsdirektivets artikel 6, hvorefter ordregiver ikke må offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige.
Det påvirker dog unægteligt en forbigået tilbudsgivers mulighed for at klage over tildeling af en kontrakt til en tilbudsgiver, der har afgivet et unormalt lavt bud, som skyldes konkurrenceforvridende adfærd. Den forbigåede tilbudsgiver kan således have en formodning om, at den konkurrerende virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, har udøvet konkurrenceforvridende adfærd eller har modtaget ulovlig statsstøtte, men er ikke i stand til konkret at fremlægge bevis herfor. Ordregiver kan omvendt have et nøje billede af tilbuddets sammensætning og burde principielt anmelde tilbudsgiveren til konkurrencemyndighederne eller Kommissionen. Der er imidlertid ingen pligt til at drage nogen konsekvenser af en sådan adfærd, og der er formentlig heller ikke noget incitament hertil, da ordregiver agerer ud fra egne interesser.

[177] Sag C-450/06, Verac

Det manglende incitament og værktøjer til identificering af konkurrenceforvridende adfærd ved modtagelsen af et unormalt lavt bud, påvirker imidlertid tilbudsgiveres incitament til at udøve denne adfærd. Til illustration heraf kan man tage udgangspunkt i Mottas *Incentive Constraint*. Herefter kan collusion forhindres *ex ante* ved at pålægge virksomhederne bøder mv. En meget stor bøde vil dog ikke i sig selv afholde karteldeltagerne, da det afhænger af den forventede bødestørrelse, hvorefter bøden må sammenholdes med sandsynligheden for at blive opdaget og dømt skyldig[178]. Mottas *Incentive Constraint* kan derfor udvides til:

$$\pi^{C}_{i} + \delta^{C}_{i} - xpF \geq \pi^{d}_{i} + \delta^{P}_{i}$$

Kartelsamarbejdet afhænger således af den forventede straf (x), som afhænger af sandsynligheden for at blive opdaget (p) og bødens størrelse (F). Som nævnt vil sandsynligheden for at blive opdaget være begrænset af ordregivers manglende incitament, og hvis dette er tilstrækkeligt lille, vil tilbudsgivers adfærd ikke påvirkes. Snarere kan man argumentere for, at incitamentet til collusion er større i udbudskontekst, hvor procedurerne er gennemsigtige, efterspørgslen stabil og pålidelig, og hvor ordregiver ikke har de fornødne værktøjer eller incitament til at forhindre adfærden ved modtagelse af unormalt lave bud.

EU's udbudsregler og konkurrencereglerne er forskellige regelsæt, der principielt gælder uafhængig af hinanden. En aftale kan således være i strid med konkurrencereglerne, selvom aftalen er indgået i overensstemmelse med udbudsreglerne[179]. Hertil kommer, at håndhævelsessystemerne for udbudsretten og konkurrenceretten er forskellige og reguleres af henholdsvis håndhævelsesloven[180] og Rfo 1/2003[181]. Udgangspunktet i EU-retten er, at proces- og sanktionsspørgsmål primært henhører under national ret. Sker der tildeling af en offentlig kontrakt i strid med EU-reglerne, er den pågældende medlemsstat dermed i en traktatbrudssituation efter artikel 258 TEUF. En krænket tilbudsgiver kan herefter henlede Kommissionens eller en regerings opmærksomhed på en overtrædelse af udbudsreglerne,

[178] Motta (2004, s. 191)
[179] Offersen (2002, s. 33)
[180] Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne mv.
[181] Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

men har ikke krav på anlæggelse af en traktatbrudssag[182]. Specielt for offentlig udbud er dog, at håndhævelse af udbudsreglerne som nævnt reguleres af særligt vedtagne kontroldirektiver, som i Danmark er implementeret ved håndhævelsesloven[183+184]. Herefter kan Kommissionen alene anlægge en traktatbrudssag, såfremt Klagenævnet for Udbud ikke reagerer overfor det unormalt lave bud, hvorimod Kommissionen efter Rfo 1/2003 har hjemmel til at træffe afgørelse ved overtrædelse af artikel 101 og 102 TEUF eller ved tildeling af ulovlig statsstøtte. De to separate håndhævelsessystemer gør sandsynligvis samhørigheden mellem to regelsæt mere besværlig, og Klagenævnet kan formentlig ikke på baggrund af ARGE-sagen[185] pålægge ordregiver at annullere en tildelingsbeslutning, selvom tilbuddet er sammensat på baggrund af en uberettiget konkurrencefordel. Dette skyldes endvidere, at håndhævelsesloven alene gælder for ordregivere og således ikke for tilbudsgiveres uretmæssige fordele og ulovlige adfærd jf. lovens § 1, stk. 1 og 2[186].
Formålet med konkurrencereglerne og udbudsreglerne synes imidlertid sammenfaldende. Konkurrenceloven nævner i § 1, at loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomhederne og forbrugerne[187]. Samme overvejelser synes at lægge bag udbudsdirektivets bestemmelser[188], og man kan således stille spørgsmålstegn ved, hvorfor de to regelsæt er placeret i to forskellige retsområder, når formålet og de bagvedliggende hensyn er de samme, medens samspillet synes at udeblive.

Spørgsmålet er herefter, hvordan man i relation til unormalt lave bud kan begrænse konkurrenceforvridende adfærd, og hvordan ordregiver i sådanne tilfælde bør reagere når man bliver opmærksom herpå. Problemet synes overordnet at ligge i ordregivers manglende

[182] En Medlemsstat kan anlægge en traktatbrudssag efter artikel 259 TEUF.
[183] Nielsen (2010, s. 357)
[184] Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.
[185] Sag C-94/99, ARGE
[186] Det kan diskuteres, om bestemmelsen i stk. 2, hvorefter loven finder anvendelse ved håndhævelse af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, tillige dækker over konkurrenceforvridende adfærd udvist af en tilbudsgiver. Bestemmelsen må dog fortolkes som, at den alene dækker over almindelige fællesskabsretlige principper og således ikke Traktatens bestemmelser i artikel 101 og 102 TEUF om konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling, samt ulovlig statsstøtte i strid med artikel 107 TEUF.
[187] LBKG 2010-08-13 nr. 972, Konkurrenceloven
[188] Se særligt præamblens pkt. 2

incitament og værktøjer til at henlede Kommissionen eller konkurrencemyndighedernes opmærksom på den ulovlige adfærd. Som nævnt skyldes dette, at ordregiver principielt står overfor et fordelagtigt tilbud, som oveni kan være afgivet af en velfungerende, etableret og sågar velrenommeret tilbudsgiver. Der er således hverken et økonomisk incitament til at afvise tilbuddet eller anmelde det.

Problemstillingen vil formentlig kunne løses ved at give ordregivere incitament til at reagere, når der er begrundet mistanke om ulovlig adfærd. Dette kan ske ved først og fremmest at styrke samarbejdet mellem offentlige ordregivere og konkurrencemyndighederne, og ved at lære ordregivere generelt at tolke signaler, der kan indikere ulovlig adfærd. Det kan f.eks. være, at en markedsdominerende virksomhed igennem en række udbud har prissat unormalt lavt (P<VC), hvorfor færre tilbudsgivere nu afgiver tilbud, eller den samme tilbudsgiver oftest afgiver det laveste tilbud. Herudover kan signaler såsom væsentlige prisforskelle mellem det vindende og de øvrige tilbud ligeledes indikere konkurrenceforvridende adfærd eller, at der er sket en betydelig reduktion i forhold til tidligere prisniveauer efter tilbud fra en ny tilbudsgiver[189].

Af hensyn til ordregivers loyalitetsforpligtelse overfor tilbudsgiverne, kan man indføre whistleblower-ordninger, som man kender det fra private virksomheder, hvorefter ordregiver anonymt kan anmelde konkurrenceforvridende adfærd og således overlade det til konkurrencemyndighederne eller Kommissionen at vurdere sagen på baggrund af ordregivers observationer. Da det oftest er en langvarig og kompliceret proces for myndighederne at konstatere konkurrenceforvridende adfærd, bør man ikke betinge håndteringen af det unormalt lave bud af en forhåndstilkendegivelse fra eksempelvis Konkurrencestyrelsen. Risikoen for, at der ikke kan konstateres konkurrenceforvridninger, er selv ved begrundet mistanke for stor til, at ordregivers antagelse eller afvisning kan baseres på en sådan udtalelse. Hensigten er således ikke at afvise tilbuddet i det konkrete udbud, men på sigt at skabe en præventiv effekt således, at den konkurrencebegrænsende adfærd begrænses over tid.

[189] Se endvidere OECD's retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb, februar 2009.

For at styrke ordregivers incitament kan man overveje at give en økonomisk kompensation i form af en procentdel af den potentielle bøde, der pålægges i medfør af Rfo 1/2003, artikel 23 ved overtrædelse af artikel 101 og 102 TEUF, eller en procentdel af en evt. tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte. Tanken er således at decentralisere overvågningen af konkurrencereglerne, hvilket påfører tilbudsgiver en væsentlig større risiko for at blive opdaget. Dette synes at være i tråd med formålet i Rfo 1/2003, hvorefter de nationale konkurrencemyndigheder er tildelt kompetence til at anvende artikel 101 og 102 TEUF[190]. Samtidig synes tilgangen at være i overensstemmelse med Domstolens praksis, hvorefter ordregivers kommercielle skøn ikke begrænses, men ordregiver bliver bevidst om og får incitament til i højere grad at holde øje med og reagere overfor ulovlig adfærd. Der vil fortsat ikke være en egentlig forpligtelse til at afvise et unormalt lavt bud, som skyldes ulovlig adfærd, men ved at give ordregiver incitament til reagere, vil ordningen kunne begrænse omfanget heraf. Faren er dog, at ordregiver får for stort et incitament til at anmelde tilbudsgivere, og der vil muligvis være nogle loyalitetskonflikter forbundet med ordningen. Samtidig er det uhensigtsmæssigt, såfremt ordregiver ligefrem spekulerer i at anmelde tilbudsgiverne og opvejer det i relation til, om buddet skal afvises eller antages, hvilket kun bør ske, når ordregiver vurderer, at risikoen i kommerciel henseende er for stor.
Den præventive effekt kan endelig styrkes ved at inkorporere konkurrenceregler i bestemmelsen om unormalt lave bud. En sådan sammenskrivning af konkurrence- og udbudsregler ses blandt andet i tysk ret, hvor man har implementeret udbudsdirektivet i de tyske konkurrenceregler (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*[191]). Således kunne man i relation til artikel 55 indføre bestemmelser om, at ordregiver ikke kan antage et unormalt lavt tilbud, som skyldes ulovlig statsstøtte, samt indføre en pligt for ordregivere til at kontakte Kommissionen eller de nationale konkurrencemyndigheder, såfremt man har begrundet mistanke om konkurrenceforvridende adfærd, hvilket kan være tilfældet, når tilbudsprisen er markant lavere end tilbudsgivers omkostninger, altså når P<VC.

[190] Rfo 1/2003, artikel 5.
[191] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (Bundesgesetzblatt I 2005, S. 2114 (im Folgenden: BGBl.)), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. März 2009 (BGBl. I 2009, S. 550)

Generelt synes der at være behov for en større integration og et bedre samspil mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne. Andre overvejelser end dem som ovenfor anført kan ligeledes tænkes anvendt. Eksempelvis mindre krævende udvælgelseskriterier, attester for uafhængig fastlæggelse af tilbud, forpligtelse til at kontakte konkurrencemyndighederne i tilfælde af mistænkelige mønstre i tilbud samt forbud mod underentrepriser til virksomheder, der selv har deltaget i udbudsproceduren[192]. Det er dog afgørende at vurdere sådanne tiltag i forhold til den administrative byrde, som påføres ordregiver, og der er herudover et proportionalitetshensyn forbundet med at indføre strengere procedurer i forbindelse med vurderingen og håndteringen af unormalt lave bud.

[192] Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb. KOM (2011) 15

Konklusion

En offentlig ordregiver kan ikke på forhånd fastsætte en grænse for, hvornår et tilbud er unormalt lavt, og vurderingen afhænger derfor af det konkrete udbud. Samtidig har ordregiver et forholdsvist frit kommercielt skøn, og er således ikke forpligtet til at afvise tilbud, der er tabsgivende for tilbudsgiver. Ej heller er ordregiver forpligtet til at tage hensyn til uretmæssige konkurrencefordele eller konkurrenceforvridende adfærd. Hvis ordregiver accepterer et meget lavt tilbud kan det imidlertid medføre en række kontraktuelle problemstillinger. Ordregiver kan derfor afvise et unormalt lavt bud, når tilbudsprisen er under tilbudsgivers samlede omkostninger forbundet med kontraktens gennemførelse, og ordregiver samtidig vurderer, at der er væsentlig risiko for, at tilbudsgiver misligholder kontrakten. Vurderingen skal være sagligt begrundet, hvilket den formentlig altid vil være, når tilbudsprisen er tabsgivende for tilbudsgiver. Specialet anfører hertil på baggrund af empiriske undersøgelser, at et tilbud, der afviger mere end én standardafvigelse fra gennemsnittet af de indkomne tilbud, kan indikere, at ordregiver bør foretage en gennemgang tilbuddet, som er obligatorisk, hvis tilbuddet afvises. På den baggrund må det fastslås, at medens markedsprisen kan benyttes til at identificere unormalt lave tilbud, må tilbudsgivers omkostninger anvendes ved vurderingen af, om tilbuddet kan afvises.

Offentlige udbud synes generelt at være særligt sårbare overfor konkurrenceforvridende adfærd. Dette skyldes bl.a. den manglende integration mellem udbuds- og konkurrencereglerne, hvilket bevirker, at en offentlig ordregiver ikke skal tage hensyn til, at et tilbud er sammensat på baggrund af ulovlig tildelt statsstøtte eller konkurrenceforvridende adfærd. Ordregiver bør dog optimalt set reagere overfor sådanne konkurrencebegrænsninger, og meget kan tale for at indføre en pligt til at afvise unormalt lave tilbud, som skyldes ulovlig statsstøtte. Ved generelt at styrke samarbejdet til de nationale konkurrencemyndigheder, og give stærke incitamenter til at anmelde ulovlig adfærd ved begrundet mistanke, synes konkurrencens effektivitet sikret. Endvidere bør ordregiver i større omfang sættes i stand til at identificere ulovlig adfærd og en tilbudspris, der er væsentlig lavere end tilbudsgivers samlede omkostninger bør give anledning til en reaktion, uden dog at forpligte ordregiver til at afvise tilbuddet.

Perspektivering

Regeringen udsendte i januar 2011 en strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde[193]. Strategien skal bidrage til at effektivisere og udvikle den offentlige opgaveløsning gennem konkurrence og mere samarbejde mellem den offentlige og private sektor. Det skal bl.a. ske ved at forenkle og smidiggøre udbudsreglerne, og der er nu taget initiativ til en ny udbudslov. I relation hertil må det anbefales, at bestemmelsen om unormalt lave bud præciseres samt, at der udarbejdes bestemmelser, som i højere grad integrerer udbuds- og konkurrencereglerne for at begrænse konkurrenceforvridende adfærd mest muligt. Endvidere vil en styrkelse af andre samarbejdsformer, såsom Offentlige-Private partnerskaber skabe en anden incitamentsstruktur, der kan begrænse de negative konsekvenser ved antagelsen af et unormalt lavt bud. Ved således at pålægge den private part hele eller en væsentlig del af ejerskabet – og dermed ansvar for finansieringen - forventes, at der bygges med et andet og mere fremtidigt sigte, så det samlede projekt opnår en bedre totaløkonomi[194].

Globaliseringen peger i fremtiden i retning af et øget antal unormalt lave bud i offentlige udbud. Igennem GPA-samarbejdet har tredjelande, herunder Kina mulighed for at byde på offentlige kontrakter i EU, og skal behandles på lige fod med andre tilbudsgivere. I Polen har kinesiske virksomheder bl.a. fået tildelt offentlige kontrakter, da de kan tilbyde meget lave priser. De beskyldes dog for at dumpe deres priser og modtage ulovlig statsstøtte ift. de europæiske statsstøtteregler[195]. I et konkret udbud vedr. opførelse af en 50 km lang motorvej i Polen blev kontrakten tildelt et konsortium af statslige kinesiske byggekoncerner med navnet *COVEC*. I konkurrencen med europæiske tilbudsgivere lå tilbuddet på under halvdelen af ordregivers budgettering og en tredjedel under tilbuddet fra den næstbilligste tilbudsgiver[196]. I konkurrencemæssig henseende er det på sin vis fordelagtigt, at markedet åbnes i takt med denne globalisering. Samtidig stiller det dog krav til integrationen af udbuds- og konkurrencereglerne samt, at ordregivere i større omfang bliver bekendt med, hvornår og hvordan de skal reagere overfor sådanne unormalt lave bud.

[193] Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde, januar 2011:43 (www.oem.dk)
[194] Tvarnø (2010)
[195] Børsen, 14. april 2010
[196]Parlamentariske forespørgsler og spørgsmål, 9. december 2010. Om tildeling af EU-støtte til statslige kinesiske byggekoncerner.

Bilag

Bilag 1

Udbudsdirektivets artikel 55, stk. 1: Sammenligning af sprogudgaver

DK: Unormalt lave bud
Hvis et tilbud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne tilbud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante.

EN: Abnormally low tenders
If for a given contract, tenders appear to be abnormally low in relation to the goods, works or or services, the contracting authority shall, before it may reject those tenders, request in writing detalis of the constituent elements of the tender which it considers relevant.

DE: Ungewöhnlich niedrige Angebote
Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.

> *Usædvanlig lave tilbud (evt. billige) tilbud.*
> *Giver en bestemt ordres tilbud det indtryk, i forhold til ydelsen at være usædvanlig lav (el. billig?), så skal den offentlige ordregiver inden disse tilbud afvises, forlange en skriftlig opklaring over de enkelte poster i tilbuddet, 1. hvor disse anmeldes / indberettes. EL. 2. som han mener er hensigtsmæssigt i tilfældet.*

FR: Offres anormalement basses

Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

> *Unormalt lave tilbud*
> *Hvis licitations(til)buddene forekommer unormalt lave i forhold til ydelsen i en bestemt kontrakt (projekt), kan ordregiveren/den udbydende myndighed bede om skriftligt at få præciseret de dele af tilbuddet, som han måtte finde passende (at få flere oplysninger om), før han kan afvise tilbuddet.*
> *Den udbydende myndighed/ordregiveren kan altså ikke afvise buddet, før han har fået skriftlige uddybende kommentarer om de dele af buddet han måtte finde passende at få flere oplysninger om.*

Bilag 2

Spørgsmål til interview om "unormalt lave bud" – Niels Sigsgaard (Arkitekt)

Kort beskrivelse af det konkrete udbud.

Udbuddet blev gennemført i november 2009, hvor alting var gået totalt i stå. Licitation blev afholdt i februar, så de havde tre måneder til at forberede tilbuddet. Vi brugte et par uger på et gennemgå tilbuddene for at se, hvad der var sket. Alle entrepriser og delposter var 15-20% lavere end, hvad vi selv havde budgetteret med. Ergo de ville bare have opgaven!

Ifølge Niels kan udbudstidspunktet have indflydelse for, om et bud er unormalt lavt. Er der høj konjunktur og virksomheden har meget at lave, vil de afgive højere pris end, hvis der er lavkonjunktur og færre opgaver. Virksomhedens ordrebog kan således betyde prisudsving på 10-15%. "Vi vidste godt på forhånd, at P havde få opgaver og derfor sandsynligvis ville komme med et lavt bud". I alt afgav tre tilbudsgivere tilbud på hovedentreprisen. P: 65 mio., egen budgettering 85 mio., N: 85 mio., T 105 mio. Ifølge Niels er de store entreprenørers materialeomkostninger typisk meget ens.

"Når tilbuddet er afgivet og bliver læst op, er tilbuddet som udgangspunkt juridisk bindende, medmindre tilbudsgiver kan bevise, at der er sket en regnefejl som man ikke bevidst kunne have undgået".

"Vi gav udtryk overfor bygherren om, at det ville medføre vanskeligheder at antage et så lavt bud. Bygherre sagde, at det eneste vi skulle forholde os til var, om tilbudsgiver var kompetent til at udføre opgaven samt, at der ikke er nogle deciderede fejl i tilbuddet."

Ifølge Niels ligger tilbuddene typisk højere end budgetteringen. I det konkrete udbud havde ingen af tilbudsgiverne forbehold i deres tilbud. Dette skyldes faren for at blive afvist som ukonditionsmæssigt. Det bemærkes, at en tilbudsgiver gerne betaler 10 mio. kr. for at få 10 forsider i aviserne for at have bygget et prestigefyldt byggeri. Niels har dog aldrig være ude for et bud som er så lavt, som det er i denne sag! "Man er meget uforberedt på en sådan situation, da

det er usædvanligt at modtage så lavt et bud. I fremtiden kommer man nok til at skrive i udbudsbetingelserne, at der tages visse forbehold for særligt lave bud."

Der er indbygget optioner i udbuddet, således at hvis buddet er 5% under budgetteringen, da kan der blive plads til f.eks. andre fliser, en rutsjebane, andre dørhåndtag, etc.

Det er et problem, at nogle virksomheder indregner og bevist prissætter deres bud efter, at der reguleres i kontraktsprisen efterfølgende. Bygherre frasorterer de tilbudsgivere som gentagne gange afgiver "for høje" bud. Men udbud/efterspørgsel og renomme fylder ikke meget i byggeri af svømmehaller.

"Vi prøvede med næb og klør at gennemgå tilbuddet i detaljer, men der var ikke nogle steder man kunne slå ned på ift. at kunne afvise det". P's argumentation var omvendt, at de var sultne for at få nogle ordrer og derfor kunne afgive et så lavt bud.

Hvordan skelner man om et bud er "unormalt" lavt eller bare lavt?

I det konkrete udbud sammenlignede man med egen budgettering.

Plus/minus 5 % accepteres uden videre, dvs. er normalt!

Over 5%, skal rådgiverne komme med nogle konkrete forslag til afslag sammen med entreprenørerne. Man må ikke forhandle prisen, men man må gerne forhandle kontrakten.

Under 5% vil bygherren stadig ikke reagere. Politisk kan man ikke gøre andet end at acceptere det usædvanligt lave bud, da der alternativt følger et stort politisk pres.

Hvor meget skal et bud afvige førend det betragtes som unormalt lavt?

Alle tilbud der er lavere end budgettet er som udgangspunkt usædvanligt lave. I gennemsnit ligger 60 % over ordregivers budgettering, mens 20-30 % ligger meget tæt på budgetteringen.

De laveste bud ligger typisk meget tæt på budgetteringen (ca. 1 %).

Hvordan er byggeriet efterfølgende forløbet?

Entreprenøren rykker sine skyts frem for at komme hjem på pengene.

Entreprenøren standser byggeriet, hvis det f.eks. viser sig, at der ikke er plads til et ventilationsrør eller lignende. Normalt finder man ud af det på byggepladsen, men det koster dyrt, at byggeriet pludselig stopper!

I dette byggeri koster det bygherre 80.000 kr. om ugen at byggeriet går i stå.

Det er en strategi for entreprenører at presse bygherre på denne måde.

Bilag 3

Bilag 4

Spørgsmål til interview om "unormalt lave bud" – Tijana Stefanovic (Contract Manager)

Kort beskrivelse af det konkrete udbud.

Udbud af DONG Energy's inkassosager og fogedsager
Det er vigtigt at pointere at der er stor forskel på håndteringen af inkassosager og fogedsager. Især fogedsager kan være meget komplekse, alt efter årsag.
Inkassosager er sager med skyldigt beløb, som enten inddrives retsligt eller udenretsligt. Fogedsager er sager, hvor vi skal have adgang til måleren, som typisk sidder inde i hjemmet og vi skal derfor have kongens foged med ud. Der kan være adskillige årsager til, at vi skal have adgang til måleren: lukning, aflæsning, kontrol, ombytning, som igen kan have mange bagvedliggende årsager. En fogedsag er ALTID en retslig opgave.

Hvordan skelner man om et bud er "unormalt" lavt eller bare lavt?

I dette udbud sammenlignede vi med vores egen benchmark af priser for ydelserne.
Hvis ikke man har egen benchmark eller kontrolbud at sammenligne med, vil man typisk kigge på markedsprisen, som oftest ses af de andre tilbudspriser. Her udelukkes så karteldannelse, etc. Herudover alment kendskab til lønninger og prisniveau, samt sund fornuft.

Hvor meget skal et bud afvige førend det betragtes som unormalt lavt?

Jeg kender ikke til en procentsats for afvigelsen, men hvis man har tvivl om hvorvidt samtlige opgaver kan udføres til den ønskede kvalitet for den tilbudte pris, UDEN at tilbudsgiver lider et betydeligt tab og/eller kvaliteten forringes, kan man udbede sig yderligere dokumentation for prissætningen.

Hvordan reageres der overfor unormalt lave bud?

I første omgang skal man bede om en redegørelse for den prisstruktur tilbudsgiver har lagt til grund, herunder også oplysninger om teknisk løsning, brug af arbejdskraft, produktionsmetode, arbejdsforhold, etc.

Teksten i inkassoudbuddet lød således:

"Vi har nu gransket xxx tilbud og diverse eftersendte rettelser og nye oplysninger. Herunder har vi sammenlignet med de andre indkomne tilbud, samt taget vores interne pris-benchmark med i sammenligningsgrundlaget.
I den forbindelse finder vi, at xxx tilbudte priser på fogedsager tangerer unormalt lave priser. Som ansvarlig forretningspartner kan DONG Energy ikke ignorere en sådan iagttagelse, da et for lavt eller ikke-eksisterende indtjeningsniveau hos en samarbejdspartner i et væsentligt omfang kan vanskeliggøre det potentielle samarbejde, både i form af forringet/uacceptabelt kvalitetsniveau for den udførte ydelse, og i form af leverandørens forringede økonomiske vilkår.
Vi vil derfor meget gerne bede om en redegørelse for den prisstruktur der ligger til grund for jeres tilbud på følgende punkter: xxxxx"

Hvilke hensyn skal man som ordregiver varetage?

Der er en intern politisk holdning til ikke at køre leverandører i sænk via samarbejdet med DONG Energy. Dels er det ikke et ry vi vil have, dels kan det ramme os selv i form af manglende muligheder senere hen. Alt efter baggrunden for den lave pris, kan vi desuden komme i klemme ift. vores etiske regelsæt for leverandører og vores tilslutning til FN's Global Compact.
Vi følger Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 57 retningslinjer for håndtering af unormalt lave bud. Heri ligger der er et implicit konkurrencehensyn.

Stilles der særlige betingelser når man antager unormalt lavt bud?

Jeg har ikke prøvet at antage et unormalt lav bud, men alt efter årsagen til det lave bud, forudsat det er en acceptabel årsag, ville jeg blot udbede mig tilstrækkelig dokumentation for virkning og effekt, fx hvis det er en helt ny avanceret teknisk løsning eller produktionsmetode.

Bilag 5

Beskrivende statistik for tilbudspriser vedrørende privat udbud angående opførelse af taglejligheder i Linnésgade-Vendersgade. Ordregiver: M8arkitekter (www.m8.dk)

Tilbudspris	
Middelværdi	12.717.748,80
Standardfejl	694.193,55
Median	12.873.883,00
Tilstand	#I/T
Standardafvigelse	1.552.263,96
Stikprøvevarians	2.409.523.411.995,69
Kurtosis	0,87
Skævhed	0,73
Område	4.125.031,00
Minimum	10.941.370,00
Maksimum	15.066.401,00
Sum	63.588.744,00
Antal	5,00

Bilag 6

Beskrivende statistik for tilbudspriser vedrørende offentligt udbud angående opførelse af vandkulturhus. Ordregiver: Københavns Kommune (www.kk.dk)
Ordregivers egen budgettering er medtaget.

Tilbudspris	
Middelværdi	85
Standardfejl	8,164965809
Median	85
Tilstand	85
Standardafvigelse	16,32993162
Stikprøvevarians	266,6666667
Kurtosis	1,5
Skævhed	0
Område	40
Minimum	65
Maksimum	105
Sum	340
Antal	4

Forkortelser

Art.	Artikel
AC	Average Cost (gennemsnitlige omkostninger)
AVC	Average Variable Cost (gennemsnitlige variable omkostninger)
Bl.a.	Blandt andet
BNP	Bruttonationalproduktet
Domstolen	EU-Domstolen
Dvs.	Det vil sige
Etc.	Etcetera
Evt.	Eventuelt
FC	Fixed Cost (faste omkostninger)
F.eks.	For eksempel
Ifm.	I forbindelse med
Iht.	I henhold til
Jf.	Jævnfører
Klagenævnet	Klagenævnet for Udbud
Mao.	Med andre ord
Mht.	Med hensyn til
Mio.	Millioner
Mv.	Med videre
P	Pris
Pga.	På grund af
Stk.	Stykke
TC	Total Cost (samlede omkostninger)
TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmøde
Udbudsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter,
Vedr.	Vedrørende

Litteraturliste og kildefortegnelse

Bøger

Andersen, Ib (2006)
Den skinbarlige virkelighed – vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne, 3. udgave
Forlaget Samfundslitteratur

Aquinas, Thomas.
Summa Theologica
Hayes Barton Press

Arrowsmith, Sue (2005)
The Law of Public and Utilities Procurement
Thomson, Sweet & Maxwell

Bovis, Christopher H. (2007)
EU Public Procurement Law
Edward Elgar Publishing Limited

Dimitri, Nicola, Gustavo Piga & Giancarlo Spagnolo (2006)
Handbook of Procurement
Cambridge University Press

Fabricius, Jesper & René Offersen (2002)
EU's udbudsregler i praksis, 1. udgave
Forlaget Thomson

Fejø, Jens (1998)
Udbud og konkurrenceregler, Julebog 1998
Jurist- og Økonomforbundets forlag

Fejø, Jens (2009)
EU-Konkurrenceret - almindelig del, 4. udgave
Jurist- og Økonomforbundets forlag

Gabrielsen, Gorm & Nils Kousgaard & Anders Milhøj (2001)
Statistik for Civiløkonomer – Studiemateriale, 2. udgave
Akademisk Forlag

Hjelmborg, Simon Evers, Peter Stig Jakobsen & Sune Troels Poulsen (2006)
Public Procurement Law – the EU directive on public contracts
Jurist- og Økonomforbundets forlag

Jobber, David & John Fahy (2006)
Foundations of Marketing, 2nd edition
McGraw-Hill Education

Knudsen, Christian (1997)
Økonomisk metodologi, bind 2: Virksomhedsteori og industriøkonomi
Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Laffont, Jean-Jacques & Jean Tirole (1993)
A Theory og Incentives in Procurement and Regulation
The MIT Press

Martin, Stephen (1994)
Industrial Economics – Economic Analysis and Public Policy, 2nd edition
Prentice Hall

Milgrom, Roberts & John Roberts (1992)
Economics, Organization and Management
Prentice Hall

Motta, Massimo (2004)
Competition Policy – theory and practice
Cambridge University Press

Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen (2009)
EU-ret, 5. reviderede udgave
Thomson Reuters

Nielsen, Ruth (2010)
Udbud af offentlige kontrakter, 4. udgave
Jurist- og Økonomforbundets forlag

Pindyck, Robert S. & Daniel L. Rubinfeld (2005)
Microeconomics, 6th edition
Pearson Education, Prentice Hall

Steinicke, Michael (2001)
Varernes frie bevægelighed og offentlige indkøb
Jurist- og Økonomforbundets forlag

Steinicke, Michael & Lise Groesmeyer (2003)
EU's udbudsdirektiver med kommentarer
Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Tirole, Jean (1992)
The Theory of Industrial Organization
The MIT Press

Trepte, Peter (2007)
Public Procurement in the EU – A Practitioner's Guide, 2nd edition
Oxford University Press

Ølykke, Grith Skovgaard (2010)
Abnormally Low Tenders – with an emphasis on public tenderers
Jurist- og Økonomforbundets forlag

Artikler

Albæk, Svend, Peter Møllgaard & Per Baltzer Overgaard (2010)
Transparancy and Coordinated Effects in European Merger Control
Journal of Competition Law & Economics, Oxford University Press

Areeda, Phillip & Donald F. Turner (1975)
Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act
Harward Law Review, Vol. 88

Bain, Joe S. (1949)
A Note on Pricing in Monopoly and Oligopoly
The American Economic Review

Bajari, Patrick & Steven Tadelis (2001)
Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts
RAND Journal of Economics

Blomgren-Hansen, Niels & Peter Møllgaard (2004)
Frie markedskræfter, regulering og markedsmagt
DJØF, Samfundsøkonomen nr. 2, 2004

Calveras, Aleix, Juan-Jose Ganuza & Esther Hauk (2004)
Wild Bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts.
Journal of Regulatory Economics

Elegido, Juan Manuel (2009)
The Just Price: Three Insights from the Salamanca Scholl
Journal of Business Ethics, Springer

Fenger, Niels (2010)
Sondringen mellem ny og eksisterende statsstøtte
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2010B.93

Fog, Morten Qvist & Michael Steinicke (2007)
Unormalt lave tilbud og statsstøtte
Erhvervsjuridisk Tidsskrift, ET2007.312

Gilbert, Richard (1986)
Entry Deterrence and the Free Rider Problem
Review of Economics Studies

Gravengaard, Martin Andreas (2006)
Meeting competition defense-princippet – et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing?
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2006B.137

Harrington, Joseph E. (1989)
Collusion and Predation under (almost) Free Entry
International Journal of Industrial Organization

Hvilsted, Søren, Sune Troels Poulsen & Torsten Bie Andersen
Aktindsigt i delpriser – om udbud af offentlige kontrakter og fritvalgsordninger
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2010B.379

Høg, Torkil (2003)
"Blød" praksis om dræbende priskonkurrence – afgørelse fra Konkurrencerådet 29. maj 2002
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2003B.18

Jessen, Pernille Wegener (2010)
Konkurrencelovens § 11a og offentlig støtte med samhandelspåvirkning
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2010B.159

Jessen, Pernille Wegener, Hans Henrik Edlund
Tilbagesøgning af statsstøtte og visse aspekter af dansk insolvensret
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2009B.65

Kjærsgaard, Niels (2009)
Er en dominerende virksomheds adfærd lovlig, selvom konkurrenter presses ud af markedet? Ny kommissionsvejledning om ekskluderende misbrug
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2009B.99

Kjærsgaard, Niels (2010)
Kan dominerende virksomheder lovligt prisdiskriminere ved udbud eller udbudslignende situtationer?
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2010B.31

Klemperer, Paul (2005)
Bidding Markets
Competition Commission

Lambert-Mogiliansky, Ariane & Grigory Kosenok (2009)
Fine-Tailored for the Cartel-Favoritism in Procurement
Springer Science + Business Media, LLC.

Lando, Henrik (2010)
Kontraktens rolle i byggeriet (undervisningsnote)

McGee, John S. (1958),
Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case
Journal of Law and Economics, Vol. 1 The University of Chicago Press

Mersing, Erik Mohr (1996)
Konkurrencerettens meeting competition-princip
Ugeskrift for Retsvæsen, U.1996B.404

Milgrom, Paul & John Roberts (1982)
Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis
Econometrica, Vol. 50, No. 2

Posner, Richard A. (2005)
The Law and Economics of Contract Interpretation
Texas Law Review

Sandberg, Lena (2001)
Tilbagesøgning af statsstøtte – regler og praksis
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2001B.455

Shavell, Steven (2006)
On Writing and Interpretation of Contracts
Journal of Law, Economics & Organisation

Srinivasan, Kannan (1991)
Multiple Market Entry, Cost Signalling and Entry Deterrence
Management Science, Vol. 37, No. 12

Steinicke, Michael & Morten Qvist Fog (2007)
Unormalt lave tilbud og statsstøtte
Erhvervsjuridisk Tidsskrift, ET 2007.312

Tvarnø, Christina D. (2002)
Partnering – En aftaleretlig udfordring
RETTID 2002, s. 74

Tvarnø, Christina D. (2004)
Offentlig-Private Partnerskaber – Tendenser i Danmark og EU
Julebog 2004, DJØF, s. 297-327

Tvarnø, Christina D. (2010)
Offentlig-Privat Partnerskab – OPP (behov for ny vejledning?)
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2010B.190

Tvarnø, Christina D. (2011)
Offentlig-Privat Partnerskab – lovregler eller politisk strategi
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2011B.129

T'Syen, Koen (2008)
Market Power in Bidding Markets: An Economic Overview
Kluwer Law International

Vittrup, Mikkel (2003)
Kollektiv dominans og regulering af oligopolistiske markeder
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2003B.55

Westh, Sven & Bente Skovgaard Kristensen (2003)
Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) – principper og praksis
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2003B.225

Ølykke, Grith Skovgaard (2010)
Kan en "udbudskontekst" være en objektiv begrundelse for prisdiskrimination?
Ugeskrift for Retsvæsen, U.2010B.168

EU-Domme

ARGE, sag C-94/99, ARGE Gewässerschutz mod Bunderministerium für Land- und Forstwirtschaft, Domstolen dom af 7. december 2000, Saml. 2000, s. I-11037.
Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger fremsat den 15. juni 2000, Saml. 2000, s. I-11037

AKZO, sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Domstolens dom af 3. juli 1991, Saml. 1991, s. I-03359

Assitur, sag C-538/07, Assitur Sri mod Camera di Commercia, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Domstolens dom af 19. maj 2009, Saml. 2009, s. I-04219
Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Mazák fremsat den 10. februar 2009, Saml. 2009, s. I-04219

CoNISMa, sag C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNIESMa) mod Regione Marche, Domstolens dom af 23. December 2009, Saml. 2009.

Dansk Rørindustri, forenede sager C-198/02P, C-202/02B, C-205/02P, C-208/02P og C-213/02P, Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P) Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH m.fl. (C-202/02 P), KE KELIT Kunstoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02) og ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) mod Kommissionen, Domstolens dom af 28. juni 2005, Saml. 2005, s. I-05425

FENIN, sag C-205/03P, Federación Espanola de Empresas de Technología Sanitaria (FENIN) mod Kommissionen, Domstolens dom 11. juli 2006, Saml. 2006, s. I-06295

Fratelli Costanzo, sag 103/88, Fratelli Constanzo SpA mod Milano kommune, Domstolens dom af 22. Juni 1989, Saml. 1989, s. 01839
Forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz fremsat den 25. april 1989, Saml. 1989, s. 01839

Furlanis Costruzioni, sag C-143/94, Furlanis Costruzioni generali SpA mod Azienda nazionale autonoma strade (ANAS) og Itinera Co. Ge. SpA, Domstolens dom af 26. oktober 1995, Saml. 1995, s. I-03633

Hera SpA mod Unità, sag C-304/96, Hera SpA mod Unità sanitaria local no. 3 – genovese (USL) og Impresa Romagnoli SpA, Domstolens dom af 16. oktober 1997, Saml. 1997, s. I-05685

Hospital Ingenieure, sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien, Domstolen dom af 18. juni 2002, Saml. 2002, s. I-055553

Impresa Lombardini, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni mod ANAS – Ente nazionale per le strade og Società Italiana per Condotto d'Acqua SpA (C-285/99) og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS – Ente nazionale per le strade og Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), Domstolen dom af 27. November 2001, s. I-09233. Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 5. juni 2001, Saml. 2001, s. I-09233

Kommissionen mod Frankrig, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankring, Domstolens dom af 5. oktober 2000, Saml. 2000, s. I-08377

Kommissionen mod Spanien, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Domstolens dom af 13. januar 2005, Saml. 2005, s. I-00139

Laval, sag C-341/05, Laval and Partneri Ltd mod Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Domstolen dom af 2007, Saml. 2007, s. I-11767

Metalmeccanica, sag C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA og Leitschutz Handels- und Montage GmbH mod Amt der Salzburger Landerregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, Domstolens dom af 16. september 1999, Saml. 1999, s. I-05697

PC-Ware, T-121/08, PC-Ware Information Technologies BV mod Europa-Kommissionen, Rettens dom af 11. maj 2010, Saml. 2010, s. 00000

Pressetext, sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Östereich (Bund), Domstolens dom af 19. juni 2008, Saml. 2008, s. I-04401

SECAP, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP SpA (C-147/06) og Santorso Soc. coop. arl (c-148/06) mod Comune di Torino, Domstolen dom af 15. maj 2008, Saml. 2008, s. I-03565. Forslag til afgørelse fra generaladvokat D. Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 27. november 2007, Saml. 2008, s. I-03565

Storebælt, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Domstolens dom af 22. juni 1993, Saml. 1993, s. I-03353

Tetra Pak, sag C-333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen, Domstolens dom af 14. November 1996, Saml. 1996, s. I-05951

Transporoute, sag 76/81, SA Transporoute et tracaux mod Ministère des travaux publics, Domstolens dom af 10. februar 1982, Saml. 1982, s. 00417
Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Reischl fremsat den 13. januar 1982, Saml. 1982, s. 00417

Unitron, sag C-275/98, Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mon Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, Domstolens dom af 18. November 1999, Saml. 1999, s. I-08291

United Brands, sag 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal BV mod Kommissionen, Domstolens dom af 14. februar 1978, Saml. 1978, s. 00207

UNIX, sag C-359/93, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, Domstolen dom af 24. januar 1995, Saml. 1995, s. I-00157

Verac, sag C-450/06, Verac SA mod den belgiske stat, Domstolen dom af 14. februar 2008, Saml. 2008, s. I-00581

Vestergaard, sag C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, Kendelse afsagt den 3. december 2001, Saml. 2001, s. I-09505

Völk mod Vervaecke, Sag 5/69, Frans Völk mod Ets. J. Vervaecke SPRL, Domstolens dom af 9. juli 1969, Saml. 1969, s. 00295 (dansk specialudgave, s. 00069)

Wallondske Busser, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Domstolens dom af 25. april 1996, Saml. 1996, s. I-02043

Wanadoo, sag C-202/07 P, France Télécom SA mod Kommissionen, Domstolens dom af 2. april 2009, Saml. 2009, s. I-02369

Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune. J.nr. 96-91.919

Kendelse af 8. marts 1999, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Nykøbing Falster Kommune. J.nr. 98-155.151

Kendelse af 9. marts 1999, Technicom A/S mod DSB. J.nr. 98-179.173

Kendelse af 30. januar 2001, Dansk Transport og Logistik mod Haderslev Kommune. J.nr. 00-171.916 (Nord I/S)

Kendelse af 4. oktober 2002, Statsansattes Kartel mod Trafikministeriet. J.nr. 02.103.801 (DSB)

Kendelse af 10. oktober 2003, Statsansattes Kartel mod Trafikministeriet. J.nr. 02-103.801 (DSB)

Kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune. J.nr. 03-134-550 (Pihl og Søn)

Kendelse af 13. november 2006, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt. J.nr. 2006-0005711 (COWI)

Kendelse af 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt. J.nr.2006-0005711. (COWI)

Kendelse af 4. August 2009, Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden. J.nr. 2008-0017916 (Mölnlycke)

Love, direktiver og traktater, mv.

Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved BKG 2006-04-11 nr. 326, BKG 2006-06-12 nr. 588 og BKG 2007-06-07 nr. 597.

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakten inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, som ændret ved Kfo 1874/2004, Kdir 2005/51, Kfo 2083/2005, Rdir 2006/97, Kfo 1422/2007, Kfo 213/2008, Kbesl 963/2008, EP/Rdir 2009/81, EP/Rfo 596/2009 og Kfo 1177/2009.

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Kfo 1874/2004, Kdir 2005/51, EP/Rdir 2005/75, Kfo 2083/2005, Rdir 2006/97, Kfo 1422/2007, Kbesl 2008/963, EP/Rdir 2009/81, EP/Rfo 596/2009 og Kfo 1177/2009

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. EUT nr. L 335 af 20.12.2007, s. 31-46.

Forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, LFF 2005-02-23 nr. 42

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. juli 2005 (Bundesgesetzblatt I 2005, S. 2114 (im Folgenden: BGBl.)), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. März 2009 (BGBl. I 2009, S. 550)

Kommissionens meddelelse af 2006-12-06 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, EUT (2006/C 298/11). Henvisninger til art. 81 og 82 TEF skal læses som henvisninger til art. 101 og 102 TEUF.

LBKG 2010-08-13 nr. 972 (Konkurrenceloven)

LBKG 2010-10-26 nr. 1235 (Straffeloven)

Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab. EFT 2007/C 306/01.

Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne mv. (kontrolloven), som ændret ved L 2010-12-21 nr. 1556: FT 2010-11 (lovforslag 49).
Loven implementerer Rdir 89/665, Rdir 92/13 og Rdir 2007/66.

Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven)

Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT nr. L 185 af 16.8.1971, s. 5-14.

Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT nr. L 13 af 15.1.1977, s. 1-14

Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT nr. L 210 af 21.7.1989, s. 1-21

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. EFT L 209 af 24.7.1992, s. 1-24.

Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. EFT L 199 af 9.8.1993, s- 1-53.

Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. EFT L 199 af 9.8.1993, s. 54-83.

Rådets direktiv 93/39/EØF af 14 .juni 1993 om ændring af direktiv 65/65/EØF, 75/318/EØF og 75/319/EØF om lægemidler. EFT L 214 af 24.8.1993, s- 22-30.

Rådets forordning 1999-03-22 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (nu art. 8), (659/1999), som ændret ved TA 2003 og Rfo 1791/2006. Forordningen er udstedt før Amsterdam-Traktatens ikrafttrædelse. Henvisninger i teksten til EF-traktatens art. 92 og 93 skal derfor læses som henvisninger til TEUF art. 107 og 108.

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrenceregler i traktatens artikel 81 og 82, som ændret ved Rfo 411/2004 og Rfo 1419/2006. EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1-25. Henvisning til art. 81 og 82 TEF skal forstås som henvisninger til art. 101 og 102 TEUF.

Andet

Berlingske Tidende, Business 11. april 2011
Ulovlig DSB-støtte baner vej for tyskere

Børsen, 14. april 2010.
DI: Kina underbyder sig ind i Europa

Case No. COMP/M. 1882 – PIRELLI/BICC, Commission Decision of 19.07.2000.

Det økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om "Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, (2001/C 193/02)

DONG Energy's etiske regelsæt for leverandører
http://www.dongenergy.com/SiteCollectionDocuments/CSR/Documents/dk_etisk_regelsaet_for_leverandoerer.pdf

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter of offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM (2000) 275 endelig/2

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter of offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM (2000) 275 endelig

Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlgie indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM (2002) 236 endelig

FN's Global Compact
http://www.dieh.dk/etisk_handel/internationale_initiativer_og_standarder/fn_global_compact/

Grønbog. Offentlige indkøb i EU. Overvejelser om fremtiden.
KOM (96) 583

Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb. KOM (2011) 15

Information leaflet on the legal protection avaiblable in the award of public contracts
http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/110325_Informationsblatt_nach_Vergaberechtsnovelle-E_clean.pdf

Notat om visse statsstøtteretlige problemstillinger vedrørende DSB og DSBFirst.
Kammeradvokaten, 13. april 2011
http://www.ft.dk/samling/20101/almdel/tru/bilag/275/984668.pdf

Nyhedsbrev fra Kromann Reumert – 5.4.2011
International Handel – UK Bribery Act: Skarpere britiske regler om bestikkelse
http://www.kromannreumert.com/daDK/Publikationer/Nyhedsbreve/Selskabsretogerhvervsret/Pages/Skrapperebritiskereglerombestikkelse.aspx

OECD's Policy Brief, October 2008 "Fighting Cartels in Public Procurement"
http://www.oecd.org/dataoecd/45/63/41505296.pdf

OECD's Retningslinjer for Bekæmpelse af Samordning af Tilbudsgivning i Offentlige Indkøb, februar 2009. *http://www.oecd.org/dataoecd/1/15/44476713.pdf*

Parlamentariske forespørgsler og spørgsmål, 9. december 2010
Om: Tildeling af EU-støtte til statslige kinesiske byggekoncerner
http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do;jsessionid=057C4F1509EC0A9E706A9190B58E86AD.node1?language=DA&reference=H-2010-0641&secondRef=0&type=QT

Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde. Januar 2011:43
http://www.oem.dk/publikationer/2011/strategi-til-fremme-af-offentlig-privat-samarbejde

Tærskelværdier 2011
http://www.konkurrencestyrelsen.dk/udbudsomraadet/regler/taerskelvaerdier-2010-og-2011/